



ANUÁRIO 2021



ANUÁRIO 2021

Apoio:

Migalhas

Cada um dos autores se responsabiliza pelo conteúdo de seu respectivo artigo.
Os textos não representam a opinião do CESA sobre o assunto.

Proibida a reprodução total ou parcial, sem a devida citação da fonte.

EXPEDIENTE

CESA

Anuário 2021

Comissão Editorial

Flávia Bittar

Ana Cecilia Lopes da Silva Lencioni

Luiz Roberto de Andrade Novaes

Mariana Matos de Oliveira

Ana Ialis Baretta

Marcela Cristina Arruda Nunes

Revista publicada por

Migalhas

www.migalhas.com.br

ISSN

2316-7351

The logo for Migalhas, featuring the word "Migalhas" in a bold, italicized, sans-serif font. The letter "i" has a dot above it.

Av. Presidente Castelo Branco, 600

14.091-413 Ribeirão Preto, SP

Telefax: (16) 3617.1344

www.migalhas.com.br

migalhas@migalhas.com.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

As sociedades de advogados, a democracia e as lições da pandemia ... **11**

Gustavo Brigagão e Luiz Roberto de Andrade Novaes

CONVIDADOS

A Democracia brasileira: entre a fragilidade e a esperança ... **15**

Celso Mori

Reforma Tributária ... **23**

Gustavo Brigagão

Reforma Administrativa ... **31**

Belisário dos Santos Jr.

O Estado de Direito e o Supremo Tribunal Federal ... **37**

Misabel Abreu Machado Derzi

As sociedades de advogados, a democracia e as lições da pandemia. Uma breve reflexão sobre a imagem do advogado no momento atual – ética, valor e moral ... **65**

Carlos José Santos da Silva

O mercado da advocacia e sua transformação na pandemia ... **71**

Stanley Martins Frasão

Transformações na Organização das Sociedades de Advogados ... **77**

Marcela Arruda

As novas tecnologias e seu impacto na profissão ... 87

Alexandre Atheniense

ASG e Novas Oportunidades para a Advocacia ... 101

Barbara Rosenberg e Márcio Silva Pereira

Os Algoritmos na Rede e no Trabalho do Advogado ... 113

Luiz Roberto de Andrade Novaes

Natureza da Sociedade de Profissão Intelectual ... 119

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

COMITÊS

ADMINISTRAÇÃO E ÉTICA PROFISSIONAL - CADEP

Marketing Jurídico e sua Regulamentação pela OAB

1ª Parte: Base Legal: Estatuto da Advocacia – Código de Ética e Disciplina – Provimento 205/21. Princípios que norteiam a Publicidade Profissional da Advocacia: Discrição – Moderação – Sobriedade – Meramente informativo – Captação Indevida de Clientes – Não Mercantilização ... **125**

Stanley Martins Frasão

2ª Parte: Conceitos e definições – Marketing Jurídico – Publicidade e Propaganda – Conteúdo Jurídico – Publicidade Ativa e Passiva – Ostentação – Captação de Clientela – Comitê Regulador do Marketing Jurídico e Comissões de Fiscalização ... **131**

Daniel Farias

3ª Parte: Uso da Internet – Meios digitais – Ferramentas Tecnológicas – Redes Sociais ... **138**

Gilberto Giusti

ARBITRAGEM

O questionamento do resultado da arbitragem no Judiciário ... 141

Carlo Verona, Eliana Baraldi e Gisela Mation

CONCORRÊNCIA E RELAÇÕES DE CONSUMO

O Judiciário e a Defesa da Concorrência: Reparação dos Danos Concorrenciais e Revisão das Decisões do CADE ... 149

Pedro Salles Cristofaro, Ricardo Lara Gaillard, Sonia Marques Döbler e Vivian Fraga do Nascimento Arruda

DIREITO AMBIENTAL

A evolução da responsabilização civil ambiental ao longo dos 40 anos da Política Nacional de Meio Ambiente ... 157

Guilherme D'Almeida Mota e Marina Maciel

DIREITO DIGITAL

O acesso democrático à inteligência artificial para o exercício da profissão ... 163

Bruna Borghi Tomé, Juliana Abrusio e Alexandre Atheniense

DIVERSIDADE E RESPONSABILIDADE SOCIAL

O Projeto Incluir Direito e seus resultados para uma advocacia mais diversa e inclusiva ... 171

Flavia Regina de Souza Oliveira e Alberto Mori

ENSINO JURÍDICO E RELAÇÕES COM FACULDADES

Os desafios do ensino durante a pandemia ... 177

Alberto Luís Camelier da Silva e Claudio Felipe Zalaf

JUDICIÁRIO

A advocacia e o paradoxo tecnológico ... 181

Gilberto Giusti, Mateus Rocha Tomaz e Marcio Vieira Souto Costa Ferreira

PENAL

A participação de advogados em questões de natureza criminosa e sua repressão ... 185

Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro e Francisco Felipe Lebrão Agosti

SOCIETÁRIO

Alterações recentes na legislação societária ... 197

Melissa Carvalho Kanô e Ana Carolina Hipólito Cabral

TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO

**O Híbrido, Monitorado, “Forto”, Transnacional, Metaverso e “Negociado”
Teletrabalho ... 205**

Luis Otávio Camargo Pinto

TRIBUTÁRIO

**Desafios relativos aos métodos alternativos de resolução de disputas no campo
tributário ... 213**

Priscila Faricelli de Mendonça, Daniella Zagari Gonçalves e Douglas Mota

SECCIONAIS

BAHIA

**A comunicação do advogado com o judiciário durante a pandemia e as lições
aprendidas ... 221**

Vitor de Azevedo Cardoso

DISTRITO FEDERAL

O Aumento do uso das Reuniões Virtuais pelos Advogados ... 225

Antonio Carlos G. Gonçalves

ESPÍRITO SANTO

Gestão Ambiental no Agronegócio: Aspectos Jurídicos e Mercadológicos ... 229

Francisco Cardoso

MATO GROSSO

A Impossibilidade de Parcelamento do Cumprimento de Sentença Diante dos Avanços do Código de Processo Civil ... 235

João Celestino Corrêa da Costa Neto e Renato Valério de Faria

MINAS GERAIS

A advocacia e as redes sociais ... 241

João Henrique Café de Souza Novais

NORTE

A comunicação da advocacia com seus clientes durante a pandemia e as lições aprendidas ... 247

Cláudia Alves Lopes Bernardino

PARAÍBA

A Aceitabilidade dos Aplicativos de Mensagens Multiplataforma como Ferramenta para a Prática de Atos Judiciais ... 255

Daniel Sebadelhe Aranha

PARANÁ

A Tendência do Visual Law – Um Caminho sem Volta ... 265

Tarcísio Araújo Kroetz, Maria Amélia Cassiana Mastrorosa Vianna, Flávio Augusto Dumont Prado e Mônica Prado Passos

PARANÁ

Os Novos Desafios da Advocacia em Propriedade Industrial na Pandemia ... 275

Tarcísio Araújo Kroetz, Maria Inez Araujo de Abreu e Maria Eugênia Kroetz

PERNAMBUCO

A Regulamentação da Inteligência Artificial ... 283

Ivo Tinô do Amaral Junior e Nathália Grizzi

PIAUÍ

A Tendência do Visual Law ... 297

Álvaro Fernando da Rocha Mota

RIO DE JANEIRO

Voto Plural nas Sociedades por Ação ... 301

Francisco Antunes Maciel Müssnich

RIO GRANDE DO SUL

Disciplina Necessária e Descobertas no Trabalho Remoto ... 309

Ricardo Jobim Faraco de Azevedo

SANTA CATARINA

Desafios do Compliance para a Advocacia em Tempos de Pandemia ... 315

Bruno Teixeira Peixoto e Douglas Anderson Dal Monte

SERGIPE

A comunicação do advogado com as autoridades públicas durante a pandemia e as lições aprendidas ... 323

Fábio Brito Fraga

MONOGRAFIA

A Diversidade nas Carreiras Jurídicas – Negros na Magistratura ... 331

Dante de Souza Nóbrega

As sociedades de advogados, a democracia e as lições da pandemia

*Gustavo Brigagão
Luiz Roberto de Andrade Novaes*

Introdução

No ano passado falamos das transformações das sociedades de advogados em face da emergência que enfrentávamos.

Achávamos que ela iria logo passar e, portanto, seria melhor evitar a palavra pandemia.

O fato, contudo, é que não passou com a celeridade que imaginávamos e, ao contrário, somente este ano temos de novo esperanças de que a emergência vai ficar para trás e que vamos retornar à vida normal.

Contudo, também temos que admitir que a vida normal não será a mesma de antes, pois tivemos que aprender a duras penas as lições que não serão desaprendidas em pouco tempo.

Também a tecnologia impactou a todos e trouxe boas e más consequências para nossas vidas do dia a dia.

Felizmente mais novas práticas e procedimentos para o exercício da profissão e a organização de nossos escritórios.

De outro lado, algumas novidades não foram salutares e precisamos revê-las na medida do possível, retomando ao exercício profissional pleno, sem limitações.

Procuraremos neste anuário fazer uma análise de toda a experiência que vivemos.

Entendemos que a figura e a linguagem do advogado estão hoje em cheque e o CESA deve se debruçar sobre tais fenômenos, como o marketing jurídico, a ação nas redes sociais e o visual law.

O estado democrático e todos os seus poderes foram testados, tendo que reagir a novos desafios e demandas da sociedade, que não suporta qualquer retrocesso neste sensível tema.

O CESA vive dentro desta realidade tumultuada e com todos estes desafios, mas consegue, com competência, desempenhar sua missão.

Este novo anuário é prova disto e da sua participação em todos os debates do momento e de sua importância dentro da sociedade civil.

Esperamos que em breve possamos finalmente retomar as reuniões presenciais e o gostoso convívio com os colegas, que é marca registrada do CESA.

CONVIDADOS

A Democracia brasileira: entre a fragilidade e a esperança

Celso Mori

Democracia é, nos tempos atuais da História, uma palavra quase sagrada. Não no sentido de algo que se deva respeitar pelas suas imaginárias vinculações com a divindade. Mas, no sentido de uma ideia um tanto abstrata, mas imponente, frequentemente referida como algo que se devesse considerar irrenunciável e acima de todas as críticas. Muito pouca gente, e só falando baixo e pelos cantos, se diz contra a democracia. Mesmo os antidemocratas fazem questão de se intitular democratas. República Democrática da Coreia é uma denominação que exemplifica a distância entre a nomenclatura e o fato.

Talvez por isso, ao considerar a democracia como um fato tranquila e definitivamente posto, o que não é, corre-se o risco de acordar-se um dia sem que ela esteja lá.

Já fui aconselhado, por respeitáveis intelectuais, a não tentar definir democracia. E, até entendo a restrição conceitual. Afinal, e em excessivo reducionismo, se poderia dizer que democracia é o governo organizado e exercido pelo povo e segundo a sua vontade. Mas, a vontade do povo não é coisa que se possa aferir com segurança e é tremendamente instável. Portanto, dizer que democracia é o governo segundo a vontade do povo pode significar qualquer coisa.

Para tornar ainda mais complexa a dificuldade de definir democracia existe o fato de que ao longo da História existiram organizações políticas muito diversas entre si, que foram consideradas como democracias. No apogeu da democracia grega, na Atenas do séc. V a.C, sob o governo de Clístenes, a população era de aproximadamente trezentos mil habitantes, com quase cento e cinquenta mil escravos e apenas pouco mais de trinta mil cidadãos, todos homens e proprietários, participando da democracia. Na visão de Aristóteles (Política), a democracia era uma das formas de degeneração do poder. Xenofonte (A Politéia) faz um intenso ataque à democracia, dizendo entre outras coisas que seria um regime que sujeitaria os mais nobres aos mais pobres, que descrevia como menos capazes. Até o Iluminismo, a Europa não cogitava de democracia como regime possível, e mesmo com o Iluminismo o conceito de República não estava necessariamente ligado ao que conhecemos hoje como democracia. A primeira grande experiência democrática dos

tempos modernos ocorreu com a formação dos Estados Unidos. Mas, nos Estados Unidos os negros só passaram a votar em 1965. As mulheres passaram a votar em 1933, e ainda assim com várias restrições que não se aplicavam aos homens. No Brasil, o voto feminino data de 1934. Na Suíça o voto feminino só foi admitido em 1971. Nos Estados Unidos, mencionado muitas vezes como exemplo e defesa da democracia, as eleições se fazem em dia útil, não existe título eleitoral, e, em vários estados, as inscrições dos eleitores que faltarem a uma eleição podem ser canceladas para as eleições seguintes, sem aviso, apesar de o voto não ser obrigatório. O acesso ao voto é, por esses meios, extremamente dificultado para quem precise trabalhar, tenha documento de identidade com o nome diferente do que consta da listagem de eleitores, ou deixe de votar em alguma eleição. Esses exemplos, pinçados um pouco ao acaso, servem apenas para enfatizar o argumento de que as democracias podem ter forma, intensidade e peculiaridades muito diversas umas das outras.

Embora reconhecendo as dificuldades e imperfeições de toda definição, especialmente de fenômenos políticos em constante mutação, ousou dizer que democracia, como grande parte das pessoas a vê hoje, é, basicamente, a forma de governo em que os governados escolhem os governantes pelo voto secreto, com mandatos temporários e obrigação de prestar contas, para que exerçam o poder em nome e no interesse dos governados, com garantias de liberdade, de igualdade de todos perante a lei e com a busca de realização do bem comum. Digo “basicamente” porque haveria muitos outros qualificativos e requisitos para serem agregados a essa base.

Essa tentativa de definição certamente merece muitas críticas. Alguns dirão que democracia, hoje, não é apenas uma forma de governo. É, também, uma forma de organização da sociedade. A bem da verdade, Tocqueville já defendera essa ideia. Outros haverão de observar, com igual razão, que o próprio conceito de bem comum é algo a ser definido. E é verdade, embora seja razoável acreditar que há uma infundável lista de benefícios da vida em sociedade, conhecidos e desejados, que podem e devem aproveitar ao maior número possível de membros dessa sociedade.

A verdade, segundo o meu ponto de vista, é que democracia não é “um” ou “o” sistema de governo com todas as suas peculiaridades. Podem existir muitos governos diferentes entre si, e, não obstante, todos democráticos. Isso ocorre porque a democracia é um conjunto de ideias voltadas a organizar os governos segundo determinados princípios. Observados os princípios que tentei resumir na definição acima, podem existir governos democráticos muito diferentes uns dos outros. Democracia nunca é um estado

completo e acabado. É sempre um processo de construção de estruturas e valores, que estão em contínua mutação.

Se por um lado é muito difícil, respeitadas as transições históricas e diferentes realidades sociais, dizer o que é democracia, por outro lado é relativamente fácil dizer o que não é democracia. Em padrões largamente aceitos, não é democracia um regime em que não existam liberdades individuais, notadamente a de expressão e a de fazer críticas e oposição ao governo. Não é democracia a organização social que só permita um único partido político. Também não é democracia um sistema que não assegure eleições com ampla liberdade de votar e ser votado. Não é democracia a forma de organização social que não assegure a igualdade de todos perante a lei. Nem é democracia o modelo de organização social em que apenas uns poucos tenham acesso aos bens da vida, que deveriam ser bens comuns, e expressiva maioria viva abaixo de condições compatíveis com a dignidade humana.

A democracia ateniense durou aproximadamente 175 anos. O Brasil, nos seus pouco mais de 500 anos, e somados os interstícios, talvez ainda não tenha tido 75 anos de democracia. Não se perca o contexto, para evitar juízos descabidos: desde que as guerras macedônicas acabaram com a democracia na Grécia, até aproximadamente a segunda metade do século XVIII a humanidade simplesmente esqueceu a democracia. A ideia renasceu com o surgimento e fortalecimento do conceito de república, com o fim do chamado absolutismo monárquico, e se consolidou como experiência, com os senões já apontados, nos Estados Unidos. Portanto, o renascimento da democracia no mundo tem pouco mais de duzentos e cinquenta anos.

No Brasil Império obviamente não havia democracia. Democracia imperial seria uma contradição nos seus próprios termos. A proclamação da República, com todos os louvores que se pode e se deve prestar a essa forma de governo, não foi no Brasil um ato de democracia. O povo, o que quer que se designe como tal, não se manifestou em favor da República. O povo, na concepção mais ampla desse termo, não se organizou em favor da República e muito menos a reivindicou. Ao contrário. Embora muito pouca gente do povo tivesse direito a voto, nas eleições parlamentares de 31 de agosto de 1.889, dois meses e meio antes da proclamação da República, o Partido Republicano conseguiu eleger para a Câmara Federal apenas dois parlamentares. A República veio por um golpe de estado, sobre o qual não cabe aqui discorrer. Dois anos depois Floriano Peixoto, eleito pelo voto dos que então podiam votar, instalou um governo autoritário, que lhe valeu o apelido de Marechal de Ferro. Prudente de Moraes, sem dúvida um legalista fiel à Consti-

tuição aprovada quando era ele o Presidente do Senado, foi o primeiro presidente eleito pelo voto direto. Registre-se, entretanto, que teve apenas 276.583 votos, quando o Brasil tinha uma população de aproximadamente dez milhões de habitantes. Já em 1930 o Brasil experimentou a primeira ditadura, que duraria até 1.945. E nova grave interrupção ao regime democrático durou de 1964 a 1.985. Nos últimos dois anos o país tem discutido a possibilidade de quebra da ordem democrática com uma frequência que é também uma advertência.

Faça essa ligeira, mas nada leviana, retrospectiva histórica para lembrar aos amantes da democracia que no Brasil essa é uma ideia que não me parece estar acima de todas as vulnerabilidades. Em qualquer lugar do mundo, permitam a repetição, democracia é um processo de construção contínua, em busca de determinadas formas de governo e de organização social, que não são pré-definidas. No Brasil esse processo de busca não é diferente e exige cuidados diuturnos e dedicação completa e incondicional. Nós seremos a democracia que a maioria da população quiser, se quiser.

Essas fragilidades históricas devem servir de estímulo a todos aqueles que acreditam na democracia para que se dediquem, todos os dias, a construir alguma das suas formas possíveis.

18

O discurso democrático pode ser muito diferente do curso democrático. No discurso, quase todos reconhecem que no Brasil há uma extrema desigualdade de renda e de oportunidades. Isso, digo eu, é altamente ameaçador para a democracia. O voto dos que estão nas pontas extremas das desigualdades valem a mesma coisa. Democracia pressupõe direito de voto para todos com igualdade no valor de cada voto. Mas, quem vive realidades extremamente desiguais provavelmente terá desejos muito diferentes, e cultivará valores muito diferentes. Portanto, tenderá a votar de forma extremamente oposta. A democracia pressupõe liberdade de opinião e, por consequência, pressupõe divergências. Mas, as desigualdades extremas levam aos radicalismos, que são sempre ameaçadores para a democracia.

Embora o discurso predominante seja pela diminuição das desigualdades, a ação concreta de quem está nas extremidades favorecidas é a defesa dos próprios privilégios. É preciso escolher entre a democracia e a defesa dos privilégios. O dilema não é verbalizado com frequência, mas é claro. Em um país de desigualdades extremas as escolhas precisam ser feitas. Ou se combatem as desigualdades, em prol da democracia, ou se defendem os privilégios. Não dá para querer uma coisa e o seu contrário ao mesmo tempo.

A democracia tem muitos algozes. Acredito que os principais sejam os individua-

listas, os totalitaristas e os politicamente indiferentes. Os individualistas, sob várias ideologias ditas liberais, a pretexto de defender a liberdade individual sem limites na ordem econômica, defendem a prevalência do indivíduo sobre a sociedade, sempre, e consideram o Estado um mediador frequentemente inoportuno e excessivamente caro. Os totalitaristas advogam a prevalência do todo sobre as partes que o compõem, e elegem o Estado como único agente legitimado para conduzir a ordem econômica, em atuação conjunta com um partido único que domine a ordem política. E os politicamente indiferentes acreditam que alcançarão e manterão os bens da vida, e poderão desfrutar deles com tranquilidade, se cuidarem de suas próprias vidas e não perderem tempo com política. As causas e consequências dessas três formas de corroer a democracia dariam um tratado, mas aqui basta o registro de que é preciso defender a democracia com a atitude afirmativa de quem acredita que os extremos e a indiferença são todos prejudiciais. A democracia, como consigo vê-la, pressupõe a preservação da dignidade de todos os indivíduos, em uma vida de responsabilidade e interdependência sociais, na qual a indiferença não deveria ter lugar.

Como não existe nenhuma forma perfeita e acabada de democracia, não existe uma ideia única a ser atingida como ideal democrático. Não existe uma receita única de como construir a democracia. Mas, no livre pensar, me atrevo a enumerar alguns conceitos que proponho como caminho a ser trilhado na construção democrática.

Para facilidade de raciocínio, divido as ideias em três grandes grupos de considerações: o eleitor, os processos de escolhas democráticas, e as instituições de consolidação democrática.

No que se refere ao eleitor, elemento fundamental da democracia, o desafio é pensar como lhe assegurar, principalmente, liberdade de expressão da própria personalidade, das opiniões e da vontade política, assegurar-lhe a educação em sentido amplo, acadêmica e cívica, e a igualdade de oportunidades sociais. Fala-se muito em educação, cuja necessidade e importância são, nas aparências, reconhecidas por unanimidade nacional. Mas, quando se analisam os resultados da maior parte das escolas brasileiras, de todos os níveis, se constata que a vontade nacional de evoluir educacionalmente é extremamente frágil. Isso para não mencionar que além das dificuldades no ensino das disciplinas pedagógicas clássicas, há uma ausência quase absoluta da preocupação de educar para a cidadania. São pouquíssimos os educadores, sejam pais ou escolas, que se preocupam em ensinar a lidar com as frustrações, a desenvolver espírito público, a respeitar a opinião do outro e a equilibrar interesses individuais e coletivos. Ninguém

nasce sabendo nada disso. E a convivência social com diretrizes democráticas depende de aprendizados. O ser humano nasce voltado para o seu próprio eu, primeira realidade que identifica. A maturidade é o caminho do “eu” para o “nós”, com a compreensão da interdependência social e suas implicações. Isso se aprende por processos educacionais, que no meu ponto de vista são extremamente desconsiderados no Brasil.

Como também é desconsiderada a brutal disparidade nas oportunidades de acesso aos bens da vida. Queremos que toda a população tenha um grande apreço pelos bens da vida, aos quais uma enorme faixa da população sabe que muito dificilmente, e nem sei se deveria dizer jamais, terá acesso.

Quanto aos processos de escolhas políticas democráticas há um longo caminho a percorrer no aperfeiçoamento do sistema partidário, nos critérios proporcionais ou distritais de aferir votos, e nas relações entre representantes e representados, com os respectivos conflitos de interesse.

O capítulo das instituições é, no meu entender, de extraordinária importância. As pessoas são a base da democracia. São, em resumo, o povo que se autogoverna. Mas, as pessoas consideradas individualmente são transitórias, volúveis e extremamente sujeitas a circunstâncias. Entretanto, regimes políticos, quaisquer que sejam, precisam de alguma estabilidade, continuidade e coerência de princípios e rumos, para produzirem o mínimo de resultados que deles se espera. Essas expectativas só podem ser alcançadas através das instituições. As pessoas são transitórias. As instituições são perenes. Delas depende a perenidade da democracia.

Uso aqui a palavra instituição não para indicar ideias que transcendem gerações, como a verdade, a liberdade, a responsabilidade e outras que, na realidade, são valores socialmente aceitos pela maioria. Restrinjo o designativo instituição para identificar entidades e organismos essenciais para qualquer regime democrático. Os três poderes da República são representados por instituições: a Presidência da República, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal são instituições. As Forças Armadas são instituição. A Imprensa é instituição. As representações profissionais, sejam os sindicatos, sejam as corporações de ofícios deveriam ser instituições. Existem várias outras instituições políticas, civis e religiosas que são extremamente necessárias e úteis à democracia.

As instituições são maiores e mais importantes que os indivíduos que transitoriamente as compõem ou representam. Para preservá-las é preciso protegê-las das vaidades e desmandos de seus próprios membros. Preservá-las não significa poupá-las de críticas. As instituições só se fortalecem, com processos de melhorias contínuas, na medida em

que estejam abertas a críticas. Mas, as críticas devem ser a identificação dos erros para possibilitar a correção deles. Exigem acuidade, senso de oportunidade e espírito prático. É preciso pensar nos resultados que se quer alcançar com a crítica. A crítica como arma de destruição quase sempre é caricata, e profundamente antidemocrática.

A democracia, exatamente porque não é uma receita pronta de felicidade política, exige coragem, exige criatividade, exige desprendimento de interesses individuais que possam conflitar com os seus princípios. Exige, sobretudo, compromisso com os seus valores. Em contrapartida, parece ser o único regime compatível com o senso comum de liberdade e responsabilidade no convívio social e político. Dentre os bens da vida, é o mais valioso que podemos deixar para as gerações futuras.

Reforma Tributária

Gustavo Brigagão

Necessidade de Revisão do Sistema Tributário Nacional

Diversamente do ambiente físico e analógico em que vivíamos em 1965, quando realizada criou o Sistema Tributário Nacional em vigor (pela Emenda Constitucional 18/65), o mundo de hoje é globalizado, virtualizado e digitalizado. A economia passou a ser dominada por empresas ligadas ao setor de tecnologia (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft – as denominadas GAFAM), o que possibilitou o surgimento de arranjos empresariais até então inimagináveis. A intangibilidade sem precedentes tornou progressivamente dispensável a presença física em determinada jurisdição para que fosse possível alcançar o seu mercado consumidor. As operações passaram a ocorrer de forma remota.

Planejamentos fiscais agressivos tornaram questionáveis as regras tradicionais de tributação do comércio internacional de mercadorias e serviços, intensificando-se, conseqüentemente, as disputas entre os Estados da residência e de fonte quanto à correta forma de tributação das atividades decorrentes da economia digital. Todas essas problemáticas e várias outras foram – e vem sendo – tratadas pelas comunidades internacionais (OCDE, EU, entre outras), com o objetivo de equacionar essas questões e aprimorar a tributação internacional dessas atividades.

Enquanto isso, no Brasil, não conseguimos atualizar e adequar o sistema tributário vigente à nova realidade, nem mesmo quando da elaboração do texto do qual resultou a Constituição Federal de 1988. Em sua essência, o sistema continuou o mesmo que existia desde 1965.

Apesar de ter representado extremo avanço e modernidade quando da sua criação, o Sistema Tributário Nacional é dotado de peculiaridades extremas, quando comparado com os sistemas vigentes no resto do mundo, e não está, de fato, preparado nem estruturado para dispor adequadamente sobre a forma como devem ser tributadas as riquezas que circulam nesse novo mundo.

O que vimos ocorrer, no passar dos anos, foi o surgimento de um enorme conflito de competências, em que estados e municípios se digladiaram (e ainda se digladiam) para trazer para os seus respectivos campos de incidência a tributação de atividades cuja conceituação e classificação estivesse envolvida em algum tipo de incerteza, muito comum em decorrência da pouca clareza com que as suas competências tributárias foram constitucionalmente definidas.

Em vez de solucionarem esses conflitos de competência, os nossos tribunais acabaram por agravá-los, quando, ao julgarem questões relativas a pretensões estaduais e municipais sobre a mesma atividade, ampliaram indevidamente os limites a que sujeitos os conceitos de mercadorias e de serviços.

De fato, quando o que se discutia era o conceito de “serviços” e esse conceito era indevidamente ampliado, as fazendas municipais acabavam por ter as suas competências impropriamente ampliadas, e os estados, por sua vez, viam-se prejudicados, pois, dessa ampliação, decorria a consequente limitação das suas competências.

Quando o que se discutia era o conceito de “mercadorias” e esse conceito era indevidamente ampliado, as fazendas estaduais eram, então, as que tinham as suas competências ampliadas, e os municípios, por sua vez, os que se viam prejudicados, porque, dessa ampliação, decorria a limitação das suas competências.

Ou seja, em vez de dirimir conflitos, a jurisprudência dos nossos tribunais acabava (como ainda acaba) por agravá-los, na medida em que ela própria oferecia fundamentos a que, qualquer que fosse o pleito, proveniente dos estados ou dos municípios, ele estivesse sempre amparado por precedentes contraditórios, ou assistemáticos, das cortes superiores. Ampliou-se, assim, a zona cinzenta em que ambos os níveis da Federação (estados e municípios) passaram a se entender competentes para tributar as atividades econômicas exercidas pelos contribuintes.

Essas circunstâncias, aliadas à complexidade das normas tributárias, à guerra fiscal (que levou alguns estados a sofrerem profundo desequilíbrio fiscal nas suas contas), à quantidade de tributos e ao volume de horas recorde necessário a que as empresas brasileiras cumpram as suas obrigações acessórias – há empresas que mantêm em seus quadros departamentos inteiros, com dezenas de funcionários, cuja única função é a de fazer face a essas obrigações – faz com que o ordenamento jurídico-tributário brasileiro em vigor tenha se tornado, com o tempo, absolutamente caótico.

No que se refere mais especificamente à tributação do consumo, ela se dá no Brasil, de forma absolutamente única no planeta, por meio de cinco tributos de competência das três esferas da Federação: IPI (federal), ICMS (estadual), ISS (municipal) e as contribuições federais para o financiamento da seguridade social (PIS/Cofins), com todas as complexidades já referidas.

Por sua vez, o IVA – Imposto sobre Valor Agregado, criado em meados do século XX, está presente em 168 países – em uns, de forma mais desenvolvida, e, em outros, com imperfeições. Essas imperfeições vêm sendo observadas e revertidas, no decorrer desses 70 anos, pelos países que o adotam. Conseqüentemente, as técnicas a ele relativas vêm sendo aperfeiçoadas a cada instante.

O mais importante: o IVA é o tributo que o investidor estrangeiro conhece e entende. É o tributo com que esse investidor está habituado. Ele não conhece nem quer ouvir falar em IPI, ICMS, ISS, PIS e Cofins, com todas as complexidades e regras ilógicas a que esses tributos estão submetidos. Ao investir no país, ele, o investido, quer lidar com um efetivo “sistema tributário”, que seja capaz de interagir com os demais regimes tributários do mundo.

Portanto, no que concerne à tributação do consumo, a unificação daqueles cinco tributos em um IVA (federal ou dual) é mandatária. Mas há que ser um sistema efetivamente não cumulativo, que atenda às peculiaridades de todos os setores da economia (entre os quais, destaca-se o de serviços, que gera empregos e tem relevantíssima participação no PIB nacional), que elimine a guerra fiscal, mas de forma que não impeça o exercício da extrafiscalidade pelo Estado, mediante a criação de incentivos que atendam aos anseios e às necessidades da Nação.

Já no que diz respeito à tributação direta (do patrimônio e da renda), a sua complexidade e as inconsistências que apresenta não se comparam às do consumo, antes referidos. Na verdade, nem se aproximam delas. Não obstante, ela apresenta características que podem e devem ser extintas ou aperfeiçoadas: regressividade, existência de tributos que oneram a mesma base (IR e CSL), ausência de correção monetária das faixas de renda tributáveis, regras inconsistentes na tributação da propriedade e transmissão imobiliária (IPTU, IPVA, ITD e ITBI), só para mencionar algumas.

Imprescindível, portanto, a necessidade de ampla reforma do Sistema Tributário Brasileiro. Há unanimidade quanto a isso.

Propostas de Reforma Tributária em Exame e a Adequação da sua Aprovação na Fase em que o País se Encontra (em 2020/2021).

Assim que promulgada a Constituição Federal (CF), em 1988, iniciaram-se as tentativas de reformá-la.

Foram vários os projetos que propuseram a alteração da tributação do consumo, sempre mediante a substituição dos tributos existentes por um IVA. Todos (exceto os últimos – PECs 45/19 e 110/19, que persistem) foram, em regra, abandonados e, em seguida, fatiados, para alterar pontualmente a CF, muitas das vezes, com o único intuito de criar norma constitucional que estabelecesse o oposto daquilo que o Supremo Tribunal Federal (STF) entendera em sentido favorável aos contribuintes.

A tributação da renda, por sua vez, sofreu grande transformação e melhoria em 1995, com a aprovação da Lei 9249/95.

Além da criação dos Juros sobre Capital próprio (JCP), que foi uma inovação brasileira cuja adoção vem sendo, inclusive, proposta pela União Europeia, bem como dos aprimoramentos nas regras do lucro presumido, que, sem reduzir a arrecadação (pelo contrário, aumentando-a), suavizou enormemente a complexidade da tributação da renda, essa lei marcou pela determinação da não incidência do IR sobre a distribuição de dividendos, concentrando-a sobre os lucros auferidos pela pessoa jurídica, com a pesada carga tributária de 34%.

Inúmeras foram as vantagens decorrentes da criação dessas regras.

No que concerne à não tributação dos dividendos, além de ter tornado o sistema mais simples, com elevados e contínuos aumentos de arrecadação, e diminuído o nível de informalização da economia, a medida propiciou acentuada diminuição dos incríveis níveis de contencioso que enfrentávamos, seja em decorrência da eliminação das distribuições disfarçadas de lucros seja em razão da desmotivação da realização pelos contribuintes de planejamentos tributários agressivos para evitar aquela incidência. Essa medida também propiciou o destrave da distribuição dos dividendos pela empresa e, conseqüentemente, a maior disponibilidade de recursos para que acionista pudesse diversificar os seus investimentos (evitou-se, assim, o denominado “lock-in effect”).

Quanto à JCP, a sua criação permitiu que as empresas se financiassem com os seus próprios acionistas, evitando, assim, os juros escorchantes cobrados pelas instituições financeiras.

Foi uma política tributária inteligente, eficiente e de absoluto sucesso, que já per-

dura no país há quase três décadas.

Como, infelizmente, todos sabemos, os anos de 2020 e 2021 foram marcados por uma devastadora pandemia, que levou o Brasil e o mundo a terem que enfrentar um cenário inesperado e sem precedentes no passado recente.

Isso nos levou a crises de todas as espécies: crise sanitária, crise institucional, crise hídrica, crise cambial, crise fiscal, crise administrativa, crise energética, inflação fora do controle, desemprego, economia estagnada, entre outras.

Portanto, nós, brasileiros, temos muitos assuntos com que nos preocupar. E o que mais se discute no Congresso Nacional, além das desestabilizações promovidas pelo Poder Executivo?

Reforma Tributária. De fato, esse assunto pautou as discussões havidas nos exercícios de 2020 e 2021.

Quanto à tributação do consumo, foram debatidas, à exaustão, as já citadas PECs 45/19 e 110/19, pelas quais foram apresentadas propostas, que, apesar corretas no que diz respeito à pretensão de unificar tributos e substituí-los por um IVA, trouxeram no seu corpo o oposto do que deveriam almejar na instituição de um tributo dessa natureza.

Falo da equivocada definição do conceito de não cumulatividade (já afirmada pelo STF, em relação à tributação vigente), bem como de inconcebíveis restrições que impuseram à aplicação desse instituto, que o deixa muito aquém das promessas de não cumulatividade ampla e irrestrita feitas pelos autores dessas duas PECs. Falo, também, da alíquota única imposta a todos os setores da economia, do que decorre tratamento igual para desiguais e, conseqüentemente, intolerável sobrecarga para setores como o de serviços (principalmente, para as sociedades profissionais), cujos integrantes, em regra, não necessitam de insumos para a realização das suas atividades. Falo, ainda, da extinção da extrafiscalidade, que se mostrou absolutamente necessária neste período pandêmico. O que teria sido de nós, sem ela. Falo, por último, para não mais me alongar neste ponto, do período de DEZ ANOS de transição desta para a nova sistemática de tributação. Sob esse aspecto, o contribuinte brasileiro terá que conviver com atual sistema caótico e, também, com o que se pretende criar, que promete ser tão complexo e gerador de incertezas e litígios quanto o atual.

No nível das contribuições sociais e da tributação da renda, o Governo Federal apresentou dois desastrosos projetos, resultantes de um fatiamento da reforma por ele proposta do qual resultaria alterações legislativas promovidas em quatro fases. Esses dois projetos se referem às duas primeiras fases desse fatiamento.

O primeiro deles (PL 3887/20) propõe a aconselhável, porém irrelevante, unificação do PIS e da Cofins (que, atualmente, incidem às alíquotas de 3,65% e 9,25%, nos regimes cumulativo e não cumulativo de incidência) e a sua transformação na denominada CBS – Contribuição sobre Bens e Consumo. O projeto, de constitucionalidade duvidosa – em razão da forma como foi redigido –, além de apresentar inúmeras e graves inconsistências, muito semelhantes àquelas das PECs 45/19 e 110/19, extingue o regime cumulativo e estabelece que a nova contribuição será calculada mediante a absurda e excessivamente pesada alíquota única de 12% sobre o faturamento das empresas. Ou seja, elas serão oneradas por essa gravosa incidência, mesmo que operem no vermelho, tendo em vista que, como dito, a incidência se dá sobre o faturamento, e não sobre o lucro.

O segundo projeto (PL 2337/21) mais se parece com um daqueles “pacotões de final de ano” dos anos 80, com finalidades nitidamente eleitoreiras (financiamento do aumento do Programa Bolsa Família – ou Auxílio Brasil, como queiram) e baseado em alegações “*robinhodianas*” de que, por meio dele, estar-se-á supostamente retirando dos mais ricos para dar aos mais pobres. Ele foi proposto Governo Federal, que se diz liberal, com o objetivo de promover mudanças radicais e retrógradas nas políticas tributárias nacionais, introduzidas, há décadas, pela Lei 9.249/95, já referida neste artigo.

Por esse projeto (que foi aprovado de forma assustadoramente açodada pela Câmara dos Deputados e que, na época em que elaborado este artigo – meados de outubro de 2021 – aguarda votação no Senado), propõe-se a correção monetária da tabela do IR (em níveis muito aquém do necessário à atualização dos valores que a compõe, e também muito abaixo do prometido na campanha presidencial realizada pelo vencedor das últimas eleições) e, em contrapartida, entre outros, o enorme retrocesso consistente na extinção do JCP e no retorno à tributação dos dividendos.

Alega-se que os “ricos”, sócios de Pessoas Jurídicas, são isentos do IR nos dividendos que recebem, enquanto os “pobres”, os assalariados, são tributados em valores que podem chegar a 27,5% da renda por eles auferida.

Quem faz essa alegação se esquece de que o dividendo nada mais é do que valor decorrente do lucro que se forma na empresa, este já gravosamente tributado em carga equivalente a 34%. Esquece-se, também, de que os sócios dessas sociedades, além de assumirem o risco do negócio e não usufruírem das benesses decorrentes das relações empregatícias, são empreendedores e geradores de empregos. Além disso, o fato de serem sócios não indica, de forma alguma, que sejam “ricos”. Eles pertencem a todas as classes sociais. Nada há em relação a eles que os identifique, pelo simples fato de serem

sócios, com sinais exteriores de riqueza ou capacidade contributiva. Há, por outro lado, no País, assalariados cujas remunerações superam, em muito, o faturamento alcançado pela grande maioria das PJs constituídas. Ser pobre ou rico nada tem a ver com o fato de ser sócio ou assalariado.

Também quem segue essa linha de raciocínio “*Robinhoodiana*” costuma alegar que o lucro presumido realça a diferença de carga tributária entre os sócios e os assalariados, em decorrência de as margens presumidas de lucro serem muito baixas.

Ora, se o problema é esse, que sejam aumentadas as margens de lucro desse regime de tributação, mas que jamais se pretenda destruir política tributária que vem sendo adotada com êxito durante essas três décadas. Do contrário, voltaremos ao cenário anterior à edição da Lei 9249/95, com todas aquelas mazelas já referidas neste texto.

O que se constata, portanto, diante de tudo que foi demonstrado até aqui, é que, em vez uma reforma ampla do Sistema Tributário Nacional, como ocorreu em 1965, o que há de propostas são três projetos de alteração das regras de tributação no país totalmente retrógrados e desconexos.

Em debate de que participei em um evento excelentemente organizado pelo CESA/SC com o Senador Espiridião Amin, tive a oportunidade de me demonstrar a desconectividade desses três projetos com a simples constatação de que, caso aprovados na forma em que estão, a carga tributária das sociedades profissionais (cujo faturamento, em razão dos baixos custos necessários ao exercício das suas atividades, em muito se aproximam ao montante dos lucros por elas auferidos e distribuídos) será de 69,1% das receitas auferidas por essas pessoas jurídicas! De fato, será o somatório de 37,1% (IR e CSL), 12% (CBS) e aproximadamente 20% (IVA)!

Isso é razoável? Não, isso está muito longe de ser razoável.

Tem-se que ter em mente que, se essas incidências não forem ponderadas em conjunto pelo Congresso Nacional e sem o açodamento com que essa matéria está sendo deliberada, é muito provável que sejamos muito em breve surpreendidos com esse cenário, sem nos restar muito o que fazer.

Além dessa necessidade de uma reforma global (e não fatiada) do Sistema Tributário Nacional, há um outro aspecto que deve ser observado quanto ao momento em que se está pretendendo realizá-la.

O Comitê Fiscal da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em meados de abril de 2020, 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*¹, pelo que qual aconselhou aos diversos países que o enfrentamento da Covid 19 fosse feito em quatro fases: as três primeiras fundadas na extrafiscalidade (de forma a que as empresas se mantenham vivas e geradoras de empregos) e, somente na quarta e última fase, quando a crise já tiver passado (o que é muito distante da realidade brasileira), chegar-se-á, enfim, ao momento em que será necessário o acerto das finanças públicas, que terão restado abaladas com o impacto financeiro resultante das medidas de apoio prestadas a empresas e famílias nas fases anteriores.

Definitivamente, o momento atual não é, portanto, próprio para a discussão de reforma tributária, não só pelo período atípico em que estamos, como também pelo fato de que é mandatário que as mudanças nas regras tributárias somente ocorram após a tomada de medidas que propiciem o reequilíbrio fiscal, em que os gastos públicos sejam encolhidos e a carga tributária necessária ao seu enfrentamento seja reduzida à menor possível.

Já se fez, ainda que não a contento, a reforma previdenciária, que representa o maior dos gastos públicos. Restam, ainda, para dizer o mínimo, a reforma administrativa, a definição e execução do plano de privatizações, bem como a tomada de medidas eficientes e necessárias ao reequilíbrio fiscal.

Fazer reforma tributária com o Estado inflado e necessitando de receitas extras para cobrir os gastos públicos incorridos neste período calamitoso equivale a ir ao supermercado com fome. Inflam-se as compras, muito mais do que o necessário. Decisões definitivas não devem ser tomadas em tempos de crise.

Antes de pensarmos em reforma tributária, temos que trazer o tamanho do Estado a um nível satisfatório para, aí sim, definirmos o nível de tributação que seja com ele condizente. Essa será a reforma tributária que fará do Brasil um país melhor.

Vamos devagar e cuidadosamente, porque temos pressa!

1 https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis

Reforma Administrativa

Belisário dos Santos Jr.

Estado atual em outubro de 2021. 2021 começou como o ano da reforma administrativa. Embora polêmica, ela viria para atender a um reclamo popular: “O Estado custa muito, mas entrega pouco”, disse ao início do ano o Ministro da Economia, complementando que a reforma pretenderia evitar o duplo colapso, na prestação de serviços à população e no orçamento público.¹ Enviada à Câmara pelo Governo Federal, em setembro de 2020, o Projeto de Emenda à Constituição 32/2020 previa redução da estabilidade e de outros direitos do funcionalismo. Em realidade, o motor da reforma seriam as centenas de prefeituras, com folhas de pagamento completamente comprometidas com o funcionalismo, sem recursos para investimentos e os defensores da pauta do Estado mínimo, própria do estado neoliberal.

Quase ao final de 2021, a reforma com texto substitutivo à proposta original foi aprovada em comissão especial na Câmara dos Deputados, em votação apertada, descontentando o próprio governo como também o funcionalismo público e sua base de apoio, que ainda vê vários de seus direitos clássicos serem afetados. Há uma ideia de que para um receio para os que se pronunciarem em favor dessa reforma atenuada, como se vê de um prognóstico de líderes experientes: “Quem votar, não volta.”²

Sem prognóstico de discussão no plenário da Câmara dos Deputados, com problemas típicos do governo federal de articulação política, não há certeza de reunião dos 308 votos necessários para sua aprovação. Se assim é na Câmara, o cenário no Senado Federal é ainda mais desfavorável. Tudo isso deve se acrescer a uma clássica lição de pragmatismo político no sentido de que, em ano eleitoral (2022), não se aprovam temas polêmicos.

1 Informativo da Câmara dos Deputados, de 11/01/21 “Reforma administrativa será pauta polêmica em 2021”(Agência Câmara de Notícias).

2 Brasil de Fato, 4 de outubro de 2021: <https://www.brasildefato.com.br/2021/10/04/articulacao-fragil-e-alta-rejeicao-enfraquecem-previsoes-do-governo-para-reforma-administrativa>.

O que é a reforma administrativa em discussão no Congresso, sob alguns ângulos.

A PEC 20/2020 foi aprovada na Comissão Especial na Câmara dos Deputados, na forma de substitutivo, com diferenças substanciais em relação ao texto apresentado em 2020 pelo Governo Federal. É razoavelmente difícil, após tantas emendas, encontrar a racionalidade da reforma. Talvez um eixo seja a possibilidade de enxugar o Estado, possibilitando a celebração de convênios para exercício de atividades que não sejam finalísticas da segurança pública, manutenção da ordem tributária e financeira, regulação, fiscalização, gestão governamental, elaboração orçamentária, controle, inteligência de Estado, serviço exterior brasileiro, advocacia pública, defensoria pública e atuação institucional do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, incluídas as exercidas pelos oficiais de justiça, e do Ministério Público, excluídas as atividades complementares. O Poder Executivo Federal editará normas gerais regulando a parceria com entes privados.

Mas a impressão que prevalece é a de que a Reforma Administrativa, em sua redação original, tinha propósitos mais ambiciosos, em termos de redução de gastos e organização mais racional do Estado, mas ao longo de sua tramitação foi sendo desidratada, pelo que não seria surpresa que ela fique pelo caminho ou leve um longo tempo até final votação. Vejamos alguns temas pontuais.

Estabilidade. A estabilidade foi mantida para todos os servidores concursados, inclusive os novos, após o cumprimento de três anos de estágio probatório, e não apenas para os ocupantes de cargos típicos do Estado, como no projeto original. Em determinadas situações, como reiteração de avaliações negativas, há previsão de demissão por desempenho insuficiente. Há mesmo previsão de corte de salários em caso de crise fiscal. A PEC passa a considerar nula a concessão de estabilidade no emprego ou de proteção contra a despedida para empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e das subsidiárias dessas empresas e sociedades por meio de negociação, coletiva ou individual, ou de ato normativo que não seja aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada. Na emenda aprovada há previsão da perda de cargo por obsolescência ou desnecessidade do posto, resguardado o direito à indenização.

Avaliação dos servidores. O extremo detalhamento da avaliação de servidores, importante como método de análise de desempenho, mostra-se inapropriado para uma emenda constitucional, analisam especialistas em direito administrativo, como Marcela

Arruda, que chama a atenção para o fato dos legisladores, reiteradas vezes, pedirem a colaboração da sociedade civil, mas não a levarem em conta para aprovação de temas importantes.³ E acrescenta que, em geral, a demissão de servidores não se dá em função de avaliação de seu desempenho, ostentando no mais das vezes um caráter persecutório, o que poderá certamente continuar mobilizando a máquina judiciária para a reconstrução dos direitos violados. Uma boa novidade é a possível participação do usuário do serviço público no processo de avaliação, via plataformas digitais.

Contratação temporária. Na Constituição Federal de 1988, a regra básica para preenchimento de cargos ou empregos públicos – grande conquista da República – era a aprovação prévia em concurso público de provas, ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre provimento e exoneração.⁴ Pela proposta aprovada poderá haver contratações temporárias, com limite de até dez anos, com processo seletivo simplificado que, em casos de urgência, poderá ser dispensado. A redução de pessoal concursado e a não limitação do número de posições a ser preenchida “temporariamente” por dez anos pode passar a ser regra, com a substituição de um corpo estável de servidores por um corpo de amigos da corte, sem o compromisso próprio de servidores públicos e sem que, em muitos casos, tenham tido seus conhecimentos testados em concurso público. Uma administração e seu administrador precisam, é claro, de pessoas afinadas com os governantes eleitos que venham a propugnar pelas políticas públicas contantes da agenda que levou aquele grupo ou partido ao poder. Mas, para isso, já há um número apreciável, em todas as esferas do Estado, de cargos para provimento em comissão. Isto sem contar, a possibilidade já prevista no atual texto constitucional, para contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.⁵ A lei atual que regulamenta a contratação por tempo determinado para atender a esse tipo de necessidade temporária (Lei nº 8745, de 9 de dezembro de 1993) já é bem ampla e mais parece uma colcha de retalhos, tendo

3 Reforma Administrativa: um novo texto base com desacertos e desprezo dos diálogos qualificados, Cf <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/reforma-administrativa-um-novo-texto-base-com-desacertos-e-desprezo-dos-dialogos-qualificados/>;

4 Constituição Federal, art. 37, II.

5 CF, art. 37, IX;

sido alterada mais de uma dezena de vezes, a última das quais por Medida Provisória nº 922/2020 (que não foi aprovada pelo Congresso), sempre em favor do aumento das possibilidades de contratação sem concurso. O DIAP – Diálogo Institucional – Assessoria e Análise de Políticas Públicas avalia criticamente essa forma de contratação, mostrando como se pode dar uma grande extensão ao denominado *excepcional interesse do serviço público*.⁶

A proposta aprovada corre o risco de servir de instrumento para acentuar o desequilíbrio entre um Estado organizado e outro gerido por interesse pouco republicanos, podendo gerar, no limite, um Estado paralelo administrado por servidores temporários sem compromisso com a administração pública, o que seria a antesala da corrupção. Mas é forçoso reconhecer que, se aplicada nos estritos termos em que permitida, a contratação temporária pode ser sadia e necessária, atendendo sazonalidades e preenchendo, por tempo limitado, as prementes necessidades do Estado, em situações críticas, sem a rígidas limitações de um concurso público.

Limitação de vantagens. Será vedada: a concessão de férias superiores a trinta dias (não se aplica à magistratura e ao Ministério Público), de adicionais por tempo de serviço, independentemente da denominação, o aumento de remuneração ou pagamento de

6 “Em todas elas, ampliou-se a contratação temporária, inclusive para prever situações como a identificação e demarcação territorial; de análise e registro de marcas e patentes; atividades finalísticas do Hospital das Forças Armadas; pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações; atividades técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais; técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho; técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho; didático-pedagógicas em escolas de governo; de assistência à saúde para comunidades indígenas; para atender a encargos temporários de obras e serviços de engenharia destinados à construção, à reforma, à ampliação e ao aprimoramento de estabelecimentos penais; combate a emergências ambientais; e de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana.” – em “A Contratação Temporária no Serviço Público e a PEC 32/2020 – https://www.diap.org.br/images/stories/nota_contratacao_temporaria_substitutivo_relator_pec_32_080920.pdf;

parcelas indenizatórias com caráter retroativo, de adicionais por substituição, progressão exclusivamente baseada em tempo de serviço. Ficará igualmente vedada aposentadoria compulsória como forma de punição, preciosidade ainda hoje corrente no meio da magistratura.

Competências acrescidas. A competência privativa da União ganha mais possibilidades, por meio de dois novos incisos (XXX e XXXI) ao artigo 22 da Constituição Federal. Passa a ser assim considerada a edição de normas gerais sobre criação e extinção de cargos públicos, concurso público, critérios de seleção e requisitos para investidura em cargos em comissão, estruturação de carreiras, política remuneratória, concessão de benefícios, gestão de desempenho, regime disciplinar, processo disciplinar, cessão e requisição de pessoal. Aqui haverá seguramente grita dos Estados nesses assuntos que eram vistos de sua competência. Importante inovação será a possibilidade privativa da União de edição de normas gerais sobre contratação por tempo determinado em regime de direito administrativo, impedindo a proliferação de formas alternativas em que cada Estado exercia sua criatividade própria.

Dificuldades paralelas – A tramitação concomitante de duas propostas polêmicas como a da Reforma Administrativa (PEC 32/2020) e a PEC dos Precatórios (PEC 23/2021), entre outras, com potenciais reflexos no funcionalismo e no pagamento de verbas sonegadas, provocará resistências de parlamentares com ou sem base no funcionalismo e certamente dificultará a aprovação de ambas.

Conclusão. Uma reforma administrativa é tema de interesse da cidadania, pelo menos desde que assegure: (i) maior eficiência na gestão pública, diminuindo a distância entre os serviços públicos e seus destinatários; (ii) transparência dos atos de governo, não só na disponibilização de dados, mas na clareza da linguagem e na motivação das decisões adotadas⁷; (iii) maior participação da sociedade na elaboração das políticas públicas, não só por audiências e pelo exercício do direito de petição, mas também pela adoção de formas mais amplas de acesso e interação entre o agente público e o cidadão; (iv) foco prioritário nos usuários do serviço público e em seus direitos, pelo menos igual à

7 Carlos Roberto da Silva – Princípio da transparência na Administração Pública (Jusbrasil – <https://ralmeidas-gc.jusbrasil.com.br/artigos/113024627/principio-da-transparencia-na-administracao-publica>).

importância sempre dada aos integrantes das corporações do funcionalismo. Uma reforma administrativa assim norteada seguramente seria capaz de sensibilizar e mobilizar a sociedade. Seria capaz de mover o Congresso?

O Estado de Direito e o Supremo Tribunal Federal

Misabel Abreu Machado Derzi

1. Introdução: anotações sobre o Estado de Direito

“...Entrai pela porta estreita, porque larga é a porta, e espaçoso, o caminho que conduz à perdição, e muitos são os que entram por ela; e porque estreita é a porta, e apertado o caminho que leva à vida, poucos há que a encontrem.” (Evangelho de Mateus, Sermão na Montanha, 7-1a6; 8-13a14).

Não raramente, a metáfora da “porta estreita” é invocada por juristas e filósofos do Direito, em alusão ao Estado de Direito.¹ Em crítica a um ditado búlgaro, assim se manifesta MARTIN KRYGIER:...

37

“diz o ditado búlgaro que o direito é como uma porta no meio de um campo aberto. É claro, você poderia passar pela porta, mas somente um tolo se incomodaria com isso. Onde esse ditado tem ressonância, o Estado de Direito provavelmente não existe.”²

Há homens notáveis que escolhem passar pela **porta estreita do Direito**. Embora geniais, iluminados e iluministas, racionais e amantes da ciência e da reflexão, escolhem

1 Cf. *Gerald J. POSTEMA*. Law's Rule. Reflexivity, Mutual Accountability, and the Rule of Law. In *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*. Coord. Xrabv Zhai, p 33; *MARTIN KRYGIER*. The State of the Rule of Law State, Cap. 3, p.60; *Thomas Bustamante*. Precedent. IVR Encyclopedia. Heidelberg, Springer, no prelo para 2020, ou em discursos e aulas da pós-graduação da UFMG.

2 *MARTIN KRYGIER*. The Rule of Law: Legality, Teleology and Sociology, in. G Palombela and N Walker, Re-Locating the Rule of Law. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 60.

passar pela porta do Direito. Já tivemos oportunidade de referir o jurista e professor EROS ROBERTO GRAU como exatamente um desses homens, erudito e independente, que relatou o HC 84078, em 2008, naquela ocasião declarando inconstitucional a execução antecipada da pena, à luz da Constituição de 1988, na mesma linha de seus pares, Ministros PERTENCE, CELSO DE MELLO, PELUSO e MARCO AURÉLIO.

Ao analisar o *ethos* da fidelidade ao Direito, e móvel do Estado de Direito, POSTEMA pontua que os juízes chamam tal fidelidade de imparcialidade, de equidade das partes em juízo, de abertura do processo à evidência e à argumentação de todos os lados, ao dever de tomar decisões racionais segundo princípios baseados nas provas e na argumentação apresentada na Corte. “Os juízes precisam ver para isso, em lugar de relações pessoais, a língua franca das cortes. Isso reclama uma **convicção profunda, ciumentamente guardada, de sua independência em relação a outros ramos de governo.**”³

E POSTEMA, voltando ao ditado búlgaro, concorda com M. KRYGIER em suas duras críticas, para dizer que, se fosse verdade que somente um tolo se incomodaria em passar pela porta estreita do Direito, tal atitude evisceraria as entranhas do Estado de Direito.⁴

Pontificando entre tais homens notáveis, geniais, leais à Constituição e ao Direito, o Ministro GILMAR MENDES reluz, porque alia ao seu preparo técnico, os valores democráticos, a fidelidade ao Direito, a coragem de conduzir – mesmo enfrentando mídia mal informada ou manipulações políticas incômodas – as melhores decisões em favor da segurança jurídica, da confiança e da lealdade constitucional.

Isso não é tão fácil. Em cíclica *performance*, ora deprimido, ora murchando em inexplicável cultura de deferência não qualificada à autoridade governamental, ora florescendo na democracia, o Estado de Direito, no Brasil, oscila. Explicam os juristas e filósofos que o Estado de Direito não é redutível apenas ao atuar dos juízes, não é uma regra a ser aplicada apenas pelos julgadores. Ele depende de um certo grau de **lealdade ao Direito reinante na sociedade**. Então, diz POSTEMA, ... “*um componente indispensável da infraestrutura da fidelidade está em uma rica, diversificada e civilmente educada sociedade, incluindo organizações religiosas, organizações não lucrativas, universidades, uniões sindicais, grupos de vigilância comunitária e similares. Repartições governamentais de controle, formal ou informal, comissões de direitos humanos, e organizações similares podem também*

3 Cf. Gerald POSTEMA, *op. cit.* p. 32.

4 Cf. Gerald POSTEMA, *op. cit.* p. 33.

inspecionar e monitorar atividades governamentais e informar, habilitar e facilitar os esforços de responsabilização.” E prosseguindo em suas considerações relacionadas ao Estado de Direito, que depende de virtudes cívicas, pondera: “*BENTHAM argumentou que um governo livre deveria cuidar, encorajar e habilitar a disposição popular para a resistência.*”⁵

Ricos estudos sobre o ideal do Estado de Direito, em filosofia, ciência política e teoria da Constituição, acumulam-se ao longo da história. Influentes estudos relativos ao Estado de Direito, que se apoiam na separação de poderes, nos advêm desde *LOCKE* ou *MONTESQUIEU*,⁶ passam pelas lições de *DICEY*, mas no rol devem ser incluídos aqueles que, como *FULLER*, insistem na legalidade e nas oito condições necessárias para sua configuração: (1) generalidade das regras; (2) publicidade; (3) não retroatividade; (4) inteligibilidade; (5) não contradição; (6) exequibilidade; (7) estabilidade; (8) e administração de modo consistente com seu teor. Como contraponto, demonstrando a insuficiência da legalidade (pois não chamaríamos de Estado de Direito ao Estado nazista que partia de leis aplicadas por juízes que se curvavam aos abusos da autoridade), um universo rico de outros teóricos da ciência política ou da filosofia se levanta com *J. RAZ*,⁷ *WALDRON*,⁸ *POSTEMA*,⁹ *KRIGIER*¹⁰, alhures e no Brasil.¹¹

O Estado de Direito, pois, não é apenas o Estado das leis, como lembra *MATTERN*, pois administrar conforme a lei é antes administrar conforme o Direito, razão pela qual a proteção da confiança e a boa-fé são componentes indivisíveis da legalidade, do Estado de Direito e da Justiça. Em obra profunda sobre o tema, explica *ROLAND KREIBICH*

5 Cf. *Gerald POSTEMA*, *op. cit.* p. 33/34.

6 Cf. *J. Locke*. Two Treatises of Government, ed. p. Laslett. Cambridge Press, 1988, os. 265-428 in Second Treatise; Cf. *Av. Dicey*. Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th edn. (first edn. 1885) (London: Macmillan, 1959; Cf. *Lon Fuller*. The Morality of Law. New Haven, CT. Yale University Press, 1969.

7 Cf. *J. Raz*. The Authority of Law. Oxford, Clarendon Press, 1979.

8 Cf. *J. Waldron*. The Concept and the Rule of Law. Georgia Law Review, 43, 2008.

9 Cf. *Gerald Postema*, *op. cit.*

10 Cf. *Martin Krygier*, *op. cit.*

11 Cf. Por todos, citemos *Thomas Bustamante*. Precedent. IVR Encyclopedia. Heidelberg, Springer, no prelo para 2020.

que alguns juristas alemães utilizam a expressão boa-fé como sinônima de proteção da confiança; outros, como KRIEGER, THIEL, etc., consideram a proteção da confiança um resultado ou consequência legal da boa-fé; há aqueles ainda, como MATTERN, que sobrepõem o princípio da proteção da confiança, para eles mais abrangente, como um “Tatbestand-mãe”, ao princípio da boa-fé. Em geral, a expressão boa-fé é utilizada frequentemente para designar as situações individuais, os casos concretos que envolvem a proteção da confiança.¹² Não obstante, convém deixar claramente assentado que a **confiança** não é característica essencial na qual repousa apenas o sistema jurídico. Todo sistema social, quer seja o político, o econômico, o de comunicação ou o jurídico, pressupõe a confiança – (e contém medidas de controle da desconfiança), como ensinou NIKLAS LUHMANN em obra notável¹³. Recentemente SHAPIRO trabalhou a economia da confiança no Direito.¹⁴

Infelizmente, não é tão fácil aperfeiçoar o Estado de Direito, que é uma conquista contínua. Nossa *performance* é cíclica, como já observamos, ora floresce, ora se retrai. Basta lembrar a questão da execução antecipada da pena que, após ser banida por nossa Corte Suprema, conduzida pelo voto memorável de EROS ROBERTO GRAU, novamente cedeu às pressões políticas. A posição atual é a recuperação e a vitória da presunção de inocência, literalmente consagrada, como direito fundamental, na Constituição da República. Tudo isso somente demonstra que têm razão juristas e filósofos quando proclamam que o Estado de Direito não é uma regra a ser aplicada apenas pelos julgadores. Ele depende de um certo grau de **lealdade ao Direito reinante na sociedade**.

Daquelas oito importantes e clássicas características do Estado de Direito na legalidade, apontadas por FULLER e já citadas (1) generalidade das regras; (2) publicidade; (3) não retroatividade; (4) inteligibilidade; (5) não contradição; (6) exequibilidade; (7) estabilidade; (8) e administração de modo consistente com seu teor), realcemos a generalidade, a publicidade, a consistência e a não retroatividade para analisarmos algumas práticas de nossa Corte Constitucional. Em face delas, afirmamos que o Supremo Tribunal Federal se encontra em ponto avançado de concretização do Estado de Direito.

12 Cf. ROLAND KREIBICH. Der Grundsatz von Treu und Glauben im Steuerrecht. Band 12. C.F. Muller Verlag, Heidelberg, 1992, p.188.

13 NIKLAS LUHMANN. Confiança. Trad. Amada Flores. Anthropos. Universidad IberoAmericano. Santiago. 1996.

14 Cf. SCOTT SCHAPIRO. Legality. 1ª. Harvard University Press, Cambridge, London, 2011.

É claro que muito longe da perfeição, mas não duvidamos de que, como instituição humana, tem avançado e aberto caminhos importantíssimos à consolidação da democracia. É necessário prosseguir na mesma direção.

Consideremos as ponderações de MARCELO NEVES, que se recusa a reconhecer que o sistema jurídico brasileiro tenha alcançado a auto-referenciabilidade. Levantando a Constitucionalização meramente simbólica, ponderou, influenciando mesmo a classificação de LUHMANN,¹⁵ que, em alguns países como no Brasil, o sistema é alopoiético (e não autopoiético, como deveria ser no Estado de Direito), o que significa que nele se dá *“reprodução de um sistema através de critérios, programas e códigos de seu ambiente. O sistema correspondente é determinado por imediatos fatores da realidade externa, de modo que a verdadeira diferença entre sistema e ambiente perde seu significado”*.¹⁶ Para o jurista pernambucano, evidencia-se, então, *“a precedência de outros códigos, particularmente o econômico (ter/não ter) e o político (poder/não poder) sobre o código direito/não direito, em detrimento da eficiência, funcionalidade e racionalidade do direito.”*¹⁷

Assim, MARCELO NEVES aponta, de um lado, a existência de distorções semânticas no processo cotidiano de concretização do Texto constitucional por meio das decisões judiciais dos casos concretos e, de outro, o problema generalizado de ‘exclusão social’ dentro dos países periféricos, para identificar neles, inclusive no Brasil, um sistema jurídico de determinação alopoiética, implicando, no super complexo mundo contemporâneo, *“uma destrutiva insegurança em relação à prática de solução de conflitos e orientação das expectativas normativas.”*¹⁸

As palavras de MARCELO NEVES guardam grande dose de verdade, se considerarmos a ideia de “concretização” da Constituição da República na última hipótese, ou

15 Cf. NIKLAS LUHMANN. *La Costituzione come acquisizione evolutiva*. In: *Il Futuro della Costituzione*. Org. ZAGREBELSKY, Gustavo. Torino, Einaudi, 1996, ps: 83-128.

16 Cf. MARCELO NEVES. Cf. MARCELO NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 1ª Edição no Brasil. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 255.

17 Cf. MARCELO NEVES. *Entre Têmis...* op. cit. p. 258. Ver ainda MARCELO NEVES. *From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law*. In: *Journal of Law and Society*, vol. 28, nº 2, Blackwell Pub., Oxford, jun.2001, pp. 242-64. O citado artigo menciona outras obras do autor sobre o tema.

18 Cf. MARCELO NEVES. *Entre Têmis...* op. cit. p. 263.

seja, em sentido muito amplo, como ideia de contraste entre o texto normativo e a prática jurídica/política/econômica em seu todo. Superpondo-se o modelo constitucional à realidade social, verifica-se um distanciamento (algum seria de se esperar entre o dever ser normativo e o mundo do ser) intolerável, uma abissal divergência, em que grandes grupos são excluídos, pela miséria ou desinformação, dos mais elementares direitos humanos e sociais. Nesse quadro, poderemos nos considerar um Estado Democrático de Direito? Mas não acreditamos que se possa, isoladamente, exigir do Direito judicial a transformação que se quer. Muito menos do Direito Tributário isoladamente.

Se tomarmos a ideia de “concretização” da norma jurídica como expectativa normativa, apenas em sentido técnico jurídico estrito, ou seja, de aplicação da Constituição a casos concretos, o sistema jurídico funciona com relativa (mínima) segurança e de forma operacionalmente fechada. Pautar-se em pretensos desvios semânticos, como pretende NEVES, para rejeitar a auto-referenciabilidade do Direito em nosso País, demandaria do crítico uma demonstração, em escala estatística aceitável, da recepção pela Corte Suprema de semântica sistematicamente rejeitada pela doutrina e pelos precedentes, além da regular contradição de seus julgados, sua inconsistência e imprevisibilidade. Erros aqui e ali existem, maiores ou menores, com relativas inconsistências semânticas, mas não há um sistema jurídico que não os tenha. Portanto, no sentido técnico estrito de concretização, como aplicação da Constituição em casos concretos, nosso sistema jurídico é autopoietico, auto-referencial. Explicar as razões pelas quais um sistema jurídico pode se manter, do ponto de vista operacional, fechado, embora não seja hábil, por meio apenas de suas aplicações caso a caso, a transformar a realidade social como um todo, é algo muito mais complexo e difícil de ser discutido, em especial no estreito espaço que nos cabe. Isso teria de nos conduzir ao exame do sistema como um todo (normas de direito do trabalho; empresarial e cível, do consumidor, etc. e a questionarmos a legitimidade de nossas próprias leis, feitas pelos “donos” do poder. O salário mínimo vigente é adequado a uma vida digna como determina a Constituição?). Limitemo-nos a pensar a aplicação da Constituição no sentido técnico restrito.

Ora, o fechamento operacional do direito é essencial ao Estado de Direito e da Constituição, de modo que não é possível colher diretamente do ambiente exterior (o econômico ou político) os dados de determinação interna do sistema. Embora os fatores externos do ambiente sejam básicos para o sistema, que cognitiva e semanticamente para eles abre-se, apenas através de seleção, acopladores estruturais e operacionais, pode o sistema convertê-los em dados próprios, geralmente adaptados e mesmo deformados e,

a partir daí, atuar em processo contínuo. Exatamente por isso, é necessário identificar o que seria um certo “politicismo” das decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal, autorizado e, não raramente, querido pelo próprio sistema, inconfundível com a heterodeterminação intolerável das decisões judiciais, como corrupção do sistema. Certa margem de escolha política, entretanto, é um fato inerente às decisões judiciais, especialmente às sentenças de Cortes Constitucionais, politicismo que não pode ser identificado como critério extrajurídico, estranho ao ambiente interno do próprio sistema jurídico. Aos leigos, o politicismo não aparece, porque somente se pode revelar na interpretação com que é convertido (em conversão autorizada pelos acopladores) internamente em conceitos jurídicos, tanto aqui, em nosso País, como nos EUA.

Se o Poder Judiciário é um poder, ou seja, se a tarefa de todo juiz é criativa, crescem as dificuldades na tarefa da Suprema Corte, eivada que está a Constituição de princípios vagos, de alternativas abertas de sentido, ambíguas ou obscuras, com que, semanticamente, o sistema jurídico se abre ao ambiente exterior ou se “acopla”. A escolha entre alternativas controvertidas de política nacional no âmbito da Constituição faz da função judicante uma função também “política”. Essa conclusão, não obstante, não guarda incompatibilidade com o modelo de NIKLAS LUHMANN a que nos referimos anteriormente.

O clássico artigo de ROBERT DAHL, intitulado “*Decidindo em uma Democracia: A Suprema Corte como geradora de políticas nacionais*”, editado pela primeira vez em 1957 e reimpresso honorariamente pela *Emory Law Journal*, 50, – 2001,¹⁹ influenciou toda uma geração de juristas e analistas políticos; nele se enfrentou a imagem da Corte Suprema como instituição “política” (ainda que muitos dos cidadãos, ingenuamente, não acreditem nisso), que toma decisões em questões controvertidas de política nacional. O autor denomina de política aquela decisão que representa uma escolha efetiva entre alternativas, propositadamente pensadas para serem abertas, que pesa as consequências das alternativas eleitas; que considera o nível de probabilidade de tais consequências e o valor relativo de cada uma das preferências umas em face das outras. Nessas questões ainda se incluem os problemas inerentes às interpretações em geral (vagueza, ambiguidade da linguagem normativa, discordância entre os expertos da dogmática e precedentes judiciais opostos que poderiam fundamentar tanto um sentido como seu contrário).

19 Cf. ROBERT DAHL. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Emory Law Journal. 50. p.536-581. 2001.

Tais estudos e comparações esclarecem que os caminhos da democracia plena estão abertos, é preciso trilhá-los, mas inegavelmente nenhum país no planeta já completou a jornada.

2. A transparência, a publicidade, a isonomia e a fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal

Antes de nos determos sobre o relevantíssimo princípio que o Supremo Tribunal Federal construiu ou revelou nas últimas décadas, o princípio constitucional **da responsabilidade do juiz pela confiança gerada**, que insere nossa ordem jurídica na liderança dos países mais seguros e respeitosos da dignidade humana e do Estado de direito, é visceral realçarmos os pressupostos a que nossa Corte vem obedecendo: **a transparência, a publicidade, a isonomia e a fundamentação de suas decisões**.

Nem todas as Cortes, nem todos os sistemas judiciários, ainda hoje, primam pela obediência a tais requisitos, para nós essenciais à coibição do arbítrio. Em suas duras críticas ao *Common Law*, J. BENTHAM bateu-se pela publicidade, sabedor há duzentos anos de que a publicidade seria a pedra de toque da transparência, garantias do Estado de direito e da isonomia.²⁰ Mas especialmente nos países do *Common Law*, mesmo nos EUA, considerado um exemplo de democracia e Estado de direito no mundo contemporâneo, juízes podem emitir decisões sem fundamentação e publicação e as cortes de apelação federais tinham o hábito de proibir que determinadas decisões fossem citadas ou utilizadas como precedente em casos subsequentes. Essa não é a prática nacional, sendo a ausência de fundamentação de uma decisão causa de nulidade. É o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República de 1988.

Em obra marcante, F. SHAUER distingue as autoridades mandatórias daquelas proibidas (as últimas sendo relativas àquelas sentenças que simplesmente não podem ser utilizadas como fonte para outras decisões), concluindo que ambas existem no Poder Judiciário norte-americano.²¹ E explica: “*Considerare, por exemplo, a prática de algumas*

20 Cf. *Gerald J. Postema*. Law's Rule. Reflexivity, Mutual Accountability, and the Rule of Law. *In* Bentham's Theory of Law and Public Opinion. Coord. Xravy Zhai, p 32 e ss.

21 Cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. A new Introduction to legal Reasoning. Printed in USA, 2009, p. 77 e segs.

*Cortes americanas, especialmente cortes federais de apelação, de emitir regras qualificadas por “proibido citar” ou “sem efeitos de precedente”, que envolvem muitos dos casos que a Corte decide. Sob tais regras, a Corte emite tipicamente com seu julgamento uma breve posição para o benefício das partes no processo, mas tal posição segundo as regras da Corte, mesmo se publicamente disponíveis, nem pode ser citada nem pode servir de base para casos subsequentes.”*²²

Claro que essa prática gerou controvérsias nos EUA até que a Regra 32.1 dos Procedimentos de Apelação Federal proibiu o uso do “*no citation*”, embora a mesma Regra 32.1 não diga nada a respeito da habilidade de uma Corte declarar que uma de suas decisões não terá efeitos de precedente, da mesma forma que as recusas da Corte Suprema de “*certiorari*”²³ também não gerem efeito de precedente. Mas completa SCHAUER, apesar das limitações legalmente opostas no âmbito federal, tais práticas, que proíbem a citação ou o uso da decisão como precedente nas decisões posteriores, continuam nas Cortes estaduais.

Em nosso País, as fundamentações das próprias decisões, assim como a publicidade, vêm prestigiadas em ponto máximo por meio de julgamentos em televisão em tempo real, pelo menos em relação à Corte Suprema. A tudo isso se acrescenta a franca acessibilidade do jurisdicionado aos tribunais por meio de seus advogados, ainda que jovens inexperientes. Essas características de nossa Suprema Corte convertem-na na mais democrática e aberta Corte do planeta.

Evidentemente que não se tem a ingenuidade de supor que, apesar da **publicidade, da transparência e da fundamentação de suas decisões**, esteja o juiz, de qualquer tribunal, em nosso País, impedido de rejeitar uma sentença anterior como precedente. Isso poderá ocorrer ao elaborar um *distinguishing*, ou ao superar um precedente, quer identificando peculiaridades no caso concreto em questão, quer identificando circunstâncias extraordinárias, que teriam conduzido à decisão anterior, ora ausentes no caso presente. É que, como se sabe, as razões que justificam a emissão de uma decisão em um caso passado, razões também chamadas de **tese**, ou **ratio decidendi**, são sempre mais

22 Cf. SCHAUER, F. op. cit. p. 77.

23 O “*certiorari*” é um comando judicial segundo o qual uma Corte superior revisa a decisão proferida pela inferior. A Corte Suprema norte-americana não decide mais do que 70 casos ao todo por ano, embora cerca de 9000 pedidos de revisão lhe sejam anualmente apresentados. Cf. SCHAUER, F. op. cit. p. 89.

gerais e amplas do que o dispositivo da sentença e, exatamente por isso, são aptas a serem aplicadas em casos futuros. A tendência à **universalizabilidade** de toda sentença é que constitui o precedente e é um fenômeno apontado por juristas em sistemas decisórios diferentes. A difícil arte de expurgar o excesso ou de suprir a deficiência da universalidade das razões e fundamentos da decisão judicial demonstra a complexidade do tema.

Sobre esse assunto, tem razão HEIKI POHL quando pondera, com base no Direito alemão que, em toda sentença em processo subjetivo, há uma questão geral e uma questão individual. A questão individual diz respeito ao caso concreto e à extensão limitada da parte dispositiva da sentença propriamente dita. Mas, por detrás de toda sentença, existe uma questão geral, uma norma concreta judicial, que se sacou da norma legal que a fundamenta.²⁴ E assim resume HEIKI POHL a própria tese sobre o conceito de jurisprudência:

“uma decisão judicial contém sempre uma pergunta geral com a sua resposta ao lado de uma pergunta singular com a sua resposta. Fazem parte da mesma jurisprudência, as decisões que dão a mesma resposta a uma determinada pergunta geral.”²⁵

46

Com razão, POHL destaca que a tese ou *ratio decidendi* atua de forma prejudicial para outros casos futuros, vale dizer, desenvolve obrigatoriedade geral. É o que se denomina de **universalizabilidade** da decisão. Tal fenômeno específico pode desencadear um dilema, que conduz alguns tribunais norte-americanos àquele controvertido uso da proibição de citação de uma decisão ou da proibição de uso como precedente. Eis o texto de F. SCHAUER; *“Uma corte que dá razões de sua decisão em um caso está anunciando razões que serão aplicadas em casos subsequentes. Porque as razões são sempre mais gerais do que as soluções para as quais são formuladas, as cortes sempre tentarão avaliar se as razões que dão para um bom resultado no primeiro caso terão o efeito de produzir resultados menos bons em casos subsequentes. E as cortes considerarão algumas vezes alcançar uma solução ruim no caso presente de modo a evitar editar uma regra que produzirá soluções po-*

24 Cf. HEIKI POHL. *Rechtsprechungänderung und Rückanknüpfung*. Duncker & Humboldt. Berlin, 2005, Tradução não autorizada pela autora de KISTEN LAGE. *Rechtsprechungänderung... op. cit.* p.84-85.

25 Cf. HEIKI POHL. *Rechtsprechungänderung... op. cit.* p.86/87.

bres em casos futuros. Ver M.P.Golding, *Principled Decision-Making and the Supreme Court*. "63 Colum. L. Ver. 35 (1963); Kent Greenawalt. "The Enduring Significance of Neutral Principles" 78 Colum. L. Rev.982 (1978). Se uma corte deseja evitar ambos, uma solução pobre no caso presente e soluções pobres em casos futuros, por causa do que se disse no primeiro caso, ela pode alcançar uma solução correta no caso presente e restringir seu uso nos casos futuros."²⁶ F. SCHAUER, "Do Cases Make Bad Law?" 73 U. Chi. L. Ver.883 (2006).

Para nós, entretanto, evitar decisões ruins em casos futuros não pode conduzir a "ocultar" as razões da decisão, ou seja, a emitir sentença sem fundamentação – comportamento que seria nulo entre nós. Parece-nos ainda inadequado, no processo decisório argumentativo, a proibição de citação daquela sentença ou a obrigação de não a considerar um precedente em casos futuros. Outras soluções e "saídas", que evitem o ocultamento podem se dar, como por exemplo, inserir, entre as razões da adequada decisão para o caso presente, um *obiter dictum*, alertando para as circunstâncias excepcionais do caso *sub judice*.

Uma vez consolidada a regra judicial, gera-se a expectativa de comportamento para todos, mesmo para aqueles que não são parte no processo. Então os demais casos, pertencentes à mesma classe ou gênero de casos, que ocorrem posteriormente ao caso líder, se, como é de se esperar, encontram a aplicação da mesma decisão dita "retroativa" para o caso líder, obtêm tão-somente uma sentença consistente com a sua expectativa normativa. Apresenta-se em decorrência a inércia, pois a vocação natural será a permanência.

ALEXY²⁷ formula três variantes do princípio da universalizabilidade no discurso prático, ligadas: **(a)** ao princípio da troca de papéis (HARE), segundo o qual a pessoa que afirma uma proposição normativa para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências dessa regra também no caso hipotético de que ela se encontrasse na situação daquelas pessoas; **(b)** o princípio do consenso (HABERMAS), pois as consequências devem poder ser aceitas por todos; **(c)** e o princípio da publicidade (BAIER), segundo o qual toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral.

Não é por outra razão que ALEXY atrelou à universalidade das sentenças o princípio da inércia (*Trägheitsprinzip*), segundo o qual uma decisão somente pode ser modi-

26 Cf. F. SCHAUER, "Do Cases Make Bad Law?" 73 U. Chi. L. Ver.883 (2006).

27 Cf. ALEXY, ROBERT. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional Como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda H. S. Silva. 2ª Ed. São Paulo: Landy Ed., 2005.

ficada quando existem razões suficientes²⁸. A impossibilidade de qualquer modificação seria incompatível com a exigência feita a qualquer decisão de estar correta, mas o peso dos chamados “encargos de argumentação” das modificações é muito maior para o Poder Judiciário.

Com isso, temos a dizer que existem soluções muito diferentes a serem perfilhadas em face dessa realidade: as decisões judiciais tendem à **universalizabilidade**. Alguns países, como os EUA, segundo SCHAUER, regidos por uma Constituição sintética, somente conhecem o controle de constitucionalidade subjetivo e ainda restringem ao máximo as revisões e reexames a serem feitos pela Corte Suprema, que nunca excedem 70 ao ano, em face de cerca de 9000 pedidos anuais. A jurisprudência constitucional, depois de um período em que se contemplava a modulação de efeitos, retornou à plena retroatividade das decisões da Corte. Além disso, hoje, em especial nos tribunais estaduais, as práticas do “no citation” ou da proibição do uso de certa decisão como precedente – práticas obscuras à luz da publicidade, da isonomia ou da generalidade – reduzem os efeitos da **universalizabilidade**.

Em outros países, como no Brasil, dotado de Constituição prolixa e analítica, a par de se conviver com o duplo controle de constitucionalidade objetivo e subjetivo, embora existam critérios para exclusão dos reexames – como a repercussão geral; a ofensa indireta, etc., – acolhem-se um volume elevadíssimo de julgamentos. Ganha força o pleno acesso do jurisdicionado às Cortes e o duplo grau de jurisdição, consagrados como direitos fundamentais na Constituição. Todo esse fenômeno que desemboca na superlotação do Poder Judiciário levou à criação de frequentes expectativas normativas, judicialmente formadas, e à necessidade de proteção da confiança gerada pelos juízes.

Portanto, os caminhos trilhados pelo Supremo Tribunal Federal, em nosso País, de extrema publicidade, transparência e fundamentação levaram-no mais adiante. Conduziram-no a construir o importante princípio da **responsabilidade do juiz pela confiança gerada**.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal quebrou a irresponsabilidade tradicional com que as decisões judiciais se firmavam e se consolidavam, da mesma forma que se superavam. Ficavam desamparados e surpreendidos todos aqueles que pautavam a sua conduta naquela regra judicial até então vigente. Era preciso, como vem ocorrendo entre nós, assumir a responsabilidade judicial pela confiança gerada.

28 Cf. HEIKI POHL. *Rechtsprechungänderung... op. cit.* p. 180.

As idas e vindas nesse tema – plena retroatividade de uma declaração de inconstitucionalidade com automática nulidade dos atos passados ou, ao contrário, a modulação de efeitos, prospectividade ou *pro futuro*, em suas mais variadas formas – encontram nos EUA menor relevância se considerarmos o silêncio e o número muito pequeno de casos aceitos para revisão superior na Corte Suprema. Como explica SCHAUER, “*a rigorosa seleção de casos resulta em que as soluções jurídicas genuinamente ditadas por uma regra ou precedente são desproporcionalmente diferentes para serem litigadas ou, se litigadas, apeladas, e assim a população de casos apelados, especialmente no nível da Suprema Corte, é fortemente balanceada por disputas cujas soluções não são determinadas ou nem mesmo mais guiadas por precedentes existentes. Quando examinamos as Cortes inferiores de apelação nos EUA, entretanto, as coisas são diferentes.*”²⁹

Vista a nossa Constituição, muito mais minuciosa e analítica do que a maioria, e o volume de questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal, a necessidade de uniformidade, consistência e isonomia impactam todo nosso Poder Judiciário, mesmo seu órgão de cúpula.

A confiança revelou-se o critério que possibilita a vida social, econômica e política nas sociedades de risco, altamente complexas, como as contemporâneas. Embora desde sempre todo sistema social, como o econômico, o político, o moral e o jurídico respondessem ao fundo ético da confiança, sua implicitude deixa as sombras e aparece, e seus limites se expandem. Mesmo a economia, que sempre dependeu visceralmente da confiança (trocas, comércio, moedas, reservas e depósitos bancários, investimentos, etc.) abandonou o lastro do “saudoso” padrão-ouro. Como acentua BELLUZO, “***Diria Hegel que a moeda realiza o seu conceito: é uma instituição social ancorada nas areias movediças da confiança. Fiducia, Credere.***”³⁰

3. O papel do Direito de generalizar e estabilizar as expectativas normativas

Corretamente, leciona LUHMANN que o papel do Direito é insubstituível e funcionalmente destinado a generalizar para estabilizar “***as expectativas normativas de***

29 Cf. SCHAUER, F. op. cit. pag. 89-90.

30 Cf. BELLUZO, Luiz Gonzaga. Economista, Prof. Unicamp, Reportagem de Portella, UOL. <https://noticias.uol.com.br/colunas/josé-luiz-portella/2021/10/10>.

comportamento”³¹. E pondera: “essas funções vêm colhidas e isoladas sob um ponto de vista específico, em particular sob o ponto de vista da regulação dos conflitos, que vem cumprida mediante um sistema para a decisão dos conflitos mesmo inserida a posteriori”.

Legitimada pela forma política de cobertura, a Constituição, apesar de fundar tanto o sistema político como o jurídico, é o marco dos caminhos próprios de cada um. Ela normatiza a influência política, ora negando-a pela inconstitucionalidade, ora limitando a produção legislativa, inclusive a revisão constitucional. O sistema jurídico torna-se, assim, assimétrico em relação ao político. Ao mesmo tempo, “esses respiradouros”, que são a regulação da produção do direito e sua abertura à influência política, interrompem o círculo do sistema jurídico, a auto-referenciabilidade, a tautologia paradoxal que lhe é inerente. Alcança-se, então, um acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político. Explica LUHMANN que a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, remetendo-se à política. Mas esses conceitos, como conceitos do texto constitucional, são conceitos jurídicos, que pressupõem o sistema, que, por sua vez, opera esse acoplamento na qualidade de operador. A Constituição cria, e, ao mesmo tempo, torna invisível o acoplamento entre Direito e política, que, não obstante, são sistemas diferentes, autopoieticos, e assim permanecem. E resume em alegoria notável:

“A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com as das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrecrocaram, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. Na concepção moderna, a base da realidade das Constituições consiste na diferenciação funcional do sistema social.”³²

Sem dúvida, por tais razões, o juiz se insere no centro do sistema autopoietico, equidistante da periferia dos políticos, economistas e de outros interesses. O juiz, no estado de direito, embora cognitivamente aberto, lê o ambiente social, onde se encontram

31 Cf. NIKLAS LUHMANN. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*: Trad. Alberto Febbrajo, Bologna, Ed. Il Mulino, 1978, p.59.

32 Cf. Cf. NIKLAS LUHMANN. *La Costituzione come acquisizione evolutiva*. In: *Il Futuro della Costituzione*. Org. ZAGREBELSKY, Gustavo. Torino, Einaudi, 1996, p.113.

os demais sistemas sociais e seus interesses peculiares por meio do filtro que o legislador já traçou, filtro que os transformou em conceitos, princípios e valores jurídicos.

NIKLAS LUHMANN demonstra, como condição da continuidade das operações, a existência de algumas regras, a saber:

- (a) a primeira diz respeito à proibição de denegação da justiça, ou seja, à obrigatoriedade de o juiz decidir, não importa quão obscura seja a lei, e complexo o caso a decidir;
- (b) a segunda é decorrente da anterior, pois manifesta-se na irresponsabilidade pelas decisões tomadas³³, em especial na irresponsabilidade das consequências, que devem ter sido pesadas e sopesadas pelo legislador;
- (c) a terceira corresponde à independência do exercício das funções judicantes, razão pela qual os tribunais ocupam uma posição central dentro do sistema jurídico (que os norte-americanos já identificaram como a regra de que só é válido como direito o que os juízes reconhecem como direito), posição de que decorre uma diferenciação, que se desenvolve no corpo social, a saber, os tribunais têm organização própria, hierarquizada, e alta profissionalização da competência, de forma a ganharem uma impermeabilização contra intervenções advindas do ambiente externo, de cunho não jurídico;
- (d) o compromisso de vinculação das decisões ao texto legal; e, finalmente,
- (e) a fundamentação da decisão, que assegura a vinculação à lei, aos precedentes e à isonomia na sua aplicação³⁴.

51

As regras contidas nas alíneas **(a)** e **(b)** são decorrência interna e funcional da essência do sistema, que visa a garantir, dentro do binômio lícito/ilícito, as expectativas normativas e a solução dos conflitos instalados. A terceira regra, **(c)**, coloca a função judicante no centro, em sítio distante da periferia do sistema, onde se encontram os

33 Cf. LUHMANN. *La Costituzione come acquisizione...op. cit.* p. 83-128.

34 Cf. LUHMANN. *La Costituzione come acquisizione...op. cit. loc. cit.*

seus limites – o legislador, por exemplo, produtor das informações colhidas diretamente do ambiente – o que tem relação direta com a autonomia e o fechamento operacional. O sistema jurídico não pode sofrer heterodeterminação, sendo diferenciado em relação aos demais sistemas do ambiente, político/econômico, etc. Dir-se-ia, que a regra da alínea (c) visa a garantir o Estado de Direito, ou o seu mais elementar princípio, o de que todos são iguais perante a lei. Finalmente, as regras das alíneas (d) e (e) marcam a prevalência do sistema voltado ao seu *input*, ou passado, não ao seu *output*.

4. Enfim, o princípio da responsabilidade do juiz pela confiança gerada. O pioneirismo de GILMAR MENDES

Compartilhamos com o notável Ministro GILMAR MENDES, a posição que defendeu em livros e junto à Corte Suprema, abrindo-lhe novos caminhos. Não víamos nisso (e ainda não vemos) nenhum excesso, nem atividade judicial transbordante das funções judicantes, como preconizaram alguns constitucionalistas ou alguns membros da própria Corte. Ao contrário, também há décadas, nas atualizações que fizemos da clássica obra de ALIOMAR BALEEIRO³⁵, já defendíamos a proibição constitucional da retroatividade do Direito – e não somente das leis – sustentando que a irretroatividade, como direito fundamental, obrigaria os três Poderes e não somente o legislador. Posteriormente, fizemos desse tema a tese de titularidade, publicando a obra *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*.³⁶

Hoje, não queremos deixar esquecido o pioneirismo de GILMAR MENDES (que sempre invocou as lições inaugurais de antecessores como LÚCIO BITTENCOURT), já que a questão foi pacificada com o advento de dois diplomas legais, a **Lei nº 9.868/99, art. 27, e o novo CPC, em seu art. 927, §3º**.³⁷ Sendo assim, somente sustentando a inconstitucionalidade de tais diplomas legais ou de parte deles, poder-se-ia agora re-

35 Cf. DERZI, Misabel A. Machado. *Atualizações à obra de ALIOMAR BALEEIRO. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

36 Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo, Noeses, 2009.

37 Não se ignora o papel proeminente do Ministro LUIS FUX na fundamentação e elaboração para aprovação do novo CPC/2015, forte em segurança e proteção da confiança em especial nas mutações jurisprudenciais.

cuar na tarefa de atribuir responsabilidade ao Estado, legislador ou juiz, pela confiança gerada com seus atos.

De longa data, preocupado com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, GILMAR FERREIRA MENDES³⁸ destacou a “*conveniência e a oportunidade de as Cortes Constitucionais estipularem os efeitos de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade*”, se *ex tunc*, se *ex nunc*, ou ainda se não acompanhadas de nulidade imediata. Essa flexibilidade que as Cortes Constitucionais se atribuem, em certos casos, evita dilemas de difícil solução em que os juízes são obrigados a escolher entre a aplicação justa e estrita da Constituição, de um lado, e os problemas orçamentários, de caixa, ou jurídico-legislativos graves, acarretados por suas decisões, de outro; entre a necessidade de corrigirem atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo e o caos ou vazio legislativo decorrente da declaração de inconstitucionalidade; entre o cumprimento do princípio da igualdade, ferido por norma que concede benefícios discriminatórios a grupos privilegiados, e a extensão de tais princípios a outros grupos injustificadamente excluídos, extensão essa que, em certas circunstâncias, se apresenta como intolerável intervenção na esfera de atuação do Poder Legislativo.

Ora, admitir outras soluções, como as declarações de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, tem sido um dos recursos utilizados pela Corte Constitucional alemã, citado por GILMAR FERREIRA MENDES, de especial aplicação no caso de leis concessivas de benefícios discriminatórios:

“O Tribunal não está autorizado, salvo em situações excepcionais, a proferir a declaração de inconstitucionalidade de eventual cláusula de exclusão, em virtude das repercussões orçamentárias que resultariam, inevitavelmente, da concessão de benefícios. Por outro lado, a declaração de nulidade de todo o complexo normativo revelaria, como assentado por Ipsen, uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão (Stein statt Brot)”.³⁹

38 cf. MENDES, GILMAR. *Die Abstrakte Nomenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem Brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, Berlim, 1991, Ed. Duncher & Humblot.

39 Cf. MENDES, Gilmar. “Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro”, texto de conferência – Congres-

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, usada pela Corte Constitucional alemã, traz como consequência não só a suspensão da eficácia da lei inconstitucional, como também o dever de o legislador corrigir o desvio, seja suprimindo “*eventual lacuna, seja através da supressão da disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada*”. (Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, op. cit., p. 25.)

Não temos dúvidas de que a Constituição de 1988 justifica a adoção de uma nova posição pelo Supremo Tribunal Federal, que não pode se manter como simples legislador negativo. O que a Constituição deseja é a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do contribuinte, para isso prevendo remédios, ações e instrumentos que demonstram a índole nova daqueles direitos e garantias. Diante de ofensa intolerável à igualdade, em norma concessiva de benefícios arbitrários, a supressão pura e simples da isenção significa, sem dúvida, muitas vezes a outorga da pedra ao invés do pão pleiteado pelo contribuinte lesado. A solução do Tribunal Constitucional alemão é bastante razoável, porque concilia a Constituição com a margem de discricionariedade do legislador, que tem, a partir da declaração da inconstitucionalidade, o dever de corrigir a norma. O que não é razoável é “fingir” que é constitucional a norma discriminatória para não se ter de enfrentar o problema, ou reconhecer a inconstitucionalidade, mas, declarar-se o Tribunal “impotente”, ou cassar a isenção ou outro benefício, interferindo em plano de governo.

Repito aqui, por sua adequação, os caminhos abertos por *GILMAR MENDES* em sua consagrada atuação na Corte Suprema. Tais procedimentos (mais do que uma decisão concreta ou outra mesmo de excelência excepcional, entre muitas específicas de um caso ou outro, que estou aqui equiparando a obras) são caminhos sempre plenos de decisões que se sucedem, dentro do bom percurso, por ele inaugurado, a ser trilhado. Outras decisões virão, de igual excelência, enquanto o mesmo caminho for percorrido. De longa data, preocupado com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, *GILMAR FERREIRA MENDES*⁴⁰ destacou a “*conveniência e a oportunidade de as Cortes Constitucionais estipularem os efeitos de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade*”, se *ex tunc*, se *ex nunc*, ou ainda se não acompanhadas de nulidade imediata.

so Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, 04.12.1992, p. 22.

40 Cf. Die Abstrakte Nomenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem Brasilianischen Supremo Tribunal Federal, Berlim, 1991, Ed. Duncker & Humblot.

Utilizando e adaptando recursos manuseados pela Corte Constitucional alemã, com especial aplicação no caso de leis concessivas de benefícios discriminatórios, *Gilmar Mendes* ponderou, há quase trinta anos, que “*a declaração de nulidade de todo o complexo normativo revelaria, como assentado por Ipsen, uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão (Stein statt Brot)*”.⁴¹

Ao introduzir tantas novas técnicas de controle de constitucionalidade, o Ministro *GILMAR MENDES* garantiu que o direito cumprisse sua função básica de atender às expectativas normativas criadas, à confiança gerada pelo Estado, não apenas pelo Estado-legislativo, mas ainda pelo Estado-executivo e, sobretudo pelo Estado-juiz nas relações tributárias, abrindo sendas seguras ao desenvolvimento e ao investimento.

Em face das mudanças e reviravoltas jurisprudenciais, que rompem entendimento antes consolidado, quebrando-se a confiança gerada pelo Estado-juiz, os caminhos de *Gilmar Mendes* por meio da flexibilização do controle de constitucionalidade em suas mais variadas formas, fortalecem a segurança, a proteção da confiança e a boa-fé, de todos aqueles que pautaram o seu comportamento segundo a obediência às regras judiciais estabilizadas. A responsabilidade pela confiança gerada pelas decisões judiciais é fenômeno de alta relevância, inerente ao Estado de Direito e à própria credibilidade do Poder Judiciário.

Sem isso, como afirmar o Estado de Direito, a segurança, a proteção da confiança e garantir a boa-fé do contribuinte que, guiando-se pelas regras judiciais antes consolidadas, se vê agora traído por novo entendimento contraposto? A regra antes implícita que veio à luz, por meio da racionalidade do direito, configura **a responsabilidade pela confiança gerada pelo ato normativo/judicial**.⁴²

41 Cf. “Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro”, texto de conferência – Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, 04.12.1992, p. 22.

42 Também há décadas, nas atualizações que fizemos da clássica obra de ALIOMAR BALEEIRO, já defendíamos a proibição constitucional da retroatividade do Direito – e não somente das leis – sustentando que a irretroatividade, como direito fundamental, obrigaria os três Poderes e não somente o legislador. Posteriormente, fizemos desse tema a tese de titularidade, publicando a obra *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário* (Noeses, 9007). DERZI, Misabel A. Machado. Atualizações à obra de ALIOMAR BALEEIRO. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

O Poder Judiciário ficou implicado. As consequências que as regras judiciais desencadeiam foram assumidas. Antes irresponsável do ponto de vista institucional, agora o Poder Judiciário tem de olhar para si e proteger aquele que, de boa-fé, orientou a sua conduta pela regra anterior, que foi superada. Se o homem não pode modificar o passado, apenas um deus o poderia, a Constituição, que é obra humana, proclama a irretroatividade da regra e assegura que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito possam invadir o futuro, quer do legislador, quer do juiz, quer do administrador. Tudo isso decorre da natureza humana, é lógica inerente à racionalidade jurídica. No entanto, isso que está pressuposto na ordem jurídica, e que não era visto pela maioria, somente foi exposto por poucos, inclusive pela arte de *GILMAR MENDES*. O bom juiz.

5. As diferentes soluções dos sistemas jurídicos.

Autores costumam apontar quatro fases na jurisprudência dos EUA, em relação à modulação de efeitos ou dilema entre retroatividade plena da decisão judicial, que reconhece a inconstitucionalidade, *versus* prospectividade.

56

(A) aquela primeira fase, em que prevalecia a regra antiga, clássica, a da plena retroatividade das decisões que declaram a inconstitucionalidade da norma (ou mesmo modifiquem precedentes), levando à nulidade plena dos atos praticados;

(B) mas já em 1932, iniciou-se nos Estados Unidos uma nova fase, chamada “*prospective overruling*”, exatamente criada para atenuar os efeitos da superação de um precedente, firmado anteriormente pela Corte Suprema.⁴³

Além disso, por meio do emprego da analogia, a Corte Suprema aplicou o princípio da irretroatividade das leis penais, impedindo o uso retroativo das decisões judiciais, *lex post facto*, e declarando a inconstitucionalidade da aplicação de uma nova interpretação judicial expansiva de lei criminal a condutas que a antecedem. Essa a hipótese do caso

43 Cf. PAUL BENDER, Copyright © 2000 by Macmillan Reference USA, apud HANS A. LINDE. The United States Experience. The American Journal of Comparative Law, Vol. 20, No. 3 (Summer, 1972), pp. 415-430.

Bowie v. City of Columbia (1964).⁴⁴

E mais, no famoso caso *Linkletter v. Walker* (1965), a Suprema Corte norte-americana resolveu estas questões de retroatividade/irretroatividade, como é de sua tradição, criando um “teste judicial” centrado em três grandes critérios, a saber: **(I)** aplicação retroativa, apenas se ela fosse essencial ao propósito da nova decisão; **(II)** extensão da confiança depositada nos atos das autoridades administrativas, policiais e judiciais, e indutora das decisões e compreensões anteriores dos cidadãos envolvidos; **(III)** efeito provável da aplicação retroativa sobre a atividade judicial e jurisdicional.⁴⁵

Em geral, o pleno desdobramento desse tema, no período, pode ser analisado, segundo BRADLEY SCOTT SHANNON, por meio das decisões da Corte Suprema nos seguintes casos paradigmáticos: *Linkletter v. Walker*; *Chevron Oil Co. v. Huson*; *United States v. Johnson*; *Griffith v. Kentucky*; *Teague v. Lane*; *American Trucking Associations Inc. v. Smith*; *James B. Beam Distilling Co. v. Geórgia*; *Harper v. Virginia Department of Taxation*; *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*.⁴⁶ Na verdade, a experimentação da prospectividade atingiu seu auge nas décadas de 60 e 70. Os últimos casos registrados, a partir do final dos anos oitenta e já nos anos 90, representam uma transição para o retorno à fase **A), da retroatividade clássica**.

No fim das contas, a Corte voltou a assentar uma firme regra de aplicação retroativa em casos criminais, em sede de apelação (afinal o direito à revisão se impunha, sobretudo se a nova interpretação era mais benéfica ao réu) e agora parece ter feito o mesmo na área civil, conforme relato de SCOTT SHANNON⁴⁷.

O retorno à tradição da retroatividade teve força entre juízes mais conservadores como SCALIA, que impulsionaram a Corte nessa direção. Na decisão do

57

44 Cf. PAUL BENDER, Copyright © 2000 by Macmillan Reference USA, HANS A. LINDE. *The United States Experience. The American Journal of Comparative Law*, Vol. 20, No. 3 (Summer, 1972), pp. 415-430.

45 Cf. BRADLEY SCOTT SHANNON. *The Retroative and Prospective Application of Judicial Decision*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Trad. Fernando Gomes, vol. 26, 2003, ps. 812-890.

46 Cf. BRADLEY SCOTT SHANNON. *The Retroative and Prospective Application of Judicial Decision*, op. cit., loc. cit.

47 Cf. O resumo, com vários cortes, é uma transposição quase literal do texto de BRADLEY SCOTT SHANNON. *The Retroative and Prospective Application of Judicial Decision*, op. cit., p. 812-890.

American Trucking Associations, Inc. v. Smith, o Juiz SCALIA concordou com a opinião dissidente, no sentido da retroatividade plena, afirmando que “*juugamentos prospectivos são incompatíveis com o papel do judiciário, que é dizer o que é o direito, e não o de prescrever o que ele deve ser.*”⁴⁸

Várias vozes mais recentes, nos EUA, se levantam, acreditando que haverá uma nova tendência. “*O futuro deverá ser, como regra, a retroatividade limitada ou a prospectividade.*”⁴⁹ Finalmente, ainda sobre o mesmo assunto, a longa e profunda crítica de LAURENCE TRIBE e MICHAEL DORF⁵⁰ dão ao tema um enfoque diferente, mas isso não pode esconder o fato de que, de uma forma ou de outra, também em relação ao objeto específico de nossa questão, retroatividade/prospectividade nas modificações jurisprudenciais, as Cortes superiores de alguns Estados norte-americanos introduzem e mantêm a nova tendência, da prospectividade, valendo-se ainda da proteção da confiança, enquanto a Suprema Corte volta à retroatividade. Por quanto tempo?

O princípio da proteção da confiança, em textos isolados, já era invocado na Alemanha, na época da Constituição de Weimar, mas foi, após as grandes guerras, que demonstrou a sua força, desenvolvendo-se, a partir de então, trabalhos dogmáticos muito profundos. As teorias germânicas tiveram reflexos em outros países, em especial na Suíça, onde o princípio da boa-fé obscurecia o entendimento relativo à proteção da confiança. Após os trabalhos sistemáticos de GÜNTER, KISKER e PÜTNER, na década de 1970 e, posteriormente, os de VOLKMAR GÖTZ, o tema entrou definitivamente no Direito Público e nas fundamentações da Corte Constitucional alemã.⁵¹

Invocando R.M. RILKE, em seu trabalho, com a expressiva consideração de que “*quem confia é forte*”, HERRMANN-JOSEF BLANKE faz um interessante relato das posições jurisprudenciais e dogmáticas do princípio da proteção da confiança e, em especial,

48 Cf. SCHANNON, op. cit. p. 812-890.

49 Cf. Cf. HOWARD YALE FEDERMAN. Judicial Overruling. Time for a new general rule. Michigan Bar Journal. Sep. 2004, p. 24.

50 Cf. LAURENCE TRIBE e MICHAEL DORF. Hermenêutica Constitucional. Trad. Lenio Luiz Streck. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, 158 ps.

51 Cf. BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht. Helbing & Lichtenhahn. 1983, Basel – Zürich, p. 6.

da renovação de sua importância, a partir da reunificação do País.⁵² Se foi relegado a segundo plano no ensino jurídico em certo período, desfruta hoje de status inconteste, depois de ter sido “inserido”, pela Dogmática e pela jurisprudência, por mais de cinquenta anos, na Lei Fundamental. Ganhou projeção e importância renovada na reunificação, pois obrigou a República Federal alemã a considerar as posições jurídicas das pessoas, já consolidadas anteriormente, para respeitá-las por força do Estado de Direito. Esse fato explica assim a proliferação de teses e de dissertações nas academias, que vêm à luz com tal fartura, que o fenômeno já foi chamado de “*incontrolável*”, como lembra WEBER-DÜRLER.

6. Em resumo: a prática Constitucional brasileira. Avanços, conquistas

Nas várias hipóteses de reviravoltas jurisprudenciais, em que, depois de consolidar certo entendimento, a Corte Suprema faz alterações, provocando prejuízos àqueles contribuintes que tinham pautado o seu comportamento de acordo com o entendimento superado, nem sempre tem existido a modulação de efeitos, protetora da segurança e da confiança. Em contrapartida, ao argumento da segurança, não é rara a modulação de efeitos se a decisão da Corte configura um entendimento com consequência financeira relevante no caixa do tesouro nacional ou estadual, ainda que antes dela não tivesse ocorrido pronunciamento anterior consolidado.

Como exemplo da última hipótese, em que não houve mudança de entendimento prévio, mas ocorreu o que os norte-americanos denominam de *first impression*, podemos registrar modulação de efeitos em favor da União, ao argumento da segurança jurídica. São, entretanto, decisões mais antigas, fase em que a modulação encontrava opositores, ainda presos à inconstitucionalidade casada com a nulidade. A saber:

(a) no julgamento dos Res n.559.882-9 e 560.626/1-RS pelo pleno do STF, em 11/-6/2008, foi declarada a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8212/91 e do art. 5º do Dec. Lei 1569/77, que alargavam para dez anos o prazo decadencial e prescricional para a cobrança das contribuições sociais em violação ao art. 146 da Constituição que exi-

52 Cf. HERRMANN-JOSEF BLANKE Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. Jus Publicum, vol. 57, Tübingen, Editora Mohr Siebeck, 2000.

ge para isso lei complementar, em *first impression*, ou seja, decisão em que não havia precedente anterior em sentido contrário. Não obstante, ao argumento da segurança jurídica, a Corte atribuiu à decisão efeitos *ad futuram*, impedindo que os contribuintes que já tivessem recolhido os valores inconstitucionalmente cobrados, pudessem pleitear-lhes a repetição; **(b)** no RE 566.621 RS em que o STF, em sua composição plena, em 2011, reconheceu o caráter retroativo da Lei Complementar 118/2005 (autoproclamada meramente interpretativa), que implicou inovação normativa, atribuiu-lhe efeitos *ad futuram*, coibindo-lhe a retroação, como seria de se esperar, mas determinou que o novo prazo de 05 anos valeria para as ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias.

Não obstante, tem havido um percurso evolutivo. Nas decisões mais antigas, a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade encontrava reações adversas em certa parte da doutrina e na própria Corte Suprema.

O advento do art. 27 da Lei nº 9.868/99 autorizando expressamente a atribuição de efeitos *ex nunc* ou *ad futuram*, em razão da segurança jurídica ou de interesse social, contribuiu para a aceitação da modulação de efeitos e a fixação de marcos temporais de vigência da regra judicial. Inicialmente aplicável apenas nas hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade, aos poucos a modulação estendeu-se ao controle subjetivo de constitucionalidade, mormente com a novidade da repercussão geral e do regime dos repetitivos, em que, embora editada a regra judicial por impulso de único caso concreto-modelo, a decisão nele proferida se aplica à solução de milhares de outros similares.

A tese antiga sempre sustentada pelo Ministro GILMAR MENDES, da possibilidade da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, uma vez presentes os requisitos adequados da segurança jurídica e da proteção da confiança, finalmente encontrou a adesão de seus pares, com o advento das leis infraconstitucionais já citadas, mesmo o novo CPC, embora divirjam entre si sobre o grau, a intensidade e a natureza de tais requisitos. Compartilhamos, entretanto, a posição original do Ministro GILMAR MENDES no sentido de que a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos decorre de interpretação sistemática da própria Constituição, não podendo ser, a rigor, limitada ou balizada pelo legislador infraconstitucional (que também está sob o controle da Corte Suprema). Vale o raciocínio de STERN, da justiça do

sistema (Systemgerechtigkeit), do direito de planejamento (aí alguns incluindo o planejamento público) que formam os princípios da justiça objetiva e da fidelidade seguidos pelo Ministro GILMAR MENDES.

O trabalho pioneiro de GIOMAR MENDES no Brasil advém de suas concepções de liberdade no tempo e de segurança, pois as técnicas históricas e primitivas do totalitarismo coincidiram com a violência e o arbítrio incontrolado da regra, que pode nascer mesmo para trás, como alerta FRANÇOIS OST.⁵³ Ou ainda, nas belíssimas palavras de PORTALIS:

“o homem, que ocupa apenas um ponto no tempo como no espaço, seria um ser bem infeliz se ele não pudesse se acreditar em segurança mesmo em relação à sua vida passada; para essa porção de sua existência, já não carregou ele todo o peso de seu destino?”⁵⁴

As grandes posições, doutrinária e mesmo jurisprudencial, que se levantaram contra a visão integrativa e sistêmica do Ministro GILMAR MENDES, podem ser resumidas nos argumentos do Juiz SCALIA, da Corte norte-americana, seguidos pelos Juízes MARSHALL e BLACKMUN, a saber:

“para que a divisão de poderes federais, crucial para o esquema constitucional, seja bem-sucedida em seu objetivo, parece-me que a natureza fundamental daqueles poderes deve ser preservada do modo que tal natureza foi compreendida quando a Constituição foi posta em vigor.” Para o Poder Judiciário, *“isso significa que se deve compreendê-lo de acordo com a tradição do common law. E tal é o poder ‘de dizer o que a lei é,’ e não o poder de mudá-la”*. Assim, *“por essa razão, e não por razões de equidade, eu considero que tanto a ‘prospectividade seletiva’ quanto a ‘prospectividade pura’ exorbitam dos nossos poderes.”⁵⁵*

53 FRANÇOIS OST. O Tempo do Direito. Trad. Élcio Fernandes. São Paulo. Educ, 2005.

54 Retratado por PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969. 2ª. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1974, tomo V, p. 26.

55 Decisão do caso American Trucking Associations, Inc. v. Smith, anotado no tópico 3.1., retro.

O argumento baseou-se então em razões de legitimidade, separação de poderes e autocontenção da Corte Suprema. Coincide também com a visão conservadora, segundo a qual a concretização dos direitos e garantias fundamentais, inclusive sociais é estranha ao papel do Poder Judiciário, embora a teoria seja derivada de Constituição muito diferente da nossa. E a última circunstância é decisiva.

A posição do Ministro GILMAR MENDES não decorreu do desenho feito pelo legislador infraconstitucional, mas é de natureza sistêmica, ou seja, **Systemgerechtigkeit**.

Não obstante é inegável que o advento das leis infraconstitucionais, incorporando a necessidade de modulação de efeitos no controle de constitucionalidade por razões de segurança jurídica e de interesse social (art. 27 da Lei 9868/99) ou como necessária proteção da confiança gerada nas mutações jurisprudenciais do §3º do art. 927 do CPC/2015, alterou o quadro posto, “autorizando” ou “legitimando” o que sempre esteve permitido pela Constituição. O trabalho até então quase solitário do Ministro GILMAR MENDES e de alguns defensores dos fundamentos de tais leis (como foi o caso para a autora desse texto) restou consolidado e firme.

Em especial em relação ao consequencialismo, nas hipóteses de prospectividade em favor da Fazenda Pública, em que não se pode argumentar com a proteção da confiança gerada, princípio inerente à posição do contribuinte como ensina a doutrina germânica, a justiça derivada do sistema – **Systemgerechtigkeit** – não poderia acolher o Estado-planejador, que tivesse confiado na jurisprudência até então consolidada que lhe garantisse a legitimidade dos seus atos? Isso de fato ocorreu na reviravolta jurisprudencial do RE nº 593.849-MG, em 2016, relativa à substituição tributária “para a frente”.

Enfim, os caminhos prosseguem, são longos, e a direção segura de nossa Corte Suprema haverá de trabalhar, mais ainda, os desdobramentos da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, com que organizar a atuação eticamente aceitável do Ente estatal, seja ele juiz, legislador ou administrador.

Em resumo, parece-nos que a prática constitucional brasileira – à vista de uma Constituição analítica – está adequada à implementação do pleno acesso do cidadão ao Poder Judiciário (e de seus advogados) e ao duplo grau de jurisdição. Obrigando a Constituição à fundamentação das decisões judiciais, e coibindo ainda a obscuridade e opacidade, nosso Poder Judiciário está imantado pelas características da publicidade, da transparência e da generalidade. Tendência muito mais adequada a uma Constituição que quer ver concretizado o Estado Democrático de Direito (direitos individuais e sociais).

A superlotação, a morosidade, os excessivos usos das decisões monocráticas em órgãos colegiados podem e devem ser reduzidos. Contínuas sugestões têm sido preconizadas, algumas bem-vindas desde que não introduzam a prática de se tolerarem as sentenças não fundamentadas e não publicadas, as decisões qualificadas de “*no citation*” ou proibidas para casos futuros, embora similares, como ocorre em outras jurisdições. Escolhas devem ser feitas: mais agilidade sem perda da qualidade dos julgados; mais seletividade sem criação de nichos obscuros que possam ferir a consistência e a isonomia entre os jurisdicionados.

A proteção da confiança gerada pelas decisões dos juízes é uma técnica de flexibilidade transparente que, ao invés de ocultar o benefício concedido a alguns, permite adaptar as regras judiciais, ou superá-las, protegendo aqueles de boa-fé que pautaram o seu comportamento em obediência à orientação judicial. Confiança é a chave do sistema.

**As sociedades de advogados, a democracia e as lições da pandemia.
Uma breve reflexão sobre a imagem do advogado no momento
atual – ética, valor e moral**

Carlos José Santos da Silva

“Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos. Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. Não servir sem independência à justiça, nem quebrar da verdade ante o poder. Não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniquidade ou imoralidade. Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas, quando justas.” Oração aos Moços – Rui Barbosa – 1920.

65

Introdução

Nos últimos meses passamos, não só no Brasil, mas no mundo por crises, não só sanitárias, mas também institucionais, envolvendo o ambiente político e as profissões jurídicas. Em um ambiente altamente conturbado e de polarização, muitas vezes nos vemos diante de grandes dilemas éticos, de valores e moral. Dai resulta o questionamento sobre a imagem do advogado no momento atual.

Em “Orações Aos Moços”, escrito por Rui Barbosa em 1920, quando recebeu o convite para ser paraninfo de uma turma da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, onde havia se formado 50 anos antes, já com idade avançada (para os padrões da época) não pode comparecer ao ato solene, tendo ele encaminhado seu discurso para ser lido pelo Diretor da Faculdade, o professor Reinaldo Porchat. Rui Barbosa deixou uma lição para todas as gerações e o texto se tornou um clássico da cultura brasileira. Uma verdadeira ode para os operadores do direito.

O nosso leitor dever estar questionando o porquê dessa menção ao falar da imagem dos advogados nos dias de hoje. A razão é muito simples: a imagem do advogado sempre esteve e dever estar diretamente ligada a como ele se apresenta e vive o direito. Simples assim.

Na carta de Brasília, no I Encontro Nacional dos Tribunais de ética e Disciplina, de lavra da Comissão redatora, em 1998, dos nobres colegas Alberto de Paula Machado, Carlos Fernando Correa de Castro, Maurício de Albuquerque e do saudoso Robison Baroni (a quem tive a grata e difícil missão de suceder na Turma Deontológica da OAB/SP, em sua abertura os autores expõem que “O advogado é o primeiro julgador de sua conduta, o que determina seja extremamente escrupuloso. A Atividade profissional do advogado exige que, além de ser honesto, observe com rigor todos os valores éticos.” e concluem: “O exercício da advocacia, em sua plenitude, corresponde a um dom que exige um conjunto de virtudes que materializam o comportamento ético. A mesma sociedade que nos torna indispensáveis à administração da justiça exige-nos o fiel cumprimento dos deveres éticos, fundamentos essenciais de nossa independência e autoridade.”

Ética, Moral e Valor.

66

Na ética clássica, Aristoteles, no Livro II da *Ética a Nicômaco*, afirma: “É correto, pois, dizer, que realizando ações justas e moderadas faz-se, respectivamente, um justo e moderado. Sem fazê-las, ninguém poderia chegar a ser bom. Mas a maioria não faz essas coisas, a não ser que, refugiando-se na teoria, acreditem filosofar e poder assim, ser homens virtuosos”. A ética, portanto, segundo Aristoteles, se faz pelo exercício prático. Para Sócrates também está ligado ao saber.

O vocábulo “moral” tem origem no latim “*moralis*” e significa aquilo que é relativo aos costumes. É o conjunto de regras que estabelece o que é certo ou errado e dizem respeito ao bem e ao mal. São as regras definidas pela moral que regulam o modo de agir das pessoas. A moral disciplina o comportamento humano e são transmitidos de geração a geração e orientam a conduta dos indivíduos no seu dia a dia.

A ética não pode ser confundida com a moral. A palavra ética tem origem no grego *ethos* e significa costume e se apresenta como um campo da filosofia cujo objeto de estudo são os princípios que orientam a moral. Nesse sentido, a ética é uma reflexão filosófica sobre a moral.

Assim, enquanto a moral aponta para os comportamentos particulares de indiví-

duos e grupos, a ética se aproxima aos princípios universais que regem o bem comum e a convivência entre os seres humanos de modo geral.

Segundo os ensinamentos do Professor de Filosofia e Mestre em Ciências da Educação, Pedro Menezes, “o filósofo inglês Bernard Williams (1929-2003) afirma que o objetivo da ética é responder às questões: “Como viver?” ou “Qual é o modo de vida que conduz à felicidade?”. A moral, por outro lado, diz respeito aos deveres impostos pela sociedade, como não roubar, não mentir, não matar etc.”

Nesse sentido, a ética é um conjunto de princípios que regulam as ações de um determinado grupo profissional, em função do cumprimento de certos deveres. Um exemplo prático nesse ano foi a acalorada e importante discussão sobre a normatização da publicidade na advocacia, que nos trouxe profundas reflexões sobre a imagem do advogado perante a sociedade.

Diógenes Madeu, em sua obra “Ética Geral e Jurídica” (Ed. Saraiva 2010), traz as lições de Henri Bergson sobre a pressão social exercida sobre os indivíduos a partir das instituições que os levam a escolher naturalmente o caminho das regras. Segundo Madeu “os valores são escolhas determinadas pela sua importância em determinada sociedade. Podem ser vistos, portanto, como objetos da antropologia, porque dependem da situação do homem na sua dimensão sociocultural. São também, necessariamente compartilháveis entre os indivíduos que integram a sociedade, caso contrário careceriam de adesão e deixariam de valer: algo que se imponha como valor, sem o consenso acerca da sua valia, na verdade não vale, mas tem mera pretensão de se valer.”

As normas do direito romano são uma síntese do comportamento ético a ser seguido ainda hoje. O meu falecido Professor José Ignacio de Botelho Mesquita, nas Arcadas, deixou uma marca indelével em minha vida ao nos ensinar os preceitos de Ulpiano no Digesto, “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu).

“A ética está ligada a um ideal de justiça, ou seja, há uma relação entre os deveres e princípios das instituições e os valores que lhe são inerentes. A exemplo da ética, a Justiça também é um ato, uma decisão praticada por alguém, uma experiência histórica. A Justiça não está nas leis, tão somente, assim como a ética não está limitada aos Códigos, O ato moral implica em escolhas, porque o ser humano é dotado de liberdade, autonomia e capacidade de iniciativa para decidir entre o “devido” e o “indevido” (Carlos Miguel Aidar, junho/2003, Julgados do Tribunal de ética profissional” Volume X).

O Art. 20 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB impõe, de for-

ma indelegável, solene e personalíssima, o compromisso prestado pelo advogado quando de sua inscrição, nos seguintes termos:

“Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos da resolução 02/2015, que aprovou o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, os quais se traduzem nos seguintes mandamentos: lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que o ordenamento jurídico seja interpretado com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum; ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício; empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses; comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos; exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve a finalidade social do seu trabalho; aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, em suma, com a dignidade e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe.

Referências Bibliográficas

- Oração aos Moços – Edições do Senado Federal, v. 271 – 2019 ISBN: 9788552800583
- Julgados do Tribunal de Ética Profissional – Ementas e Pareceres Volume X – Organizador Robison Baroni – Departamento editorial OAB ISBN 978850208725-5
- Carta de Brasília – I Encontro Nacional dos Tribunais de Ética e Disciplina Diário de Justiça, seção 1, 01.03.95
- Ética Geral e Jurídica – 2ª edição, Diógenes Madeu – Editora Saraiva 2010

O mercado da advocacia e sua transformação na pandemia

Stanley Martins Frasão

A conclusão do Anuário 2017 CESA, p. 267, assinada pelo amigo Luiz Roberto de Andrade Novaes, na Introdução, quinto parágrafo, vale ser transcrita:

“A grande verdade é que o ambiente virtual vai ser cada dia mais presente e a nossa atuação se fará através deste ambiente, tanto na advocacia contenciosa quanto na consultiva. Este ambiente inclui, com certeza, todos os instrumentos de comunicação e também de automação e a inteligência artificial.”

Na vigência do atual ordenamento jurídico brasileiro e mundial, emergiu uma Pandemia, originada pelo coronavírus Covid-19, trazendo transtornos de todas as naturezas, forçando a antecipação de um mundo virtual.

O mercado da advocacia, não diferente de outros, também sofreu e sofre com as consequências geradas pela pandemia.

O denominado Home Office foi implantado, obrigatoriamente diante da gravidade da situação, gerando rodízios de profissionais, dispensa de outros, causando redução de espaços físicos dos escritórios, impactando os proprietários na devolução de parte ou totalidade de seus imóveis. Todo o ciclo e seus componentes sofreram perdas.

O mundo virtual cresceu, trazendo a reboque a descoberta e uso de novas plataformas de comunicação, inclusive, demonstrando também a fragilidade e precariedade das conexões virtuais. A esperança da tecnologia do 5G é grande, esperando-se que o deserto virtual seja reduzido.

Se a população, após vacinada, observando-se os protocolos de segurança em saúde, optará por ambientes híbridos, virtuais ou presenciais, ainda é uma incógnita. Mas há parte da população que rejeita as vacinas e outra que não quer retornar às empresas, insistindo no Home Office eterno, remetendo a discussão ao Poder Judiciário.

Processos judiciais físicos foram suspensos, por algum tempo, e também os eletrô-

nicos em alguns estados da federação, durante a pandemia. Isso sem falar dos processos administrativos, cada vez mais lentos. Sabe-se que os prejuízos nesta seara foram grandes e impactaram principalmente as pequenas sociedades de advogados.

No campo das audiências judiciais e julgamentos nos tribunais, a reclamação foi grande, inclusive com violações de prerrogativas de advogados, denunciadas por advogados e veiculadas nos meios de comunicação impressa e virtual.

Aliás, no Conselho Federal da OAB há um Canal de Prerrogativas: <https://www.prerrogativas.org.br/>.

A verdade é que, regra geral, na visão de muitos, audiências de instrução, sustentações orais e despachos necessitam ser presenciais.

A tecnologia e seus robôs viraram itens de necessidade para o mercado jurídico, fomentando-se o mundo das legaltechs.

A Advocacia é a mesma para todos os inscritos nas Seccionais da OAB, mas bem sabemos das dificuldades inerentes ao exercício da profissão.

Dos processos manuscritos, passando pelas máquinas de escrever, posteriormente pelas máquinas elétricas, desktops, laptops, editores de textos, a certeza é de sofrimento, quer seja pela transformação, com ou sem dor, seja pela aceitação do novo.

Vale lembrar que a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial; nos termos do *artigo 1º, o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei. Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.*

Sem dúvida, a citada Lei causou a exclusão de muitos advogados. Sou testemunha de que advogados abandonaram a profissão por dificuldades tecnológicas; algumas sociedades de advogados encerraram suas atividades exatamente por tais razões.

Em 2008, o autor inglês e professor de Direito da Gresham College, Richard Susskind, publicou o livro “O Fim dos Advogados”, que marcou o início da discussão amparada em dados e prospecções sobre a então iminente automação da advocacia.

Em linhas gerais, a principal tese do autor é no sentido de que a expansão da tecnologia da informação e a mercantilização da profissão do advogado poderia ocasionar o fim da advocacia dentro dos próximos 100 anos. 13 anos já se passaram... A publicação foi recebida com polêmica no meio jurídico.

Desde então, a discussão sobre a possível substituição do advogado pela tecnolo-

gia vem dividindo pesquisadores e operadores do Direito em duas linhas: os que veem a tecnologia como uma ameaça à advocacia e os que enxergam na automação uma oportunidade disfarçada, com a qual o exercício de advocacia atingiria novos patamares de desenvolvimento, redução de custos e eficiência.

As Lawtechs direcionadas a escritórios de advocacia, oferecendo softwares e utilitários para automação de documentos, pesquisa de jurisprudência, jurimetria e monitoramento de processos estão presentes no mundo jurídico, um número que cresce a cada dia, para alugar ou comprar as tecnologias, mas bem sabemos que os recursos financeiros são parcos no universo da grande maioria dos advogados e espécies de sociedades de advogados.

Com a Covid-19, a virtualização de reuniões, audiências, julgamentos, sustentações orais dentre outros, e, mais uma vez, a constatação de exclusão de muitos advogados.

Uma solução, a meu sentir, passa pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tem condições de dotar de recursos tecnológicos completos cada uma das Subseções, de cada uma das Seccionais da OAB, o que impactará na transformação e inclusão de cada Advogada (o).

O CESA – Centro de Estudos de Sociedades de Advogados em conjunto com a AB2L – Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs, fizeram um levantamento entre as associadas do CESA, no primeiro trimestre de 2020, visando conhecer os impactos gerados pela Covid-19. O trabalho foi divulgado e debatido na reunião de associadas do CESA, em 28 de abril de 2020. Foram 649 sociedades respondentes, sendo que 22% fazem uso de Legaltechs. O levantamento concluiu que “os escritórios que já possuíam legaltechs ou que contrataram tiveram um impacto negativo menor na pandemia. Em alguns, a demanda aumentou.”

O exercício da Advocacia, que somente pode ser exercido por advogados (artigo 1º da Lei 8.906), profissão escolhida por mais 1.200.000 inscritos, atualmente, nas Seccionais da OAB, o volume de Leis, o grande espectro jurídico de especialidades, acabam por dar pujança ao mercado jurídico e despertar interesses em novos estudantes de direito.

A proliferação dos cursos de direito, que ultrapassaram a marca de 1.800, demonstram o sonho de muitos em participar e ingressar no mercado jurídico, a despeito da existência de centenas de bacharéis de direito, número estimado em mais de 5 milhões, que não conseguem a habilitação para o exercício de profissão, sendo verdade que parte destes bacharéis seguem a trajetória de concursos públicos.

O crescimento do número também das espécies de sociedades de advogados, principalmente de Sociedades Unipessoais de Advocacia, inclusive no período pandêmico, é prova irrefutável de que o mercado da advocacia é forte o suficiente para sobreviver às crises de todas as naturezas.

Deve ser lembrada a edição do Provimento nº 205/2021 do Conselho Federal da OAB, que dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia destinado aos advogados e às espécies de sociedades de advogados, que possibilita a melhoria do marketing jurídico ético, podendo gerar valor aos conteúdos gerados.

Antes do citado Provimento nº 205/2021, foi criada pelo Conselho Federal da OAB, por meio da Portaria 1473, de 29 de outubro de 2019, a Coordenação Nacional de Fiscalização da Atividade Profissional da Advocacia (<https://fiscalizacao.oab.org.br/>), que é subordinada à Secretária-Geral Adjunta da OAB Nacional, tendo por finalidade “coibir o exercício ilegal, o abuso, bem como a captação interposta pessoa ou por meio de ferramentas digitais que estimulem o litígio em massa, com o propósito mercantilista, entre outras violações das legislações penais brasileiras e de preceitos ético-disciplinares, previstos na legislação da OAB.”.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, LGPD, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, adiada algumas vezes a sua vigência, trouxe aos advogados novo campo de atuação, até porque a maioria das empresas não está em conformidade com a Lei.

A despeito da LGPD, os vazamentos de dados são uma constante, principalmente no Primeiro Setor e nas grandes empresas.

Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos estão em alta neste momento de transformação de mentalidade, que abre oportunidades para a Conciliação e Mediação. Um campo aberto para muitos advogados e outros profissionais.

A própria Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, estabelece os caminhos: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>.

Os acordos judiciais também foram fomentados neste momento, afinal 1% de juros ao mês é o suficiente para transformar pequenas somas no tempo em pequenas fortunas.

A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, movimentou e movimenta o mercado jurídico, porque trata da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos

do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

Determina a Lei nº 13.874, ainda, que seja observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

Prescreve, também, que se interpretam em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas. E que o disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da aludida Lei não se aplica ao direito tributário e ao direito financeiro, ressalvado o inciso X do caput do art. 3º.

Outra oportunidade que despontou em 2021 foi a assessoria jurídica especializada às empresas em ASG (em português – ESG em inglês) – Ambiental, Social e Governança. Este assunto é tratado neste Anuário por Barbara Rosenberg.

No dia 27 de agosto de 2021 foi publicada a Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021, que impactará muitas empresas, emergindo necessidade de assessoria jurídica em múltiplas áreas.

A Lei nº 14.195 dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente (Código Civil).

Concluindo, o mercado jurídico sempre vive na curva senoidal, sendo certo que a inovação é a constante e o Brasil é fértil em oportunidades e em demandas de todas as naturezas, inclusive as que são geradas pelo Governo Federal, durante décadas.

Em frente!

Transformações na Organização das Sociedades de Advogados

Marcela Arruda

As Sociedades de Advogados¹ sempre exerceram relevante protagonismo na garantia de direitos e, especialmente nos dois últimos anos, defenderam com veemência a democracia e o Estado Democrático de Direito, atuando em defesa constante dos direitos de seus clientes. A diferença é que, desta vez, tudo aconteceu ao lado de mudanças radicais que afetaram substancialmente suas atividades, causando novas reflexões e alterações na forma de organização dos Escritórios².

Comportamentos previstos para o futuro foram antecipados, o que incluiu o trabalho “*home office*” – já incorporado na maioria dos escritórios, sendo pouco provável um retorno idêntico ao modelo anterior.

A experiência do período 2020-2021 também deixou evidente que a sociedade brasileira parece não mais tolerar prazos exageradamente longos na aplicação da Justiça. Os clientes buscam dos Escritórios agilidade nas respostas, soluções inovadoras³ e personalizadas, além da boa reputação e técnica.

Nesse contexto, faremos ponderações objetivas acerca das principais transforma-

77

1 A expressão “Sociedade de Advogados” será utilizada no mesmo sentido da definição de Gonçalves Neto, como sendo “*aquela constituída por dois ou mais advogados para permitir ou facilitar o exercício da advocacia em regime de colaboração recíproca, com disciplinamento do expediente e da divisão dos resultados patrimoniais auferidos no atendimento que os advogados a ela vinculados prestam para os clientes*”. (GONÇALVES NETO. A.A. Sociedade de advogados. 2. Ed. atual. e aum. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002).

2 Empregaremos o termo “escritórios”, no plural, para designar escritórios de advocacia indistintamente.

3 É o que confirma as falas dos executivos jurídicos no 5º Fórum Marketing Jurídico, durante o painel visão dos departamentos jurídicos e o marketing jurídico dos escritórios: O que os executivos jurídicos esperam quando contratam o seu serviço. Disponível em Estratégias de negócio e expectativas de executivos jurídicos são temas de palestra | Análise Editorial (analise.com)

ções que se tornaram realidade após os efeitos da pandemia decorrente do COVID-19,⁴ com um olhar sobre: (a) a necessidade do redesenho das boas práticas de governança; (b) *home office*, com um foco na recepção das novas demandas dos clientes e cuidados necessários para as relações futuras; (c) tendências e efeitos da nova Lei Geral de Proteção de Dados para os Escritórios e (d) a importância do visual law e legal design⁵ e (e) observações finais. As considerações feitas neste artigo levaram em conta os efeitos práticos dessas mudanças, notadamente no que se refere aos aspectos orçamentários.

A – O redesenho das boas práticas de governança

Os Escritórios com boas práticas de governança corporativa⁶ têm como premissas a observância da missão, princípios éticos, valores, transparência e um planejamento estratégico de curto e longo prazo⁷. Referidos aspectos são essenciais para agilizar e conferir maior legitimidade às decisões necessárias durante esse período de incertezas, bem como garantir maior alinhamento e confiança junto aos seus integrantes.

4 Uma abordagem sobre “*as grandes transformações das sociedades de advogados*”, a partir das experiências da pandemia, foi realizada no Anuário CESA 2020, cujas considerações permanecem irretocáveis.

5 Os temas LGPD e Visual Law para os escritórios de advocacia também serão abordados com mais detalhes em artigos separados nesta Edição do Anuário 2021.

6 De acordo com o IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa “governança é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo o relacionamento entre Conselho, equipe executiva e demais órgãos de controle. As boas práticas de governança convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar a reputação da organização e otimizar seu valor social, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade. Cf. Guia das melhores práticas de governança para institutos e fundações empresariais. Disponível em <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=22110>.

7 As práticas de governança devem estar associadas aos fatores ambientais e sociais, discussão inserida nas discussões sobre ESG (Environmental, Social and Governance) que será abordada em artigo especial deste Anuário CESA 2021. E, também, compreender monitoramento contínuo do cumprimento dos valores da Sociedade.

Em 2017, ano de crise política, compartilhamos com os nossos colaboradores⁸ e clientes a seguinte mensagem: *“uma crise nos pede esforço de memória e perspectiva, sabedoria de retornar a princípios e coragem de afirmá-los com novas estratégias e atos, diante de circunstâncias instáveis. Se a enfrentarmos assim, a crise pode revelar preciosas oportunidades.”*

Naquela época, buscávamos transmitir ao público a confiança de que tínhamos as condições e o planejamento necessários para superar as circunstâncias instáveis. Passados 3 anos, o país enfrenta novamente uma gravíssima crise sanitária e socioeconômica, e acreditamos que são nesses momentos que as práticas de governança devem ser fortalecidas e reafirmadas.

Foi com uma forte convicção da nossa missão e valores – nos quais se inserem os pilares “equipe”, “relações verdadeiras”, “cliente”, “respeito à diversidade” e “sustentabilidade” – que redesenhemos algumas práticas de gestão logo no começo da pandemia, com a finalidade de adequar a estrutura à nova realidade. Foi possível verificar que a governança é essencial inclusive para Escritórios de pequeno e médio porte, com estruturas de gestão mais simplificadas.

Para o presente, é indispensável as governanças tenham ações de monitoramento do cumprimento dos seus valores, com especial atenção aos que garantem um tratamento igualitário e repudiam qualquer espécie de discriminação.

Ademais, é importante as Sociedades de Advogados comecem a avaliar a importância de estruturas mais horizontais, nas quais há maior divisão de responsabilidades e participação de todos seus integrantes no processo de tomada de decisão, o que pode contribuir para o sucesso da governança.

B – Home office

A possibilidade do exercício da advocacia de forma remota (à distância), seja na advocacia consultiva ou contenciosa, não é novidade do ano 2020. O que mudou para os Escritórios, durante o período de distanciamento social, foi o local de trabalho dos advogados, que permaneceu quase em sua totalidade em suas residências.

Vale observar que clientes continuam se aproximando em razão da boa reputação e técnica dos advogados que formam a Sociedade e, *conforme dizem estudiosos da área*

8 Da Rubens Naves Santos Jr. Advogados.

de Marketing Jurídico, os melhores retornos de prospecção ainda são aqueles do contato pessoal e indicações. Assim, a confiança recíproca e a empatia facilitadas com o contato pessoal permanecem como premissas das relações na área da advocacia e não devem ser desconsideradas pelos advogados.

No entanto, temos confiança de que, independentemente do formato de trabalho, os clientes permanecerão com os mesmos patronos na medida que constatarem a agilidade na resposta e os esforços na apresentação de soluções inovadoras pelos Escritórios. O desafio será, justamente, compatibilizar a necessidade de agilidade e fluxos mais informais de comunicação com os requisitos de excelência necessários para o exercício da advocacia.

Na área consultiva, a recepção de demandas e a entrega de opiniões legais, por exemplo, são tarefas normalmente realizadas no formato digital (por e-mail), com algumas exceções para os clientes que preferem apresentar suas demandas iniciais presencialmente. Esse tipo de demanda é recebido de clientes inicialmente acolhidos no modelo presencial, que conhecem os advogados da banca, sentem confiança e somente depois enviam o trabalho.

No período de home office novos clientes chegaram, desta vez com contato integralmente a partir das ferramentas virtuais. Importante considerar que, para muitos Escritórios de pequeno ou médio porte, as relações remotas (*desde a assinatura do contrato até a entrega do serviço*) aconteceram pela primeira vez em 2020, tendo continuidade em 2021.

No âmbito da advocacia contenciosa, desde 2007⁹ os advogados atuam com processos judiciais eletrônicos¹⁰ e atos presenciais apenas para processos físicos e situações específicas (audiências, julgamentos).

Apesar de algumas dificuldades nos contatos com juízes e justificados incômodos em relação à realização de gravações sustentações orais (no caso dos julgamentos do STF), os trabalhos fluíram com a possibilidade de comparecimento virtual nos julgamentos, prática que facilitou o acesso à justiça, tendo em vista a diminuição de custos com deslocamentos até os respectivos tribunais.

9 Após o início da vigência da Lei Federal 11.419 de dezembro de 2006 que dispõe sobre informatização do processo judicial;

10 Mantidos os processos físicos propostos antes de 2007.

Em futuro breve, a necessidade de visitas físicas ao Judiciário será mínima, tendo em vista a força tarefa para digitalização de todos documentos que ainda tramitam fisicamente, situação que também impactará as rotinas dos escritórios.

Com efeito, a robotização de diversas demandas parece ser um caminho sem volta. Contudo, as habilidades nas relações interpessoais, a boa argumentação numa audiência ou sustentação oral, o convencimento numa prospecção e as sensibilidades de compreensão das reais necessidades dos clientes certamente não serão substituídas pela Inteligência Artificial.

Mas qual é a relação de tudo isso com as transformações nas organizações das Sociedades de Advogados?

Há forte tendência de impactos orçamentários de todas as ordens. No Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou o Relatório Analítico sobre os números de 2020, no qual se verificou a redução de 4,7 bilhões de reais nas despesas totais do Judiciário, sendo que parte da diminuição tem relação direta com o afastamento dos servidores para trabalho home office. Destaca-se, ainda, uma redução de novos processos no Judiciário: em 2020 entraram 25,8 milhões de processos, o que representa queda de 14,5% com dados comparados a 2019.¹¹

Nos Escritórios, apesar de várias dificuldades próprias do período, também se verificou relatos de aumento ou permanência de idênticas demandas durante 2020. Os dados parecem indicar alguma margem de lucratividade, decorrentes das reduções nas despesas relacionadas ao uso da infraestrutura física e compras de materiais.

Contudo, independente da lucratividade do ano anterior, os Escritórios, com destaque para os de pequeno e médio porte, terão o desafio de investir em novas tecnologias que garantam a agilidade no atendimento de múltiplas demandas e a produtividade com eficiência. Assim, recomenda-se que os orçamentos dos próximos períodos incluam rubricas específicas nesse sentido.

Além disso, as transformações na organização dos Escritórios também passarão pela busca de profissionais com novas competências e habilidades que ultrapassem a área jurídica. Sobre essa tendência, vale a leitura do estudo sobre “O futuro das profissões jurídicas”, realizado em 2018 pelo Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da

11 Sumário Executivo do Relatório “Justiça em números 2021” – Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Acesso em 9/10/2021.

FGV-SP, no qual consta ampla avaliação sobre o impacto de novas tecnologias no campo jurídico.¹²

O que podemos aproveitar das experiências de comunicações durante o home office?

Uma das experiências do home office foi a facilidade na comunicação com os públicos interno e externo. Os encontros presenciais foram rapidamente substituídos por reuniões por plataformas virtuais, Lives e Webinars, ferramentas que, quando bem utilizadas, viabilizam:

- melhor gestão tempo disponível, economizando os períodos antes gastos com deslocamentos até o cliente;
- encontros entre áreas organizacionais e profissionais dos clientes localizados em locais físicos distintos, afastando as barreiras entre endereços, cidades, Estados e até países;
- compartilhamento de conhecimento e capacitação das equipes com menor custo, a partir dos cursos disponibilizados virtualmente;
- gravação das reuniões e encontros para preservação das evidências das decisões tomadas e até do histórico dos debates importantes para memória da sociedade.

82

Igualmente foi extremamente positiva a ampliação da divulgação de conteúdos atuais em pequenos vídeos, alguns elaborados a partir de produção técnica profissional e outros aparentemente produzidos pelo próprio advogado, com a finalidade de manter ativa e propagar as expertises dos Escritórios.

Essas ferramentas de compartilhamento de conteúdo permitem que as Sociedades de Advogados formatem seus acervos de pequenos vídeos por área de atuação, que podem ser utilizados como material de apoio em apresentações aos clientes, inclusive em reuniões que tenham relação com a matéria, tornando o encontro mais objetivo.

Mas não são apenas virtudes e vantagens associadas ao trabalho à distância e às novas ferramentas de comunicação citadas. O **excesso** desses eventos está causando aborrecimentos e sobrecarga de informações que trazem prejuízos à saúde mental dos

12 Disponível em <https://portal.fgv.br/noticias/pesquisa-avalia-impacto-tecnologia-escritorios-advocacia>.

associados, o que demanda maior equilíbrio na sua utilização.

Ademais, a distância e as atividades virtuais contribuem para perda da empatia proporcionadas pelo contato pessoal, não se revelando como o melhor ambiente para desenvolver amizades e relações de confiança, que continua como o principal pilar na relação cliente e advogado.

Por fim, se levado ao extremo o modelo do “home office”, os advogados perdem a interação saudável com demais colegas, concentrando-se nas atividades virtuais em prejuízo da construção de novas relações e trocas.

Não obstante, o modelo de encontros virtuais certamente terá continuidade, em razão de seus benefícios de economia de tempo e de orçamento, mas será saudável – logo que todos estiverem em segurança – mesclar com eventos presenciais. Será importante também criar modelos de organização interna que privilegiem a realização de reuniões úteis, produtivas e integrativas. Esse retorno para o modelo híbrido deverá ser considerado nos orçamentos futuros, uma vez que poderá implicar a volta de custos com infraestrutura e espaço físico.

C – Efeitos da Lei Geral de Proteção de Dados nos Escritórios

83

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) impactou profundamente os Escritórios, vez que demanda cuidados na gestão das informações dos titulares de dados, que excedem em muito os cuidados até então praticados.

Embora os direitos de privacidade não fossem inéditos na legislação brasileira, a LGPD detalhou a sua disciplina e trouxe novas exigências de ordem técnica e jurídica para a proteção dos dados pessoais. Desta forma, a rotina dos Escritórios deverá necessariamente estar em conformidade com a LGPD, panorama que demandará investimentos.

No artigo “A LGPD nas sociedades de advogados”, Juliana Abrusio, Alexandre Atheniense e Bruna Borghi Thomé fazem uma excelente abordagem sobre a importância do tema.¹³ Aqui apenas destacamos que, para fins de nova organização interna, os Escritórios deverão considerar as consequências e custos para implantação de novos procedimentos de proteção de dados, como, por exemplo, a organização da área de TI e de segurança da informação.

Em relação à presença do Encarregado ou DPO, como é designado no Regulamento

13 Anuário 2020 (p.91). Disponível em <http://www.cesa.org.br/media/files/Anuario2020.pdf>.

Europeu de Proteção de Dados, os Escritórios poderão optar por designar um colaborador interno (devidamente capacitado) ou uma empresa terceirizada, custo também deverá ser considerado a longo prazo.

Portanto, a implementação da LGPD exige uma profunda mudança de cultura, um forte comprometimento da alta direção e programas contínuos de capacitação das equipes, que não devem se limitar somente aos advogados, mas a todos os colaboradores internos.

D – Visual Law e Legal Design

O último ponto a ser abordado faz respeito a nova tendência conhecida como Visual Law, subárea do Legal Design, que tende a aperfeiçoar a facilitar o diálogo escrito e a sua compreensão por meio da simplificação dos textos e do uso de elementos gráficos.

Diversos órgãos públicos e tribunais brasileiros começaram a normatizar a nova tendência para suas comunicações e também incentivam os advogados a adotarem técnicas similares.

A título de exemplo, cita-se a Portaria Conjunta nº 91 de 01/09/2021, do TJDF, que regulamenta o uso de linguagem simples e de direito visual; e a Resolução Nº 347, de 13/10/2020, que entre outras diretrizes incentiva a utilização de recursos de Visual Law para simplificação da linguagem de todos os documentos, dados estatísticos em ambiente digital, análise de dados e dos fluxos de trabalho.

A introdução das soluções de direito visual e a informatização dos procedimentos podem trazer uma série de benefícios. Por exemplo, pode auxiliar a conferir maior clareza e objetividade nas comunicações dos Escritórios, seja no âmbito do processo judicial ou nas interlocuções diárias com seu público interno e externo.

Contudo, é importante pontuar que tais benefícios dependerão da capacitação dos advogados e investimentos especiais por parte dos Escritórios. Na mesma direção, os Escritórios deverão ter extrema cautela para evitar prejuízos aos clientes decorrentes da redução de informações importantes à defesa do direito.

Nossa expectativa é que esse modelo passe por contínuos aperfeiçoamentos, gerando um padrão que não afaste os contatos pessoais entre juízes, advogados e partes, e não prejudique os Escritórios com maior dificuldades de adequação em curto prazo.

E – Observações Finais

Os desafios e as novas tendências experimentadas ao longo do ano de 2021 comprovaram a capacidade de readequação e resposta das Sociedades de Advogados em situações de crises, com a manutenção de seu capital intelectual e clientes, diferenciando-se aqueles que possuem estruturas de governança corporativa bem implementadas.

Para o futuro, vislumbramos que algumas situações até aqui consolidadas merecerão adequações, são elas: (i) atualização das práticas de governança para garantia da sustentabilidade a longo prazo; (ii) modelo de trabalho híbrido que permita a continuidade do bom atendimento aos clientes e a construção de novas relações de confiança; (iii) readaptação dos planejamentos estratégicos e financeiros; (iv) implementação de novas tecnologias para proporcionar a melhor gestão de tempo e atendimento personalizado às necessidades dos clientes.

Por fim, verifica-se que o dinamismo das novas relações no campo profissional impõe às lideranças das Sociedades de Advogados uma avaliação sobre as tendências de gestão com modelo horizontal ou misto, que permitem mais agilidade no atendimento de demandas, tendo em vista a autonomia conferida aos advogados para a tomada de decisões.

As novas tecnologias e seu impacto na profissão

Alexandre Atheniense

¹“Pois, por mais que assuste, a mudança é o agente que permite que possamos evoluir.”

Benjamin Franklin

Fiquei muito honrado com o convite da Diretoria do Cesa Nacional para contribuir com este artigo para o anuário de 2021. Este ano completa 40 anos da minha experiência com o uso das tecnologias da informação nas atividades profissionais da advocacia. Não me sinto ousado ao afirmar que fui o primeiro advogado brasileiro a usar profissionalmente um micro computador no escritório de advocacia do meu pai desde agosto de 1981.

Por este motivo, gostaria de dedicar esse estudo ao meu saudoso pai, que foi um visionário, meu primeiro incentivador que nunca poupou esforços para que eu buscasse conhecimento em diversas organizações de estudos avançados sobre este assunto nas principais organizações dos Estados Unidos que estudam o tema, para desenvolver um talento e inquietude com o objetivo de buscar mais eficiência por meio do uso das soluções tecnológicas inovadoras para impactar positivamente no exercício da advocacia.

Todas as avaliações mencionadas neste artigo refletem a minha visão prática e concreta sobre como as novas tecnologias impactam nas atividades diárias da sociedade de advogados Alexandre Atheniense Advogados e quais medidas corretivas vem sendo adotadas para propiciar o que a tecnologia tem de melhor, o poder da informação, o conforto e a segurança na tomada de decisões.

Não acrescentaria muito valor na prática, apenas ter mencionado que iniciei esta jornada há 40 anos atrás, se atualmente eu não pudesse contribuir com os associados do

1 Alexandre Atheniense é um dos precursores do Direito Digital no Brasil com experiência de 33 anos nesta área. Foi o primeiro advogado a utilizar na prática jurídica em escritórios de advocacia, microcomputadores com sistemas especializados em 1981. Possui especialização em Internet Law na Harvard Law School, Sócio Fundador de Alexandre Atheniense Advogados e Co-Coordenador do Comitê de Direito Digital do CESA

CESA com uma análise contextualizada e apontar tendências, pois se manter atualizado sobre a tecnologia aplicada às melhores práticas da advocacia sempre será o maior desafio.

Como sou um entusiasta e estudioso sobre este tema, percebo que nos últimos 5 anos ocorreu um avanço considerável das soluções tecnológicas, funcionalidades e mudanças comportamentais, que é potencializado ainda mais devido aos efeitos da pandemia no cotidiano operacional das sociedades de advogados.

A lista dos impactos abordados a seguir não é limitativa, mas uma singela contribuição que cause reflexão no leitor de forma didática e prática, sobre como lidar com as rápidas mudanças comportamentais que estão acontecendo em diversas frentes avançadas pelo uso das tecnologias.

Impacto #1 Adequar o uso das novas tecnologias as atividades operacionais

1.1. Os Principais desafios e impactos das mudanças operacionais

As novas tecnologias podem ajudar e potencializar a performance operacional das sociedades dos advogados e engajar a equipe do escritório e os clientes para ampliar o trabalho colaborativo.

1.2. Soluções tecnológicas para um novo padrão operacional profissional

1.2.1 Migrar todas as atividades operacionais para sistemas especializados para cada tipo de informação corporativa em plataformas digitais em nuvem. Adeus ao servidor e discos rígidos locais.

A primeira mudança operacional necessária, que causará grande impacto, se inicia com a decisão do poder diretivo das sociedades de advogados em se sensibilizar para tomar atitude de migrar todas as suas atividades, na medida do possível, para a adoção das plataformas digitais especializadas em cada tipo de informação em nuvem.

Alguns exemplos relevantes: Agenda compartilhada online, um repositório único de conteúdos de textos, planilhas, apresentações vídeos e áudios produzidos e compartilhado com a equipe e clientes entre com diferentes níveis de acesso; editores de texto online; plataforma de mensagens e canais de conteúdos relevantes, gerenciamento das

atividades de negócios – contencioso, consultoria e arbitragem, intranet com biblioteca digital de acervos informativos relevantes, controle financeiro dentre outros.

Como sabemos, o advogado é um nômade digital, todas as aplicações acima devem ter acessibilidade plena por meio de dispositivos móveis de comunicação. A informação bem estruturada potencializa a tomada de decisões remotamente. Por isso o profissional deve ter consigo acesso às informações estratégicas onde quer que esteja. Sou favorável que o escritório reduza ao máximo o armazenamento de dados em discos rígidos e servidores locais, cujo padrão de segurança e rastreabilidade é bem mais vulnerável que as plataformas online.

1.2.2. Investir na contínua capacitação operacional corporativa para o uso de novas tecnologias

“O primeiro passo para a mudança é a conscientização. O segundo passo é a aceitação”

Nataniel Branden

Estas mudanças causam a imediata necessidade de capacitação contínua dos colaboradores, para abreviar a mudança da mentalidade e gerar talento para o desapego do trato das informações apenas em papel e engajar o conceito de que o impulsionamento do negócio não ocorra apenas por meio de atos presenciais ou remotos de forma síncrona.

Para que este impacto ocorra não é necessário apenas demonstrar que a cada dia surgem fantásticas ferramentas tecnológicas para converter em melhor performance e resultados. Há uma distância enorme entre a conscientização, a aceitação e a usabilidade dos colaboradores para alcançar os resultados esperados.

O engajamento para as mudanças comportamentais operacionais não é uma virada de chave rápida, pois demanda uma mudança de cultura, que é um processo gradativo, sempre verificado, com contínuo suporte, demanda resiliência e, sobretudo, mecanismos de controle se a mudanças efetivamente foram aceitas e geram o resultado esperado.

1.2.3. Estimular engajamento da equipe para adesão aos novos meios de comunicação

Lidar com a capacitação humana, ao meu ver, é a parte mais difícil neste processo

de mudança comportamental. Será necessário estimular o engajamento de toda a equipe, para desenvolver uma maturidade operacional capaz de impulsionar os novos recursos de comunicação digital tais como: voz convertida em texto, gravar e compartilhar áudios e vídeos e imagens em grande escala, bem como estimular o uso de dispositivos móveis para fomentar o trabalho colaborativo. O investimento em capacitação da equipe nestes recursos tecnológicos só alcançará eficiência da equipe com decisões mais assertivas, rápidas e bem orquestradas desde que as mesmas sejam aceitas e utilizadas de forma coletiva.

Pela minha experiência pessoal de abandonar o uso do papel no nosso ambiente corporativo há 13 anos e protagonizar como mentor da equipe para o uso das melhores ferramentas existentes no mercado, sou testemunha dos resultados positivos alcançados em termos de comunicação, conhecimento, trabalho colaborativo e respostas assertivas via decisões rápidas.

Num estudo elaborado pela FGV, apresentado na Comissão de Direito Digital no CESA nacional em 2018, cujo objetivo foi traçar um perfil do advogado brasileiro quanto ao uso das novas tecnologias, foi revelado que o advogado brasileiro, em média, ainda executa suas atividades operacionais e intelectuais, em grande parte em ambiente isolado, em sua própria redoma e ainda não tem uma ampla atividade colaborativa. Sabemos que este perfil está mudando drasticamente após a pandemia, que trouxe vantagens para impor novos padrões que ampliaram sua performance comunicacional, operacional e intelectual.

Impacto #2 Aprimorar a capacitação intelectual com as novas tecnologias

2.1. Principais desafios e impactos para ampliar a capacitação intelectual

É inegável que as novas tecnologias ajudam a aprimorar a capacitação intelectual contínua dos advogados. Afinal de contas informação é poder. Porém, não basta ter acesso a muita informação, sem o emprego das novas tecnologias que favorecem o processo cognitivo e aprender a usar todas as funcionalidades para tomada de decisões assertivas e rápidas.

2.2. Principais problemas a serem superados para dar foco e aprimorar o processo cognitivo

O Brasil hoje é um dos países do mundo onde são gerados mais conteúdos diários

relativos ao estudo do Direito em formato digital. Este avanço foi potencializado, a partir do momento em que todos os 92 tribunais brasileiros passaram a publicar todas suas decisões nas plataformas digitais, somado ao repositório legal oficial que se encontra no mesmo formato.

Estes insumos são a matéria prima necessária para tornar os advogados mais bem informados, ampliando o conhecimento intelectual. Porém, isso não significa que os mesmos tenham alcançado, na mesma proporção, mais conhecimento ou sabedoria em todos os temas que lhe são demandados diariamente. Existe um vácuo enorme a ser enfrentado entre o volume de informações e a geração de conhecimento para alcançar a sabedoria.

2.3. Soluções para o uso das novas tecnologias na capacitação intelectual

O caminho para alcançar a sabedoria com o uso das novas tecnologias demanda acompanhamento das informações sobre assuntos de seu interesse, em tempo real, em ferramentas capazes de estruturar esta fonte de conhecimento, para dar suporte e reafirmar a autoridade intelectual num determinado assunto.

A meta é estar conectado ao *big data* jurídico, acessando não apenas o teor das decisões, mas as métricas das decisões mais recentes e relevantes, para ampliar o processo cognitivo.

91

2.3.1. Aprofundar conhecimento intelectual pelo uso da Jurimetria

O grande impacto propiciado pelas novas tecnologias ao meu ver neste momento é o **acompanhamento das tendências em tempo real**, a partir de diversas fontes relevantes que geram a demanda da capacitação intelectual contínua do profissional em diversas frentes de trabalho.

2.3.1.1. Pesquisar jurisprudência com o suporte da jurimetria direcionada ao perfil dos julgadores

Uma técnica ainda subutilizada pelos profissionais é focada no cruzamento das referências entre o nome do magistrado, turma julgadora ou tribunais sobre o tema que irão apreciar.

Esta estratégia permite atualização contínua sobre o repertório das decisões que sejam favoráveis aos clientes relativa aos julgadores. A meta é gerar argumentos direcionados para chamar a atenção do julgador, ao ponto de encabular se for o caso, para que ele não seja contraditório com suas próprias decisões recentes sobre o mesmo tema.

2.3.1.2. Reavaliar estratégias via jurimetria para aplicar aos serviços prestados pelo escritório

O acompanhamento em tempo real do confronto entre as teses de defesa mais comuns e as decisões recentes, propiciam o estímulo do conhecimento preditivo, ou seja, o conhecimento obtido a partir de deduções, a partir de dados, ações ou informações previamente apresentadas, de forma a alinhar argumentos e estratégias para buscar mais sabedoria quanto a viabilidade ou não de êxito num determinado serviço a ser prestado.

2.3.2. Manter atualizado sobre o negócio do cliente ou o mercado setorial

92

Nos serviços de consultoria é importante que o profissional utilize ferramentas avançadas que possibilitem coleta de informações com o uso da inteligência artificial, com atualização em tempo real para que possa gerar conhecimento preditivo a partir de diversas fontes estratégicas relacionadas pelo perfil do cliente ou seu ramo de negócio. Conheça alguns exemplos cognitivos que apresentam bons resultados:

1. Informações divulgadas na internet sobre o cliente e sua área de negócios
2. Informações de destaque sobre os principais players do mercado
3. Notícias e incidentes que podem gerar oportunidades de negócio e sugestão para medidas protetivas ou corretivas. Estes insumos aprimoram o diálogo do advogado para novas oportunidades de negócio a partir de mudanças ou decisões setoriais.
4. Insumos para elaborar artigos, lives e palestras e entrevistas

2.3.3. Usar soluções de inteligência de BI – Business Intelligence – para decidir com rapidez e assertividade a partir de visualizações gráficas das métricas

O *Big Data* jurídico que se consolida diariamente requer a necessidade do uso de ferramentas de inteligência de modo a acompanhar as métricas estratégicas com recursos visuais para revelar diversos cenários que favorecem a tomada de decisões de maneira mais rápida e assertiva a partir de painéis dinâmicos atualizados diariamente. Estas soluções podem ser úteis em várias frentes.

2.3.3.1 Customizar, visualizar e decidir com cenários ilustrativos das tendências Judiciário em tempo real

Estes painéis permitem o acompanhamento de diversas métricas para facilitar tomada de decisões como:

Distribuição de processos por período, tema e tribunais
Tempo médio de duração de um processo num tribunal ou sobre um determinado assunto
Quais etapas em que os autos normalmente ficam com maior inércia
Tendências das decisões favoráveis dos tribunais em confronto com os interesses dos clientes aos interesses do cliente

93

O placar das decisões sobre teses divergentes a partir de decisões sobre um determinado assunto comparando este cenário entre diversos tribunais e câmaras julgadoras dentre.

No estágio atual, avalio que, na maioria das vezes, os profissionais possuem muita informação e não alcançam rapidamente conhecimento gerado a partir desta matéria prima bruta, pois não têm acesso ao refinamento destes filtros visuais de dados nos cenários apresentados pela tecnologia do BI, embora esta técnica hoje esteja ao alcance em razão do seu custo benefício para vários advogados.

Uma coisa é certa, o céu é o limite para imaginar outros cenários estratégicos e alcançar resultados bem mais avançados e eficazes do que se dispõem atualmente pelo uso pouco explorado do BI.

Impacto #3 – Adotar novas tecnologias para aprimorar comunicação com os clientes, órgãos julgadores, parceiros de negócios, colaboradores e prestadores de serviços e fornecedores.

3.1. Desafios e impactos dos novos padrões de comunicação pelas plataformas digitais

Como já dissemos, o avanço da pandemia, desafiou os profissionais num curto espaço de tempo a adquirir talento e demonstrar preparo para o uso da comunicação remota, síncrona ou assíncrona, desapegada dos escritos e dos atos presenciais.

O desafio por este impacto gerou uma rápida mudança cultural, não só para comunicação interna escritório, mas, sobretudo, com os clientes, órgãos julgadores e diversos protagonistas das nossas atividades profissionais.

É importante destacar o avanço de maturidade ocorrido em 14 anos, quando em 2007, entrou em vigor a lei 11419 que disciplinou as práticas processuais por meio eletrônico. Naquela época, tive a oportunidade de ser protagonista em nome da OAB Federal e acompanhar todo o trâmite do projeto de lei, como presidente da Comissão de Direito e Tecnologia da Informação.

Ficou claro durante os debates do PL, que o legislador e o CNJ, admitiram que tribunais e advogados ainda não tinham alcançado um nível de maturidade operacional para uso mais interativos de comunicação pelas plataformas digitais. Daí, foi perdida a oportunidade de disciplinar determinados ritos online como audiências, sessões de julgamento e despachos com magistrados. Porém, mesmo assim, vários tribunais começaram desde então gradativamente a operar estes atos, pela prerrogativa do artigo 18 da referida lei, de maneira desuniforme e muitas vezes prejudicando seriamente as prerrogativas dos advogados.

A mudança cultural alavancada pela pandemia praticamente impôs que a comunicação remota corporativa por meio das novas tecnologias veio para ficar. Este impacto foi generalizado, ao ponto que a maioria dos colaboradores de sociedades de advogados preferem trabalhar em regime parcialmente presencial. Tal fato foi revelado a partir de uma pesquisa interna realizada pelo advogado Ordélio Sette em seu escritório em abril de 2021 e apresentada na reunião de associadas do CESA de setembro de 2021, onde vários advogados experientes de bancas renomadas discutiram os efeitos da pandemia.

Este cenário revela a necessidade de investimento mais recursos tecnológicos de comunicação, segurança da informação e bem como mecanismos de controle se as atividades estão sendo performadas com eficácia.

Por outro lado, a mesma necessidade de comunicar melhor pelas plataformas digitais de forma colaborativa, foi impulsionada também pela redução drástica do número de viagens para reuniões presenciais com clientes e parceiros, em troca do conforto propiciado pela tecnologia. Esta medida reduz o stress com a grande perda de tempo nos deslocamentos em troca do custo benefício de uma breve reunião. Tal avaliação nem sempre era popular antes da pandemia, mas agora, já achamos estranho quando outros participantes refutam a hipótese de exigir reuniões presenciais a qualquer custo.

Portanto, estas mudanças remetem a necessidade da adoção de um novo padrão de comunicação, mais avançado em busca de conforto e otimização do tempo, sem a sem perda de eficácia e com mais objetividade e assertividade para desconstruir de vez que os impulsionamentos das práticas profissionais continuem com o apego ao escrito, linguagem erudita e muitas vezes inócua em troca do dinamismo das plataformas digitais e comunicações remotas.

3.2. Principais problemas tecnológicos a serem enfrentados na comunicação digital

3.2.1. O timing da comunicação digital não é um recurso bem utilizado pelos profissionais

Ao meu ver, a proatividade e sensibilidade para escolha do momento propício de agir quanto ao tempo de resposta para uma resposta ou participação em eventos remotos é algo que ainda tem que ser mais aperfeiçoado pelos profissionais nas plataformas digitais. Maus hábitos antigos que se repetem na comunicação digital serão sempre potencializados.

Sempre me recordo da primeira e segunda lei de Bill Gates para o uso de tecnologia.

“A primeira regra de qualquer tecnologia utilizada nos negócios é que a automação aplicada a uma operação eficiente aumentará a eficiência. A segunda é que a automação aplicada a uma operação ineficiente aumentará a ineficiência.”

Pense no tempo que você leva para responder uma mensagem de um cliente, colega de trabalho ou parceiro de negócio. Com as inúmeras ferramentas de comunicação rápida disponíveis a ausência de resposta, ou atraso injustificado só amplificam sua vulnerabilidade ou desinteresse numa determinado assunto ou oportunidade de negócio.

No meu convívio profissional diário com colegas de profissão, colaboradores, clientes e órgãos julgadores, percebo que a maioria das pessoas, ainda não sabe se comunicar bem pelas plataformas digitais.

O tempo de resposta ainda é lento e não há um foco da necessidade de compartilhar informações em tempo real, para que todos estejam sempre na mesma página. Muito se deve ao volume imenso de informações que recebemos que desviam este foco, mas por outro lado pode ser também um hábito antigo de nem sempre se importar em responder a comunicações externas.

3.3. Soluções para enfrentar problemas de comunicação nas plataformas digitais

3.3.1. Usar a tecnologia para aprimorar retornos mais rápidos, com suporte eficiente e claro para tomada de decisões

O impacto das mudanças comunicacionais que podem ser aprimoradas com o uso das tecnologias devem ser utilizadas em situações corriqueiras como:

Resposta rápida a um novo interessado que deseja abreviar nosso contato profissional,
Compartilhamento entre a equipe do resultado de uma diligência forense
Prestação de contas aos clientes
Preparação de briefings internos para uma reunião de equipe, clientes ou despachos.

Percebo que muitas vezes estas atividades ainda não atingiram uma maturidade capaz de gerar qualidade com o emprego da tecnologia para detalhar respostas e dar suporte ao poder decisório do profissional ou de terceiros.

Se formos comparar esta lacuna, com o que aconteceu com os jornais impressos, fica claro que a mídia antiga perdeu espaço e competitividade no mercado para as plataformas digitais em razão do tempo de atualização do retorno sobre os fatos relevantes que só a plataforma digital proporciona. Já vivemos num tempo onde o diferencial competitivo, muitas vezes fica percebido pelo tempo de resposta e assertividade que se alcança com o uso de tecnologias, porém nem todos os mudaram seus hábitos para reduzir os efeitos negativos deste impacto.

3.3.2. Usar novas tecnologias para abandonar a linguagem pomposa, erudita e delongada para evitar o fracasso da comunicação nas plataformas digitais

Os advogados são contadores de histórias que agora tem uma série de recursos tecnológicos para potencializar o impacto dos seus conhecimentos e argumentos nas plataformas digitais. Estas estratégias demandam uma linguagem diferente, mais curta, objetiva e com recursos audiovisuais do *visual law* mais persuasivos.

Conforme comentário certo e cirúrgico de Francisco Müssnich numa ótima live realizada no CESA RJ, em 20/10/2021, onde se discutiu os Avanços Tecnológicos e Advocacia, ensinou “... *quem escreve pomposo tende a não dizer nada. As pessoas se escondem através de sua própria linguagem pomposa..* “. Ainda no mesmo evento, o advogado Tales Calaza arrematou de forma brilhante: “No Direito é fácil escrever difícil, difícil é escrever fácil.

Ao meu ver, a linguagem erudita, pomposa, pouco objetiva e delongada é um caminho certo para uma estratégia fracassada nas sessões de julgamento, audiências online, despachos com magistrados e reuniões com clientes.

3.3.3. Inserir pequenos trechos em vídeo e inserir na peça de defesa, com os melhores (ou piores) momentos recortados da gravação de audiência ou da sessão de julgamento para potencializar fatos falsos ou contraditórios perante os órgãos julgadores.

97

Todo mundo sabe que uma imagem vale mais do que mil palavras. Pensando nisso, porque não adotar uma técnica de comunicação mais eficiente com o uso de recortes de pequenos trechos audiovisuais originados das sessões de audiência ou julgamento gravadas que revelam omissões, declarações falsas ou contraditórias da parte contrária cotejando com outras provas nos autos?

Ao meu ver são técnicas de persuasão muito eficazes. Isto é só o início, que pode ainda fomentar muita criatividade dos profissionais para o uso da matéria prima em vídeos para potencializar seus argumentos.

3.3.4. Criar talento na equipe para aprimorar comunicação com clientes sem depender apenas da comunicação escrita e presencial. Em troca, optar por técnicas de comunicação audiovisual mais persuasiva.

O implemento dos recursos audiovisuais aprimoram cada vez mais presentes com

uso das tecnologias, para aprimorar a qualidade de comunicação com os clientes, via apresentação de resultados, status reports sobre evolução de consultoria e atividades correlatas. A comunicação digital se torna mais transparente, efetiva, objetiva e curta gerando melhores resultados para a reputação profissional.

Impacto #4 Potencializar a presença online das sociedades de advogados e diminuir distâncias e conversão de oportunidades de negócio

O emprego de tecnologias impactam numa enorme vantagem competitiva, jamais vista, para acelerar oportunidades de negócio com clientes e parceiros, sobretudo com a quebra da barreira geográfica.

A presença online se tornou uma solução barata e com poder de conversão considerável que foi flexibilizada pelo Provimento sobre publicidade sancionado este ano pela OAB Nacional. Esta é uma estratégia que potencializa não apenas o reforço de autoridade e qualificação do profissional numa determinada área, mas a abertura de novos caminhos para fechamento de negócios.

98

Impacto #5 Governança Digital Corporativa – Proteção de dados pessoais, proteção de dados corporativos, reputação digital e adequação às medidas de compliance

5.1. Os desafios das novas tecnologias e os impactos na governança digital corporativa

O uso massificado das novas tecnologias guardam surpresas e requer cuidados para que o poder diretivo das sociedades de advogados possa ter mecanismos de controle eficientes sobre as atividades, riscos e soluções da governança digital corporativa.

O foco quanto ao uso de novas tecnologias para exercício da governança tem várias frentes de atuação como: controle e confidencialidade sobre o tratamento e proteção dos dados pessoais e corporativos via normativos internos, enfrentamento rápido e ordenado dos incidentes que envolvam dados corporativos, pessoais e a reputação digital do escritório, bem como a contínua adequação à demanda dos relatórios cada vez mais complexos e minuciosos de compliance.

É necessário que o *board* inclua em sua pauta de reunião estes assuntos, de modo a propiciar a tomada de decisões breves junto aos setores operacionais, muitas vezes orquestrando um plano de respostas a incidentes para atuação em três frentes que devem

atuar em paralelo: na área da comunicação, jurídica e sistêmica.

O cenário atual é que as boas práticas se transformaram em obrigações legais sujeitas a sanções severas. A maioria dos sócios não têm controle absoluto sobre toda a plataforma digital, seus colaboradores e prestadores de serviço e os dados que circulam dentro deste ambiente na sociedade de advogados. Por isso, na maioria dos casos que já presenciei estão vulneráveis às falhas operacionais, a falta de ética de colaboradores e outros incidentes que podem sair muito caras. Não há uma única solução para solucionar todos os desafios.

A solução é a imediata adoção de várias medidas protetivas como adoção de normas internas que estabeleçam limites quanto ao uso da plataforma digital, o tratamento de dados corporativos e pessoais. Além disso, que se promova programas de capacitação continuada sobre estes temas, uma política de segurança da informação, privacidade e gestão documental, além de um aditivo de contrato ao trabalho e terceiros contratados para que possa assegurar legitimidade ao escritório para agir em caso de incidentes.

Conclusão

São vários os impactos proporcionados num curto espaço de tempo pelas novas tecnologias.

Novos tempos...

Novos desafios, demandas por novas capacitações, novas formas de gerar capacitação intelectual operacional e comunicacional...

Se você quer mudar atitudes, comece com uma mudança de comportamento, afinal de contas os princípios do evolucionismo preconizam que as espécies que sobrevivem não são as mais fortes e nem as mais inteligentes, mas aquelas que se adaptam melhor às mudanças.

Bem vindos a esta jornada sem linha de chegada.

ASG e Novas Oportunidades para a Advocacia

Barbara Rosenberg
Márcio Silva Pereira

1. Introdução

É cada vez mais notória a complexidade jurídica na qual estão imersas as organizações privadas e os negócios em geral. Esse contexto demanda um contínuo processo de gerenciamento de riscos de caráter legal e regulatório, relacionados a uma diversidade de temas, como geração de empregos, renda, arrecadação de impostos, saúde, segurança e bem-estar de funcionários, diversidade nas oportunidades de emprego e de cargos de liderança, condições de trabalho adequadas, direitos humanos, controle de poluição, mudanças climáticas, respeito a direitos de povos tradicionais, práticas concorrenciais e anticorrupção, entre outros.

Essa nova perspectiva tem feito o advogado trabalhar para além do conhecido parâmetro da legalidade (*strictu sensu*), buscando ampliar sua atuação numa abordagem estratégica com foco na aderência das práticas empresariais aos propósitos da organização.

Nesse cenário, a visão integrada dessas questões, sistematizada numa abordagem que se convencionou denominar ASG (Ambiental, Social e Governança, tradução do *ESG – Environmental, Social e Governance*), adquiriu especial relevância e alargou-se para abranger não só de interesses dos acionistas como também dos indivíduos e organizações impactados pelas ações da empresa (*stakeholders*) (Lei nº 6.404/76, art. 116, parágrafo único), tendo em vista o propósito de determinada sociedade. Abrem-se, assim, diversas oportunidades para os operadores do direito, que, na medida em que entendem esses desafios, passam a encontrar inclusive novas possibilidades de atuação.

2. A Lei como Indutora da Agenda ASG

Uma vez que a lei e a regulação são um dos aspectos a serem considerados nos fatores de risco ASG, à Advocacia, sem dúvida, se abrem muitas possibilidades de atuação

na implementação de boas práticas de governança corporativa. Essa implementação visa a auxiliar as corporações a agirem antecipadamente na mitigação de seus riscos, utilizando seu capital de maneira eficaz. Ademais, essa agenda ASG visa a prevenir controvérsias não só com seus acionistas ou investidores, mas, principalmente, ajuda a evitar litígios com “stakeholders” de uma maneira geral, cujos direitos e interesses não podem ser desconsiderados.

Para fins exemplificativos, tomemos como ponto de partida da discussão a legislação ambiental. A partir da década de 80, quando foi editada a Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA)¹ no Brasil, a legislação evolui e corporificou algumas das abordagens então emergentes na agenda ambiental nacional, como o controle de poluição, o esgotamento dos recursos ambientais e a melhoria da qualidade ambiental. Desde então, o nosso país vivenciou o incremento de outras tantas diretrizes e regras sedimentadas em tratados internacionais sobre as mais diversas questões ambientais (p. ex., Convenção Sobre Diversidade Biológica), sociais (p. ex., Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Estados Independentes) e de governança (p. ex., a Convenção da OCDE Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais)

A PNMA impulsionou a governança dos meios produtivos para a agenda do desenvolvimento sustentável. Além de instrumentos de controle ambiental, como padrões de emissão, licenciamento e avaliação de impacto, entre outros que foram sendo consolidados ao longo de décadas e utilizados como balizadores para um programa sólido de conformidade, merece destaque, na PNMA, a já presente abordagem do risco ambiental pelo sistema estatal financeiro. Desde então, novas oportunidades surgiram para a Advocacia em suas diversas transações e litígios.

1 Sória de Barbosa, Müssnich e Aragão Advogados. Bacharel e Doutora pela Universidade de São Paulo – USP, LL.M. pela *University of California, at Berkeley*. Foi Diretora da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Membro do Conselho do CESA. [A autora agradece a contribuição de Vitória Oliveira e Maria Julia Medina Pena pelos comentários e pesquisa que foram essenciais à elaboração deste artigo] Pós-graduado em Gestão Ambiental pela Universidade de São Paulo – USP e graduado em Direito, com especialização em Interesses Difusos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB-RJ e da União Brasileira de Advogados Ambientalistas – UBAA. Advogado.
Lei nº 6.938/1981.

Posteriormente, com lastro na adoção dos Princípios do Equador,² o Conselho Monetário Nacional estabeleceu diretrizes a serem observadas no estabelecimento e na implementação de Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.³ A existência de estrutura de governança para efetivação dessa Política tornou-se obrigatória. Além disso, as operações de crédito passaram a ficar sujeitas a gerenciamento do risco socioambiental (possibilidade de ocorrência de perdas, pelas instituições financeiras decorrentes de dano socioambiental, considerados os riscos de crédito, legal e reputacional aos quais podem estar expostos).

Embora não reguladas diretamente pela PNMA, às instituições financeiras passaram a ser obrigadas a observar diversas políticas públicas, como, por exemplo: (i) no financiamento de projetos de Organismos Geneticamente Modificados, para os quais deve ser exigida a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem corresponsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento da Lei ou de sua regulamentação (Lei nº 11.105/2005, artigo 2º, § 4º); (ii) na Lei do Agro (Lei nº 13.986/2020), que regula a emissão de Cédulas de Produto Rural, a qual deve observar requisitos específicos de regularidade ambiental e fundiária do imóvel rural, sob pena de não pode servir de garantia à operação financeira.

É nesse contexto que instituições financeiras voltaram a sua atenção à adoção e ao atingimento de metas relacionadas às práticas ASG por parte de seus clientes e tomadores de crédito. E, ao impor tais requisitos, acabam por induzir e disseminar a adoção de abordagens ASG,⁴ na qual faz parte a avaliação de conformidade legal.

Mais recentemente, o Conselho Monetário Nacional (“CMN”) e o Banco Central do Brasil (“BCB”) editaram, como parte de sua agenda de sustentabilidade, vários normativos, os quais, em seu conjunto, objetivam: (i) fortalecimento do gerenciamento de risco ligados à temática ASG pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional («SFN»); (ii) transparência – regulamentação da divulgação (*disclosure*) de informações

2 Constituem um conjunto de procedimentos adotados pelas instituições financeiras para serviços de assessoria e financiamento a *project finance*, cujo custo total do projeto seja igual ou superior a US\$ 10 milhões, e outras operações de crédito (<https://www.unpri.org>).

3 Resolução nº 4.327/2014.

4 A respeito, ver www.fitchratings.com/ESG & Credit Ratings.

sobre o risco por essas instituições; *(iii)* crédito rural – impedimentos legais e infralegais existentes relacionados a questões sociais, ambientais e climáticas.⁵ Essas novas regras confirmam a necessidade de as instituições financeiras realizarem testes de estresse que considerem hipóteses de mudanças em padrões climáticos e de transição para uma economia de baixo carbono. É um reconhecimento da relevância dos potenciais impactos que tais riscos podem trazer para a estabilidade do SFN, seguindo um padrão que vem sendo adotado pelos bancos centrais de vários países do mundo.

3. O papel do Advogado na gestão de riscos ASG

Não há dúvida que o Advogado tem um importante e abrangente papel no desenvolvimento da Agenda ASG, ainda que boa parte dos serviços já existam de forma

5 **Resolução CMN nº 4.943**, que altera a Resolução CMN nº 4.557/2017 para refletir as inovações na estrutura de gerenciamento de riscos, gerenciamento de capital e a política de divulgação de informações das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB. A **Resolução CMN nº 4.944** altera a Resolução CMN nº 4.606/2017, de modo a aprimorar as regras da estrutura simplificada de gerenciamento dos riscos social, ambiental e climático aplicáveis às instituições do SFN enquadradas no Segmento 5 (S5), conforme definição da Resolução CMN nº 4.553/2017. A **Resolução CMN nº 4.945** estabelece novas regras sobre a PRSAC e sobre as ações para sua efetiva implementação pelas instituições integrantes do SFN. A **Resolução BCB nº 139**, que estabelece requisitos para divulgação anual do Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas (GRSAC) pelas instituições enquadradas no S1, S2, S3 e S4 no que diz respeito *(i)* à governança do gerenciamento dos riscos; *(ii)* aos relevante impactos reais e potenciais; e *(iii)* aos processos de gerenciamento dos riscos. A **Instrução Normativa nº 153**, que estabelece tabelas padronizadas para divulgação do Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas (GRSAC), instituído pela Resolução BCB nº 139/2021. O Relatório deve incluir as seguintes informações sobre os riscos social, ambiental e climático: *(i)* descrição da governança; *(ii)* identificação e descrição dos impactos reais e potenciais relacionados; *(iii)* descrição da estrutura de gerenciamento dos riscos; *(iv)* descrição dos indicadores quantitativos utilizados no gerenciamento; e *(v)* descrição das oportunidades de negócios associadas aos temas. A **Resolução BCB nº 140**, que institui a criação da Seção 9 – Impedimentos Sociais, Ambientais e Climáticos, no Capítulo 2 (Condições Básicas) no Manual de Crédito Rural (MCR). A nova Seção dispõe sobre a caracterização de empreendimentos com restrições de acesso ao crédito rural em razão de dispositivos legais ou infralegais atinentes a questões sociais, ambientais e climáticas.

autônoma e específica, nas práticas de direito ambiental, direitos humanos, direito societário, do trabalho, tributário, concorrencial, financeiro etc.). Porém, a abordagem ASG traz uma oportunidade para uma advocacia integrada e multidisciplinar, com foco não apenas no levantamento de passivos (*due diligence*), como também de antecipação de riscos e na solução de governança corporativa estratégica (*gap analysis* e *action plan*).

Para além do aprimoramento das regras de governança corporativa nas empresas e o estabelecimento de políticas, códigos de conduta e mecanismos de conformidade, a nova percepção de risco mudou o foco do acionista para todos os demais *stakeholders*. Por exemplo, na cadeia de fornecimento de insumos para uma grande organização, já são vistos contratos incorporando critérios ASG para balizar a relação comercial. Na relação com os colaboradores, a temática de direitos humanos ampliou os fatores jurídicos que envolvem a relação de trabalho e com terceiros prestadores. Na interação com a comunidade onde se insere a organização, especialmente em se tratando de comunidades tradicionais, embora a regulamentação seja mais precária, existem inúmeras demandas que exigem do advogado uma atuação negocial para antecipação, prevenção e resolução de conflitos. Junto às autoridades, as práticas anticorrupção e os mecanismos de denúncia já são um tema conhecido pelos advogados. Além disso, pautas globais, como as mudanças climáticas, impõem um conhecimento especializado por parte do advogado na prestação de serviços relativos à estruturação de compensações ou neutralizações de emissões, além das operações de cessão de créditos de carbono.

Além dessas frentes, as empresas também começam a se organizar e estabelecer mecanismos próprios de avaliação e gerenciamento de risco ASG, por força de exigências da comunidade e de investidores para o desenvolvimento de novos negócios. No âmbito da estrutura da companhia, isso passa a se refletir na criação de estruturas internas e normalização. A inclusão de critérios ASG acaba por permitir que as estruturas de conformidade também sejam engajadas nos aspectos ambientais e sociais da empresa, além de governança.

Outro campo de atuação, a divulgação de informações financeiras e não financeiras possibilita o monitoramento de atos da administração e a criação de um processo de *accountability* aplicáveis aos diretores e conselheiros de empresas e instituições financeiras. Nesse âmbito, mecanismos de conformidade e de divulgações, devidamente regulados, podem instrumentalizar uma abordagem abrangente de ASG.⁶ A estruturação dos

6 A CVM recomenda que se considere os seguintes documentos como parâmetros para questões de natu-

instrumentos de transparência torna mais fácil para os operadores econômicos atrair capital para investimentos sustentáveis, além de ser um passo importante na direção do combate ao *greenwashing*.

Por fim, existem oportunidade de serviços jurídicos na criação de fundos voltados especificamente a investimentos em valores mobiliários associados a ASG (fundos de índice de mercado, como o Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE B3 e o Índice Carbono Eficiente – ICO2 B3, entre outros), bem como na promoção de serviços, carteiras e produtos como sustentáveis (*green* ou *social bonds* etc.).

3.1 Litigância ASG

A assunção de novos compromissos para além daqueles visando ao interesse social de determinada empresa previstos no ordenamento jurídico expande o raio de incidência da atuação da empresa na sociedade, e conseqüentemente, da sua exposição. É justamente nessa esfera de atuação, dentro do propósito das empresas e por meio dos compromissos assumidos, que nascem os litígios ligados à ASG.

Passa-se a questionar, via judicial, se determinada entidade opera seu negócio de acordo com o propósito, isto é, com as métricas eleitas como instrumentais para que determinada sociedade cumpra seu interesse social, ou, se existe um abuso de direito ou uma situação de *greenwashing*. Busca-se, por vezes, modular um determinado comportamento da empresa ou setor econômico.

Exemplo de litígios verifica-se na disputa envolvendo terceirização de impactos ambientais e climáticos, tendo por alvo entidades que são relativamente mais limpas em seus países de origem, mas são grandes emissoras de carbono em outras jurisdições. Também, podem motivar litígios eventuais falhas ou inadequações no manejo de

reza socioambiental: (i) Guia de Sustentabilidade para as Empresas do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa; e (ii) o Guia Sustentabilidade nas Empresas. Como Começar, Quem Envolver e o Que Priorizar (Ofício Circular CVM/SEP nº 03/2019). As Instruções Normativas CVM nºs 480/2009 e 558/2015 tratam de informação essencial para os investidores relacionadas a ESG. Com relação aos Fundos Incentivados de Investimento em Infraestrutura – FI-Infra, informações de ESG são consideradas pela Instrução CVM nº 606/2019, que alterou a Instrução CVM nº 555/2014. Vide <http://www.b3.com.br/data/files/1A/D7/91/AF/132F561060F89E56AC094EA8/Guia-paraempresas-listadas.pdf>. e <http://www.ibgc.org.br/userfiles/4.pdf>. Acesso em 20.06.2021.

métricas de performance ASG, ou questionamentos acerca da validade de informações divulgadas e qualificadas como intencionais para tomada de decisão por um investidor.

3.2 Direito da concorrência e ASG

A agenda ASG, aliada à promoção do desenvolvimento sustentável, é ampla e reflete nas mais variadas legislações, atraindo, inclusive, a atenção de áreas antes não tão evidentemente implicadas, tal como a defesa da concorrência. Quando tratamos de direito concorrencial, há evidentemente um componente de governança associado, na medida em que se trata de variável relevante para a ação das empresas e para mercado e que faz parte da agenda de conformidade. No entanto, essa interface tem ido além.

Nesse contexto de uma agenda ampla e multidisciplinar, inerente à agenda ASG, há um novo tema na pauta, que é relação entre sustentabilidade e direito concorrencial. Passa-se a avaliar em que medida o desenvolvimento sustentável, aliado à concorrência, pode promover externalidades positivas, como ampliação da oferta de serviços (limpos/renováveis/acessíveis), acesso a saneamento, água potável e energia, aproveitamento da mão-de-obra local etc. Argumenta-se que, em um ambiente mais competitivo, em que a inovação sustentável seja protagonista, e não somente o preço, toda a cadeia produtiva seria beneficiada.⁷

Entre várias outras publicações, o assunto foi tema central de uma mesa de discussões em 2020, na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). No artigo que baseou a discussão, *Sustainability & Competition Law and Policy – Background Notes*⁸, está bem apresentado como, para alguns, é necessário que o direito antitruste supere o paradigma do bem estar do consumidor no qual está há tanto baseado, sendo premente que seus objetivos sejam revistados. Para outros, porém, esse tipo de tarefa iria muito além do antitruste, de forma que não caberia ao regulador tratar desses temas.

7 ONU, *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável no Brasil*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdg>.

8 OCDE. *Sustainability & Competition Law and Policy – Background Notes by Julian Nowag, 2020*. Disponível: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2020\)3&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2020)3&docLanguage=En)

Como bem explica Lílian M. Cintra de Melo “[o]s patronos da ‘neutralidade’ do antitruste creem que os custos sociais e econômicos, rotulados como ‘não econômicos’, devem ser matéria de regulamentação especializada (seja tributária, ambiental, trabalhista ou outras).”⁹ Dentre os que seguem outra linha, Melo cita Eleanor Fox¹⁰, explicando que “o antitruste poderia ser uma ferramenta para a mobilidade e a erradicação da pobreza inserida em um contexto mais amplo de economias em desenvolvimento”. Na mesma linha, ela lembra que Michelle Meagher¹¹ propõe que caberia “ao antitruste o papel de preencher as lacunas deixadas por outras regulações, capturando precisamente o poder econômico residual que não pode ser confrontado de outra forma”¹².

A discussão está apenas começando e, até o momento, nenhuma autoridade efetivamente alterou a mecânica de implementação da legislação antitruste para incorporar valores como sustentabilidade e proteção ambiental, ainda que alguns casos indiquem que tais aspectos podem justificar eventuais acordos entre concorrentes.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em particular tem sido reticente em aceitar, para a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11), outros propósitos que não a garantia do bem-estar do consumidor. Por outro lado, na linha do quanto mencionado, observam-se alguns acordos de cooperação aprovados pela autoridade antitruste que consideram aspectos ambientais na sua justificativa, tais como alguns acordos setoriais envolvendo a implantação de logística reversa¹³.

Ilustrativamente, citem-se dois casos envolvendo o Instituto Jogue Limpo. Em um

9 MELO, Lílian M. Cintra de. A relação entre antitruste e sustentabilidade, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mai-17/lilian-melo-relacao-entre-antitruste-sustentabilidade#_ftn10.

10 FOX, Eleanor. *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*, 13 SW.J. L. & Trade Americas 211, 212, 2007.

11 MEAGER, Michelle. *Powerless Antitrust. Competition Policy International. Antitrust Chronicle*, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3493181.

12 MELO, Lílian M. Cintra de. *Op. Cit.*

13 Logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada (art. 3º, XII da Lei 12.305/2010).

deles, o CADE aprovou a constituição do Instituto, criado com o objetivo de congregar fabricantes e importadoras de óleo lubrificante que promovem e executam, voluntariamente, no território nacional ações voltadas à gestão de resíduos sólidos e implementação de ações de logística reversa. No segundo caso, o Instituto apresentou a proposta de ampliar o seu escopo de atuação, com o fim de englobar, além das embalagens, a própria gestão integrada da coleta, armazenamento, transbordo e destinação ambientalmente adequada de Óleos Lubrificantes Contaminados. A justificava, nesses casos, para a atuação conjunta de concorrentes, foi justamente o objetivo de proteção ambiental e sustentabilidade, adotando-se as ressalvas para que a competição entre elas no mercado fosse mantida¹⁴. Na mesma linha, o CADE aprovou a criação da Associação Brasileira de Reciclagem de Eletrodomésticos e Eletroeletrônicos (ABREE), da Gestora para Resíduos de Equipamentos Eletroeletrônicos – Green Eletro e da Associação Brasileira de Reciclagem de Eletrodomésticos e Eletroeletrônicos (ABREE)¹⁵.

Nesse contexto de mudanças, caberá ao operador do direito acompanhar o assunto de perto e seus desdobramentos, avaliando qual será o papel do direito antitruste na agenda ASG. De toda sorte, vale lembrar que, ainda que sua aplicação siga nas fronteiras do paradigma do bem estar do consumidor, na linha dos casos acima citados, é possível que empresas situadas no Brasil, em busca de competitividade e de um alinhamento com as melhores práticas internacionais da agenda de ASG, acabem adotando um universo mais amplo de iniciativas de sustentabilidade que beneficiem diversos *stakeholders* e a competição como um todo¹⁶ e, nessa seara, abre-se um campo multidisciplinar e muito rico de oportunidades àqueles que atuam na área.

14 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração Nº 08700.005278/2014-00 e Ato de Concentração Nº 08700.006989/2017-36. Disponíveis em: www.cade.gov.br.

15 CADE, Ato de Concentração nº 08012.007477/2011-50 (ABREE); Ato de Concentração nº 08700.012602/2015-19 (Green Eletro) e Ato de Concentração nº 08700.009764/2015-70 (Reciclus). Disponíveis em: www.cade.gov.br.

16 THE GUARDIAN, Competition, not just collaboration, can push forward sustainability. Disponível em <https://www.theguardian.com/sustainable-business/competition-collaboration-push-forward-sustainability>).

4. Considerações finais

À vista da abrangência do tema, é importante registrar que a abordagem ASG não é uma área nova especializada de prática jurídica. Na verdade, trata-se de uma abordagem multidisciplinar que, por consequência, pode demandar a atuação conjunta de diferentes profissionais. Certamente, novos horizontes e nichos serão descobertos e desenvolvidos com a prática crescente dessa nova abordagem. Portanto, o papel do advogado é amplo e pode envolver, como visto, novas tendências que se referem à litigância e a interrelação entre sustentabilidade e direito da concorrência entre tantas outras.

De toda sorte, seja qual for a área de atuação ou especialidade, o importante é que o advogado compreenda a nova dinâmica acerca da avaliação dos propósitos da empresa e a conformidade com esta das práticas empresariais, para ir além, na sua atuação, do conhecido parâmetro da legalidade (*strictu sensu*), de modo a construir uma estratégia de mitigação de risco legais e de resolução de conflitos futuros. Nesse contexto, podem surgir oportunidades de colaboração entre o Estado e o empresariado voltadas a objetivos que fortaleçam os mercados e impactem a cadeia de valor positivamente.

110

Referências Bibliográficas

BOSE, Satyajit. Evolution of ESG Reporting Frameworks. In: Values at Work. Palgrave Macmillan, Cham, 2020. p. 13-33.

CVM, Comissão de Valores Mobiliários. Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa. Disponível em <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3935.pdf>. Acessado em 01.06.2021.

FERREIRA, Cláudio de Araújo. Aspectos Jurídicos dos Fundos de Investimentos sob a Ótica da Governança Corporativa. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2011.

FILHO, Claudio Luiz de Miranda Bastos. A Governança Corporativa e a Responsabilidade Social Empresarial – Visão Histórica e Crítica dos Principais Institutos. Percurso, v. 1, n. 32, p. 84-112, 2020.

FOX, Eleanor. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path, 13 SW. J. L. & Trade Americas 211, 212, 2007.

KOTSANTONIS, Sakis; SERAFEIM, George. Four things no one will tell you about ESG data. *Journal of Applied Corporate Finance*, v. 31, n. 2, p. 50-58, 2019.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. *In Sociedade de Risco e Direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. Teresa Ancona Lopez, Patrícia Faga Iglecias Lemos, Otavio Luiz Rodriguez Junior – coordenadores. São Paulo: Atlas, 2013, p.3-13.

LEITE, José Rubens Morato & CAETANO, Matheus Almeida. A Responsabilidade Civil por Danos Ambientais na Sociedade de Risco: um Direito Reflexivo frente às Gerações de Problemas Ambientais. *In Sociedade de Risco e Direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. Teresa Ancona Lopez, Patrícia Faga Iglecias Lemos, Otavio Luiz Rodriguez Junior – coordenadores. São Paulo: Atlas, 2013, p. 273-293.

MEAGER, Michelle. Powerless Antitrust. *Competition Policy International*. *Antitrust Chronicle*, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3493181.

MELO, Lílian M. Cintra de. *A relação entre antitruste e sustentabilidade, 2021*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mai-17/lilian-melo-relacao-entre-antitruste-sustentabilidade#_ftn10.

PIMONENKO, T., BILAN, Y., HORÁK, J., STARCHENKO, L., & GAJDA, W. Green brand of companies and greenwashing under sustainable development goals. *Sustainability*, 12(4), p. 1679, 2020.

OCDE. *Sustainability & Competition Roundtable*. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition.htm>. 2021.

POLLMAN, Elizabeth. Corporate Social Responsibility, ESG, and Compliance. Forthcoming, *Cambridge Handbook of Compliance* (D. Daniel Sokol & Benjamin van Rooij eds.), Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research Paper, n. 2019-35, 2019.

SITAWI. Investimento de impacto. Disponível em <https://www.sitawi.net/investimento-de-impacto/>. Acessado em 25.05.2021

SOUZA, Danilo Sérgio de. *Regulação do Mercado de Capitais e Governança Corporativa. O papel da Comissão de Valores Mobiliários – CVM na institucionalização do conceito de Governança Corporativa*. 2017.

WELLISCH, Julya Sotto Mayor & SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. “Investimento Responsável no Século XXI: Gestão de Recursos de Terceiros, Questões ESG (Environmental, Social & Governance) e Aspectos Regulatórios”. *In* Sociedades Anônimas, Mercados de Capitais e outros estudos. Homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano. Vol. I. Maria Lucia Cantidiano, Igor Muniz e Isabel Cantidiano. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2019, Vol I, p. 693-713.

Os Algoritmos na Rede e no Trabalho do Advogado

Luiz Roberto de Andrade Novaes

Sou entusiasta da inventividade humana e da tecnologia, que é concebida para nos ajudar a construir nossa vida da forma mais cômoda e a nos poupar de trabalhos difíceis e repetitivos.

Neste sentido, para alguém da minha idade que já viu muita coisa e como tudo evoluiu e se transformou, também observei que o exercício profissional mudou consideravelmente para melhor e que deveríamos, cada dia mais, cuidar dos problemas de nossos clientes de forma mais abrangente, humana e inovadora, deixando às máquinas uma parte menos nobre do exercício profissional.

Também vejo que aprendemos com nossos erros e que só desta forma, conseguimos corrigir o que não deu certo e o que precisa ser revisto para mais nos ajudar. Hoje tudo precisa ser questionado e as redes sociais trazem conexão entre as pessoas, mas também provocam temores sobre sua influência na nossa vida e um eventual controle da sociedade.

Assim, este artigo tem por objetivo, em primeiro lugar, provocar uma reflexão das recentes questões que nos estão sendo apresentadas em função de uma nova realidade virtual com a qual convivemos. Também procuro fazer um paralelo entre o algoritmo e a forma de trabalho do advogado, ressaltando o elemento humano para a o exercício da profissão.

Temos que admitir o fato de que hoje, dependemos da tecnologia e dos dispositivos conectados para quase tudo na nossa vida e que, na linguagem da informática, na qual hoje estamos inseridos, estamos todos sujeitos aos tais algoritmos que regem o que procuramos na internet.

De qualquer forma o advogado, como qualquer outro usuário da rede, usa e é usado pela lógica destas regras que nos são impostas e que foram concebidas visando um determinado resultado.

De fato, o algoritmo é uma fórmula de trabalho mediante o qual são concebidos passos sucessivos visando a obtenção de um resultado determinado. Algo que sempre

existiu e que resulta do raciocínio matemático e lógico que, de repente, foi apropriado pela informática.

Vou, para começar, ver como os algoritmos são concebidos dentro do mundo virtual e para que finalidade.

O algoritmo na rede e as questões que se colocam em função de seus objetivos

Todos sabemos que, através de nossos celulares, estamos sendo usados para finalidades comerciais, pois fornecemos informações sobre nossa vida, nossos contatos, nossos hábitos, nossos gostos, onde andamos e o que fazemos. Isso vale para todos os outros dispositivos conectados à rede.

Tenho que dizer de plano que não tenho nada contra isto na medida em que obtemos todas estas informações de graça e imediatamente.

Com base nestes dados, são concebidos os algoritmos que serão usados para nos fornecerem as respostas a nossas demandas.

Ou seja, quando se faz uma pesquisa, o site não responde diretamente a sua pergunta, mas usa todas as informações que fornecemos anteriormente para direcionar a resposta segundo as nossas preferências.

Evidente que tudo isto é feito com base em comportamentos padrão de nossa sociedade e com o objetivo claro que satisfazer o consumidor e, destarte, vender o produto ou serviço demandado, que patrocinam a provedora do serviço.

Alguma coisa errada? Acho que não, pois estamos em uma sociedade aberta e competitiva, regida pela livre concorrência.

Entendido o contexto em que estamos, passo a raciocinar no que isto impacta nossa vida profissional.

A sociedade é aberta, mas estamos falando de uma profissão regulamentada e sujeita a regras especiais rígidas, necessárias para preservar a ética e a dignidade fundamentais para o exercício da defesa e para também prestigiar o estado democrático de direito, além de defender os direitos fundamentais dos cidadãos.

Ou seja, devem estas premissas também serem aplicáveis aos algoritmos que são usados na rede?

A OAB tem regras deontológicas claras e as renova periodicamente, tendo sido recentemente editado novo provimento modernizando e autorizando a publicidade na rede.

Isto é um controle interno da profissão, dirigido aos profissionais e, evidentemente, exigível de todos os advogados dentro do contexto da OAB.

Parece-me que isto funciona de alguma maneira e, majoritariamente, tem aceitação da classe e das sociedades de advogado filiadas ao CESA, que zelam pelo seu respeito e contribuem ativamente para o aperfeiçoamento das regras.

A questão que coloco, entretanto, é de outra ordem, mais ampla e, de alguma forma, difícil de resolver.

Estão os sites sujeitos a tais regras? Têm estes sites alguma obrigação em face dos advogados? Quem deve zelar pelo respeito de tais regras e fazê-las respeitar?

Minha primeira reação é que os sites não têm obrigação de fazer valer as regras de conduta da OAB, mas os advogados que utilizam tais ferramentas estão sujeitos a preservar tais preceitos e, portanto, passíveis de avaliações, controle e sanções por parte de nosso órgão de classe.

Cabe, portanto, aos advogados, como sempre o foi, verificar se os patrocínios no ambiente da rede estão conformes aos limites da atividade profissional.

Ainda, os padrões de conduta usados para formular os algoritmos são feitos com base em regras puramente comerciais, sendo que existe claramente a possibilidade de tais métodos virem a desrespeitar as regras da concorrência, da liberdade pessoal e da democracia. Isto é particularmente importante no âmbito das *fake news*, presentes no ambiente em que estamos inseridos.

Aí sim me parece que cabe aos sites tomar o cuidado devido e que devem estar sujeitos a sanções se desrespeitarem tais regras que são de toda a sociedade e que são a base da convivência social.

Também me parece que temos todos que zelar para preservar a liberdade de pensamento e que um instrumento comercial não deve ter o controle de nossas vidas e da sociedade.

Este o grande risco que corremos e que atormenta as mentes mais apocalípticas.

Acho, como otimista nato que sou, que vamos aprender com os nossos erros e conseguir, aos poucos, corrigir os excessos e as distorções que possam aparecer.

O algoritmo como método de trabalho do advogado e a empatia como diferencial de tal método

Mas, voltando ao conceito de algoritmo, sob outra ótica, entendo que este é o mé-

todo natural de trabalho do advogado.

Ou seja, ele faz o mesmo percurso para chegar ao resultado desejado.

Quando um cliente lhe apresenta um problema, ele usa o mesmo método de passos para lhe dar uma resposta.

É uma série de verificações e avaliações que se assemelham ou seguem o mesmo método do que o site faz no mundo virtual, colhendo e analisando informações sobre os fatos, a lei, o procedimento, as chances de êxito e o caminho a seguir.

Por exemplo, o cliente deseja cobrar uma dívida.

Em primeiro lugar, o advogado vai verificar o contrato ou operação comercial que deu origem à dívida. Vai ver se existe base legal para a cobrança e se esta se encontra vencida e é exigível.

Se o resultado for positivo, vai ver qual a ação cabível para a cobrança e o custo para tanto.

Vai ainda avaliar as defesas possíveis e verificar a jurisprudência quanto a tais questionamentos.

Com certeza vai verificar se o devedor tem bens para responder pela dívida e se tem outras ações pendentes na justiça, para ter certeza ainda da real possibilidade da satisfação do crédito.

Tem ainda que ver o tempo estimado para obter um resultado para tanto.

Todas estas verificações e avaliações requerem, claro, expertise e inteligência para formular uma estratégia para o cliente.

Com base em tudo isto, a resposta vai ser entrar com uma ação ou se mais vale tentar um acordo, ou, ainda uma destas opções seguida da outra.

Isto tudo poderia ser eventualmente feito pela máquina e aí está a inteligência artificial que consegue fazer tudo isto em situações repetitivas.

Imaginemos agora uma situação mais complexa como uma questão de família nas qual os fatos são extremamente relevantes, havendo questionamento relativo a bens de diversas naturezas, gestão de sociedades e outras coisas imprevistas, como a vida real se nos apresenta.

As mesmas operações são necessárias para a análise de cada uma das facetas da questão.

Cada faceta é um algoritmo e cada questão tem diversas soluções.

A resposta, ao final, é um novo algoritmo que compreende a análise de todos os anteriores e o advogado deve formular uma estratégia de abordagem do problema que

enfrente todos as questões e todos os riscos envolvidos.

Evidente que podem ser sugeridas inúmeras formas diferentes de abordar a questão e aí o advogado tem uma insubstituível missão de procurar a resposta que melhor se ajusta à forma de pensar de seu cliente.

Entendo que este trabalho, feito qual um algoritmo, é a essência da profissão e, sobretudo, o diferencial é a personalidade a que me referi antes, que implica em uma empatia com o cliente e com o seu problema.

Este trabalho valoriza e enobrece o advogado e lhe confere a honorabilidade que merece por tão complexo empenho. Além disso agrega valor aos seus honorários.

Tenho convicção de que talvez uma parte de tais operações poderia eventualmente ser facilitada pelos instrumentos disponíveis hoje, mas de que a soma dela nunca vai ser passível de mecanização.

Assim, a máquina nos ajuda, mas ela não tem a necessária empatia para achar a melhor solução para a pessoa do cliente na sua singularidade e na sua idiossincrasia.

Entendo que este elemento final é o que temos de mais valioso. Também entendo que a máquina pode usar todas as informações, mas não consegue inovar, inventar, re-
ver, criar algo novo, experimentar...

Ou seja, o algoritmo ajuda o bom advogado, mas não faz tudo por ser um instrumento e nunca uma solução para o problema.

Vamos aprender isto com o tempo e a experiência, desta forma, criar novas oportunidades de trabalho, valorizando cada vez mais a nossa profissão.

Natureza da Sociedade de Profissão Intelectual

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Em razão da regra contida no art. 966, parágrafo único, última parte, do Código Civil, alguns autores têm defendido que a sociedade, cujo objeto for uma atividade intelectual organizada e produzida em grande volume, deve ser considerada empresária. Com a vênia que merecem os arautos dessa orientação doutrinária, entendo não ser possível tal conclusão.

Antes de tudo, convém incursionar, ainda que de passagem, no alcance dessa ressalva, que diz respeito, exclusivamente, ao empresário, pessoa natural. Aí se vê que sobredita regra codificada teve inspiração no art. 2.238 do Código Civil italiano, que se insere no capítulo que trata do trabalho autônomo, completamente distinto do relativo ao empresário. Ali são tratadas as profissões intelectuais, com “uma série de normas especiais a elas relativas, dispondo, de modo detalhado, sobre a atuação do profissional como pessoa, suas relações com o cliente, as condições de cumprimento do seu múnus, com especial relevância à personalidade do prestador do serviço intelectual (CCi, arts. 2.229 e ss). Como qualquer outro trabalhador autônomo, o intelectual não é, de modo algum, submetido ao regime jurídico do empresário. Exatamente por isso, por não ter o trabalho intelectual nenhuma vinculação com a matéria tratada no capítulo da empresa, dispôs o referido Código que, ‘se o exercício da profissão (intelectual) constituir elemento de uma atividade organizada em forma de empresa,’ serão também aplicáveis as normas a esta relativas (art. 2.338).”¹

O Anteprojeto do atual Código Civil brasileiro que, nessa parte, saiu da pena de Sylvio Marcondes, continha enunciado semelhante ao de sua fonte: “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de atividade organizada em empresa.” Ao ser aprovado pela Câmara dos Deputados, contudo, o texto suprimiu as palavras “atividade organizada em” – o que não ocorreu para mudar o sentido da regra, mas “para alimpá-lo de

1 Do autor, *Direito de Empresa – Comentários aos Arts. 966 a 1.195 do Código Civil*, 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, n. 5, p. 100.

expressões que seriam aparentemente inúteis. De toda maneira, ser elemento de atividade organizada em empresa, ou, simplesmente, elemento de empresa, significa ser parcela dessa atividade e não a atividade em si, isoladamente considerada. Evidencia-se, assim, que a única possibilidade de enquadrar a atividade intelectual no regime jurídico empresarial será considerando-a como parte de um todo mais amplo, apto a se identificar como empresa – ou, mais precisamente, como um dos vários elementos em que se decompõe determinada empresa.”²

O que a norma sob análise está a regular é o trabalho intelectual que adentra na empresa como um de seus componentes. É o caso do *spa* (*sanans per aquam*) que fornece hospedagem e, ao mesmo tempo, um serviço de atendimento à saúde, no qual há um médico atuando na área de sua habilitação profissional. É o caso, também – lembrado por Ascarelli – do farmacêutico que, além de exercer seu ofício aviando receitas, compra e vende medicamentos.³ Tanto a prestação de serviço médico, no primeiro caso, como o exercício da farmácia, no segundo, sujeitam cada qual dos referidos profissionais a uma particular e complexa legislação especial; mas, estando as respectivas profissões integradas a uma outra atividade de natureza empresarial (como o são a hospedagem e a intermediação de remédios), o médico e o farmacêutico que assim as exercem consideram-se submetidos – ou melhor, integrados – ao regime jurídico da empresa.

Por isso, forçoso é concluir, como concluíram os grandes mestres italianos ao longo da longa existência de seu Código Civil, que o parágrafo único do art. 966 do Código Civil brasileiro, à semelhança do seu modelo inspirador, “sujeita os profissionais intelectuais às normas que dizem respeito ao empresário somente se o exercício da profissão constituir elemento de uma atividade organizada sob forma de empresa. Em si considerada, portanto, a atividade dos profissionais intelectuais não é, pelo nosso Código Civil, atividade de empresa.”⁴

Diferentemente do modelo italiano, nosso Código Civil não regulou em capítulo próprio o trabalho intelectual, senão em algumas disposições espalhadas ao longo de seu texto; é o que se vê, por exemplo, no art. 606 e seu parágrafo único, que reservam

2 *Op. loc. cit.*, n. 5, p. 101.

3 Tullio Ascarelli, *Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell'Impresa*. 3ª edição. Milão: Giuffrè, 1962, p. 171.

4 Francesco Galgano, *Diritto Commerciale – Le Società*. Bolonha: Ed. Zanichelli, 1968, n. 1.6, p. 9.

tratamento especial para os serviços que exigem habilitação profissional. O fato é que a atividade intelectual, em regra, particulariza-se pelo seu caráter personalíssimo e pelo fato de ser prestada segundo as condições com que se apresenta no tempo o intelecto (o motor intelectual) de seu prestador. Por isso, na generalidade dos casos, por mais organizada que seja, tal atividade dificilmente comporta produção em cadeia, em volume – ou, para usar uma expressão mais contundente –, do tipo “põe porco, sai linguíça”.

Por “profissão intelectual”, para delimitar o alcance da regra contida no art. 966, parágrafo único, do Código Civil, deve ser entendida, em suma, toda atividade que decorre da capacidade criadora da pessoa humana, na produção de serviços inerentes às profissões regulamentadas e, de modo geral, das obras literárias, artísticas, inventivas e científicas.

O profissional que se enquadre nesse conceito, portanto, ainda que exerça sua atividade de forma organizada, com o concurso de auxiliares ou colaboradores, não será empresário e, conseqüentemente, não estará sujeito ao respectivo regime jurídico.

Indo agora ao tema que dá título a esta resenha que extraio de meus escritos, devo dizer que, em matéria societária não é preciso enveredar nessa demonstração de que elemento de empresa não é a própria empresa.

Em se tratando de sociedade, o dado distintivo entre sociedade simples e empresária, segundo o critério do Código Civil, é o do objeto indicado no seu ato constitutivo e não a estrutura ou o modo de como ela irá exercê-lo (art. 982). Sendo seu objeto uma atividade intelectual, por conseguinte, a sociedade sempre será do tipo simples, pouco importando a estrutura que seja por ela criada para realizá-lo, e ainda que adote um dos modelos de sociedade empresária (CC, art. 983), que não seja por ações (art. 982, parágrafo único). E, sendo simples, estará sujeita ao regime que lhe é próprio, não se lhe aplicando as disposições próprias e exclusivas do regime jurídico das sociedades empresárias.

Não cabe, portanto, qualquer questionamento para além dessa determinação, até porque seria uma absuridade admitir que a sociedade mudasse de tipo no curso de sua existência. De fato, no momento de sua constituição o intérprete defronta-se com uma situação estanque, que não permite o vaticínio de como se apresentará essa sociedade no futuro; dito de outro modo, se o objeto social é a atividade intelectual, o fato de tal atividade se expandir, estruturar-se à semelhança de uma empresa, não obriga a sociedade a mudar seu regime jurídico, a ponto de ter de cancelar sua inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas para criar outra no Registro Público de Empresas Mercantis.

Aliás, a regra legal não está a exigir a perquirição de um marco legal destinado a definir em qual momento histórico tal sociedade deveria sujeitar-se ao regime jurídico das empresas. O tipo da sociedade é determinado no momento de sua constituição e, obviamente, não muda nem pode mudar ao longo de sua existência.

Se fosse para transpor esse tema para as sociedades de advogados, não seria mais preciso adentrar nessa polêmica, visto que, afora possuir objeto voltado para uma atividade intelectual, o próprio Estatuto da Advocacia e da OAB, que a considerava “sociedade civil” à luz do Código Civil de 1916, teve sua redação original alterada pela Lei 13.247/2016 para atualmente determinar que ela seja do tipo “sociedade simples” (Lei 8.906/1994, art. 15); também a antiga disposição que vedava tal sociedade revestir-se de características mercantis foi modificada para proibir que ela seja registrada ou funcione se adotar qualquer dos tipos de “sociedade empresária” (mesma lei, art. 16).

COMITÊS

Marketing Jurídico e sua Regulamentação pela OAB

1ª Parte – Base Legal: Estatuto da Advocacia – Código de Ética e Disciplina – Provimento 205/21. Princípios que norteiam a Publicidade Profissional da Advocacia: Discrição – Moderação – Sobriedade – Meramente informativo – Captação Indevida de Clientes – Não Mercantilização.

Stanley Martins Frasão

Os Advogados e espécies de Sociedades de Advogados devem respeito à legislação da OAB que disciplina a Publicidade na Advocacia, Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB) e seu Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina (2015) e o Provimento 205/2021.

O artigo 39 do CED é o comando que ordena como se procede na Advocacia a publicidade e impede a propaganda, conforme ensinamento do professor Medida.

Há no Código de Ética e Disciplina dois dispositivos que se alinham e estão subordinados à norma federal (Lei 8.906):

Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Art. 7º É vedado o oferecimento de serviços profissionais que implique, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela.

Com base na citada legislação, é natural trabalhar os modelos ideais de marketing buscando êxito nos resultados, porque a importância do marketing jurídico para os Advogados e espécies de Sociedades de Advogados é ponto pacífico. Mais que uma questão de sobrevivência no mercado jurídico é a comprovação da famosa fórmula “quem não é visto não é lembrado”.

O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos do Código de Ética e Disciplina, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos do Conselho

Federal e com os princípios da moral individual, social e profissional (Art. 1º CED).

As espécies de sociedades de advogados devem obedecer ao Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (§ 2º, artigo 15 da Lei 8.906/1994 e art. 76 CED).

O Capítulo VIII do CED trata “Da Publicidade Profissional”, que conforme o professor Paulo Roberto de Gouvêa Medina, em seu livro Comentários ao Código de Ética e Disciplinada OAB, p. 107, Forense, 2016, esclarece:

“A epígrafe do presente capítulo, por si só, delinea o sentido das suas disposições. É de publicidade que se trata – e não de propaganda.

O termo *publicidade* tem sentido mais restrito que o vocábulo *propaganda*. Quando se fala em publicidade, cogita-se, apenas, de tornar público ou divulgar algo que se deseja fazer conhecido e aceito pelo público. Já a propaganda envolve uma ação de pagar ou promover a propagação, por meio de anúncio ou mensagem, em forma de texto, música, filme ou outro meio análogo, para divulgar a qualidade de produto, serviço, atividade etc.

126

Em monografia especializada, Jerry Kirkpatrick salienta que *O objetivo da propaganda é vender produtos*, para, depois, observar, citando Ludwing von Mises, que *A propaganda de negócios deve ser atrevida e espalhafatosa*.

Nada de semelhante deve ocorrer com a divulgação dos serviços de advocacia.”

A Lei 8.906, Estatuto da Advocacia e da OAB, declara o que advogado é indispensável à administração da justiça e que no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º), devendo ser lembrado o festejado e citado por todos os advogados o artigo 133 da Constituição Federal.

Assim, a publicidade para os advogados e espécies de sociedades de advogados guarda relação direta com o comando do art. 37, § 1º da Constituição Federal:

Art. 37. § 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

E é no artigo 39 do Código de Ética e Disciplina da OAB que encontramos a diretriz:

“Art. 39. A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.”

E o primar pela discrição e sobriedade, “significa dizer que não pode adquirir o tom peculiar à propaganda de produtos” (MEDINA).

Muitos insistem em mercantilizar a profissão, inclusive fazendo inclusões de conteúdos persuasivos em sites, cartões de visita, dentre outros, o que configura infração ética.

Há ferramenta nas redes sociais que podem ser usadas, mas devem ter apenas caráter informativo, conforme o artigo 39 do CED, com a observância do binômio: não configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.

Os artigos 40 e 41 do CED indicam os meios proibidos de publicidade.

Não há investimento substancial no universo dos Advogados e das espécies de Sociedades de Advogados, quer seja pela falta de cultura, pelo custo/benefício ou pela regulamentação do tema pela OAB, que mantém o princípio básico da não mercantilização da advocacia, e também sintoniza todos, independentemente do poder econômico, na mesma prateleira.

Outro dispositivo que deve ser citado é a vedação imposta pelo CED prescrita no art. 42:

“Art. 42: É vedado ao advogado: (...); IV – divulgar ou deixar que seja divulgada a lista de clientes e demandas;”.

O Código de Ética e Disciplina (art. 43) também é claro sobre a participação de advogados em programas de televisão ou de rádio, de entrevista na imprensa, de reportagem televisionada ou veiculada por qualquer outro meio, para manifestação profissional. A vedação (art. 43) “por qualquer outro meio” é ampla o bastante para incluir as mídias e redes sociais.

O Código de Ética e Disciplina sobre a publicidade profissional ainda traz:

“Art. 44. Na publicidade profissional que promover ou nos cartões e

material de escritório de que se utilizar, o advogado fará constar seu nome ou o da sociedade de advogados, o número ou os números de inscrição na OAB.”

“§ 1º Poderão ser referidos apenas os títulos acadêmicos do advogado e as distinções honoríficas relacionadas à vida profissional, bem como as instituições jurídicas de que faça parte, e as especialidades a que se dedicar, o endereço, e-mail, site, página eletrônica, QR code, logotipo e a fotografia do escritório, o horário de atendimento e os idiomas em que o cliente poderá ser atendido.”

“§ 2º É vedada a inclusão de fotografias pessoais ou de terceiros nos cartões de visitas do advogado, bem como menção a qualquer emprego, cargo ou função ocupada, atual ou pretérito, em qualquer órgão ou instituição, salvo o de professor universitário.”

O Código de Ética e Disciplina, em seus artigos 45 e 46, indica, de forma cristalina, os meios admissíveis de publicidade, inclusive no que se refere à Internet ou outros meios eletrônicos.

128

É preciso que os advogados, administradores, sócios e titulares das espécies de sociedades de advogados tenham a consciência de que o descumprimento das regras estabelecidas não gerará novos clientes; ao contrário, emergirão processos disciplinares. Como dito pela professora Juliana Pacheco, em seu livro Marketing Estratégico Para Advogados, Ed. Juruá, 2019, p. 29, “FOCO NO QUE É PERMITIDO!!!”

O ex-Presidente da OABMG, hoje Conselheiro Federal, Antônio Fabrício de Matos Gonçalves, sobre o assunto assim se pronunciou:

“... o respeito ao Código é essencial para alcançarmos o respeito de nossos pares e da sociedade.”

É bom registrar que o uso de expressão fantasia, em substituição à razão social, pelas espécies de sociedades de advogados é vedado, conforme prescrição do artigo 16 da Lei 8.906/1994, artigo 2º, § 1º do Provimento 112/2006 e artigo 2º, I, do Provimento 170/112, constituindo infração disciplinar (art. 34, II, Lei 8.906/1994).

Após o Conselho Federal da OAB abrir consulta pública sobre a publicidade na advocacia, a partir de 1º de setembro de 2019, os advogados puderam opinar sobre os

novos limites para a publicidade na advocacia e sugerir alterações visando atualizar o Provimento 94/2000, que tratava sobre o tema. Em 11 de outubro de 2019, perante a Seccional da OAB de Santa Catarina ocorreu a primeira Audiência Pública em busca dos novos limites da publicidade na advocacia, com a participação do secretário-geral adjunto da OAB Nacional, Conselheiro Federal Ary Raghiant Neto, que foi o responsável por coordenar o trabalho que atualizou o Provimento 94/2000, que trata sobre o tema da publicidade. O trabalho foi hercúleo, composto por 14 audiências públicas presenciais e 68 telepresenciais, nas Seccionais da OAB.

Vale transcrever as palavras do Conselheiro Federal e Coordenador Ary Raghiant Neto, ao apresentar o texto da proposta de um novo Provimento da Publicidade na Advocacia ao Conselho Federal da OAB:

O que se espera com a aprovação desse texto – que certamente será aprimorado pelo Pleno do CFOAB – é reduzir o grau de incertezas e dúvidas que a redação do Provimento n. 94/2000, com conceitos indeterminados, proporciona à grande maioria dos advogados e advogadas, especialmente da Jovem Advocacia, bem como permitir a utilização de ferramentas tecnológicas para que o profissional possa alcançar seu público-alvo.

129

A proposta traz conceitos objetivos, condutas vedadas, a possibilidade de pagamento de anúncios, e, ainda, cria o Comitê Regulador do Marketing Jurídico, com a finalidade de atualizar os critérios sobre a propaganda, publicidade e informação na advocacia, para evitar justamente que as transformações tecnológicas tornem o novo texto rapidamente algo obsoleto, como ocorreu com o Provimento n. 94/2000.

A Conselheira Federal Sandra Krieger Gonçalves (SC) foi a Relatora da proposta de um novo Provimento da Publicidade na Advocacia, nascendo o novo Provimento da Publicidade na Advocacia.

Precisamos ficar atentos, a nossa tradição está baseada no modelo francês de publicidade, de caráter meramente informativo (art. 39/CED), pautado pela discricção.

Alerta-se sobre o contido na Lei Federal 8.906/1994, prescrevendo em seu artigo 34, inciso IV, que constitui infração disciplinar angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros.

O especialista em Marketing Jurídico, Alexandre Mota, professa que há mais de 50

possibilidades de ações de marketing que podem ser desenvolvidas pelos escritórios, de acordo com o Código de Ética Profissional, visando institucionalizar a marca do escritório, prospectar e atrair clientes.

A ADVOCACIA, que é única, deve ser nivelada por cima e para isso a Fiscalização deve ser profissionalizada, evitando-se o corporativismo e assegurando aos advogados e espécies de sociedades de advogados a segurança necessária, com os mesmos direitos e obrigações. E para tanto, o Provimento 205/2021, art. 10, trouxe os poderes coercitivos às Comissões de Fiscalização das Seccionais da OAB.

Trata-se de imperiosa necessidade, diante das violações constantes à legislação que rege os Advogados e as espécies de Sociedades de Advogados, razão pela qual a criação de um “Comitê Regulador do Marketing Jurídico” no Provimento 205/2021, art. 9º, de caráter consultivo, vinculado à Diretoria do Conselho Federal, poderá contribuir para o aprimoramento do instituto, na crença de que assim, teremos uma trilha única de respeito à nossa legislação.

2ª Parte: Conceitos e definições – Marketing Jurídico – Publicidade e Propaganda – Conteúdo Jurídico – Publicidade Ativa e Passiva – Ostentação – Captação de Clientela – Comitê Regulador do Marketing Jurídico e Comissões de Fiscalização.

Daniel Farias

O Provimento nº 205/2021 e as novas regras da publicidade profissional da advocacia.

Em dois anos, o Conselho Federal da OAB ouviu milhares de advogados, para tratar da publicidade na profissão. Além de um formulário de pesquisa, que contou com a participação de milhares de respostas, a OAB nomeou um Grupo de Trabalho que realizou 14 (quatorze) audiências públicas, e outras 68 (sessenta e oito) no formato telepresencial em todo Brasil.

Segundo o Secretário Geral Adjunto da OAB e Coordenador Nacional do Grupo de Trabalho da Publicidade, Dr. Ary Raghiant, mais de 100 (cem) mil advogados foram consultados nas Seccionais das cinco regiões do país.

Aprovado em julho desse ano e já em vigor, o Provimento reiterou princípios já estabelecidos no Estatuto da OAB e Código de Ética e Disciplina, mantendo a máxima de que a publicidade profissional deve ser informativa, pautar-se de forma sóbria e discreta, e não incutir a mercantilização, a captação indevida de clientela ou emprego excessivo de recursos financeiros, além de censurar a ostentação.

Em linhas gerais, um Provimento com treze artigos e um anexo único, temos: um rol taxativo de condutas vedadas; maior flexibilidade nas regras de publicidade em redes sociais, como patrocínio e impulsionamento de postagens; patrocínio de anúncios; um artigo inteiro dedicado a conceitos inovadores, como no caso da publicidade ativa e passiva e marketing de conteúdo jurídico; até a criação de um Comitê Regulador de Marketing Jurídico.

Ampliou a responsabilização pela publicidade irregular na pessoa dos sócios administradores da sociedade de advocacia, conjuntamente com a participação de pessoas físicas identificadas e outros inscritos na OAB que para ela tenham concorrido.

Abordou temas do mercado jurídico atual, como o exercício da advocacia em ambientes compartilhados (coworking), uso de chatbots, Google Ads, lives em redes sociais, uso de canais no Youtube e outras ferramentas tecnológicas que compõem o Anexo Único que é parte integrante do Provimento.

O Provimento inovou em conceitos do marketing jurídico e representa legitimamente, a vontade da maioria da advocacia brasileira, já que é fruto de longo debate com a classe, entidades associativas e especialistas, com diferentes visões de uma advocacia continental.

A OAB demonstrou ainda, que quer combater eventual abuso do poder econômico no tocante a publicidade, censurando o emprego excessivo de recursos financeiros, e patrocínios ou pagamentos de quaisquer despesas para viabilizar aparição em rankings, prêmios ou honrarias em eventos ou publicações que visem destacar ou eleger profissionais como detentores de destaque.

Como nosso objetivo principal será focar nos novos conceitos trazidos no Provimento, bem como a criação do Comitê Regulador de Marketing, iremos aprofundar um pouco esses pontos nas linhas seguintes.

Conceitos contidos no art. 2º do Provimento nº 205/2021.

Essa, foi, talvez, a parte que mais trouxe inovações de conteúdo, do que já tínhamos no Estatuto da OAB e no Código de Ética e Disciplina. Pela primeira vez na história da Instituição, a OAB aceita trazer como texto normativo o marketing jurídico.

A intenção do Conselho Federal da OAB, na verdade, foi reduzir o grau de incertezas e dúvidas contidos no extinto Provimento nº 94/2000, trazendo conceitos mais objetivos, entre eles: marketing jurídico; marketing de conteúdo jurídico; publicidade, publicidade profissional, publicidade ativa e passiva; captação indevida de clientela.

E, principalmente, tentar enfrentar a discrepância de entendimentos em torno da publicidade profissional existente entre os Tribunais de Ética e Disciplina de todo país. Incomodava, como sistema OAB, cobrar segurança jurídica do Judiciário, e não ter dentro da própria casa, quando o tema era publicidade.

Escritórios com atuação em mais de um Estado, tinham que se valer de estratégias de marketing distintas, por exemplo, o patrocínio de postagem em redes sociais que não era permitido em Pernambuco, era permitido em São Paulo e assim seguíamos com um provimento ultrapassado com mais de vinte anos de existência.

Em que pese reconhecer o potencial avanço com esses novos conceitos normativos, poderíamos ter avançado mais se a OAB não tivesse deixado de fora outros conceitos, como e de “propaganda jurídica”, “oferta de serviços” e “mercantilização”, conceitos estes, sugeridos tanto pelo grupo de trabalho da OAB Nacional quanto do CESA, mas que

foram excluídos do texto original pelo CFOAB.

Aliás, acredito que continuaremos com problemas de interpretação perante os TED's, diante de expressões ainda não claras e bastante subjetivas contidas no Provimento, como é o caso da “ostentação”, a “de maneira indiscriminada”, ou “eventos de interesse jurídico”, que ainda passarão por sedimentação jurisprudencial conforme caso concreto.

Objetivamente, temos em vigor no Provimento oito conceitos:

Marketing jurídico: Especialização do marketing destinada aos profissionais da área jurídica, consistente na utilização de estratégias planejadas para alcançar objetivos do exercício da advocacia;

Marketing de conteúdos jurídicos: estratégia de marketing que se utiliza da criação e da divulgação de conteúdos jurídicos, disponibilizados por meio de ferramentas de comunicação, voltada para informar o público e para a consolidação profissional do(a) advogado(a) ou escritório de advocacia;

Publicidade: meio pelo qual se tornam públicas as informações a respeito de pessoas, ideias, serviços ou produtos, utilizando os meios de comunicação disponíveis, desde que não vedados pelo Código de Ética e Disciplina da Advocacia;

Publicidade profissional: meio utilizado para tornar pública as informações atinentes ao exercício profissional, bem como os dados do perfil da pessoa física ou jurídica inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, utilizando os meios de comunicação disponíveis, desde que não vedados pelo Código de Ética e Disciplina da Advocacia;

Publicidade de conteúdos jurídicos: divulgação destinada a levar ao conhecimento do público conteúdos jurídicos;

Publicidade ativa: divulgação capaz de atingir número indeterminado de pessoas, mesmo que elas não tenham buscado informações acerca do anunciante ou dos temas anunciados;

Publicidade passiva: divulgação capaz de atingir somente público certo que tenha buscado informações acerca do anunciante ou dos temas anunciados, bem como por aqueles que concordem previamente com o recebimento do anúncio;

Captação de clientela: para fins deste provimento, é a utilização de mecanismos de marketing que, de forma ativa, independentemente do resultado obtido, se destinam a angariar clientes pela indução à contratação dos serviços ou estímulo do litígio, sem prejuízo do estabelecido no Código de Ética e Disciplina e regramentos próprios.

Merece aprofundamento as definições de publicidade ativa e passiva pela ausência de precedentes na literatura especializada em marketing.

A intenção da OAB foi separar a divulgação que é feita pelo advogado ou escritório para um público que buscou aquela informação previamente de alguma forma (publicidade passiva), daquela que tem a capacidade de atingir um público indeterminado, e que não procurou aquele conteúdo (publicidade ativa).

Um site institucional, conteúdos postados em redes sociais para seguidores, anuários, periódicos voltados ao mercado jurídico, são exemplos de uma publicidade passiva.

Já anúncios em jornais, impulsionamento ou patrocínio de conteúdos em redes sociais que atinjam não seguidores, ou banners patrocinados no Google Ads com veiculação em outros sites ou aplicativos parceiros são exemplos de publicidade ativa.

Essa distinção entre passiva e ativa é muito importante, pois definirá qual forma e meio de comunicação de conteúdo o advogado ou escritório poderá fazer sua publicidade.

De acordo com o Provimento, a publicidade ativa (ou passiva) só poderá ser usada no marketing de conteúdo jurídico (art. 4º), desde que seja divulgada apenas a identificação profissional (e-mail, whatsapp, site, contatos e meios de comunicação da advocacia) com qualificação e títulos verdadeiros, e que não esteja incutido no conteúdo, a mercantilização e captação de clientela.

Outro exemplo claro de publicidade ativa contido no Provimento, está no § 4º do mesmo artigo, que é a venda de bens e eventos (livros, cursos, seminários ou congressos), cujo público-alvo sejam advogados, estagiários ou estudantes de direito.

Apesar de parecer uma distinção simples e de fácil compreensão, se considerarmos a velocidade com que as transformações digitais interferem nos meios de comunicação da publicidade, o fato é que sua aplicação prática na linha do tempo será bastante mutável e de difícil controle.

Provavelmente, o que hoje vemos com uma publicidade ativa, amanhã poderá ser considerada passiva. As redes sociais, por exemplo, já dispõem de algoritmos que escolhem anúncios conforme o perfil de curtidas e acessos dos usuários, ou seja, o inverso

também é possível, quando o mesmo usuário, decide não querer mais visualizar determinados conteúdos.

Para mim, mais importante do que destacar o alcance ou meio escolhido da publicidade ativa ou passiva, é analisar o seu conteúdo.

Se a publicidade não trazer informação relativa às dimensões, qualidades ou estrutura física do escritório, menção à promessa de resultados ou a utilização de casos concretos para oferta de atuação profissional, não estiver incutida a mercantilização e captação indevida de cliente, pouco importa o seu alcance de público ou meio de comunicação escolhido.

Resta observar, daqui para frente, como a OAB irá sedimentar através dos Tribunais de Ética do país o que entende como “ostentação de bens relativos ao exercício ou não da profissão, como uso de veículos, como uso de veículos, viagens, hospedagens e bens de consumo”.

Afinal, o que pode parecer ostentação para mim, não necessariamente, deva ser para outro colega, conforme seus hábitos de viagens ou de aquisição de bens em sua vida privada, ou mesmo profissional.

Esse sim, talvez, seja o ponto mais polêmico do Provimento, e, que, na minha singela opinião, poderia ter ficado de fora, já que traz mais problemas do que soluções na sua aplicabilidade prática.

Aliás, manter conduta incompatível com a advocacia, continua sendo infração disciplinar no art. 34, XXV, do Estatuto da OAB. A aplicação desse artigo, ou mesmo do art. 7º do mesmo Provimento, em eventual caso esdrúxulo de ostentação envolvendo advogado ou escritório, já seria suficiente para resolver a questão.

Comitê Regulador do Marketing Jurídico como órgão consultivo e de apoio aos Tribunais de Ética e Disciplina.

Além dos conceitos inovadores tratados no capítulo anterior, também podemos comemorar outra grande novidade do Provimento, que foi a criação do Comitê Regulador de Marketing.

A proposta original do Grupo de Trabalho da OAB Nacional, era de criar um órgão regulamentador capaz de atualizar o texto do Provimento periodicamente, em especial, seu Anexo Único, fazendo com que ele não se tornasse obsoleto em pouco tempo, diante da velocidade de transformações dos meios digitais.

Contudo, tal intenção se esbarrou na questão legal e sistêmica da OAB, já que toda alteração de Provimento, exige análise e prévia aprovação do CFOAB, tendo a Relatora, Dra. Sandra Krieger, recuado e acatado a sugestão de alteração de seus pares, de converter o Comitê em órgão consultivo e propositivo, no tocante a possíveis supressões ou alterações futuras que o Provimento terá pela frente.

O Comitê está vinculado à Diretoria do Conselho Federal, que é responsável por nomear seus membros com mandato concomitante ao da gestão, e será composto por um conselheiro federal representante de cada Região do País, um representante indicado pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais de Ética e Disciplina, um representante indicado pela Coordenação Nacional de Fiscalização da Atividade Profissional da Advocacia e do Colégio de Presidentes da Jovem Advocacia.

Ficou de fora também, a proposta feita no texto original do Grupo de Trabalho, de indicação de membro especialista em marketing jurídico na composição do Comitê, o que considero, particularmente, um erro por parte do CFOAB, mas que, na prática, nada impede que a OAB possa continuar se valendo deles como consultores.

Em geral, o Comitê tem a missão de se reunir periodicamente, para acompanhar a evolução dos critérios específicos sobre marketing, publicidade e informação na advocacia constantes do Anexo Único, e assim propor alterações ou inclusões de novos critérios para o Provimento.

De igual modo, tem um papel de extrema importância perante os Tribunais de Ética e Disciplina de todo país, que é buscar a preservação de maior segurança jurídica no tocante a publicidade, propondo pacificação e unificação de temas, e até sugestões de interpretação, figurando como verdadeiro órgão auxiliar e consultivo dos TED's nos julgamentos dos processos ético disciplinares.

Além do Comitê Regulador de Marketing Jurídico, o Provimento também concedeu às Seccionais, poderes coercitivos no âmbito das respectivas Comissões de Fiscalização, para expedição de notificações, dando-se assim, maior efetividade no combate a publicidade irregular, conforme previsto no artigo 10 do Provimento.

Ou seja, as Comissões Estaduais de Fiscalização, poderão atuar de forma conjunta ou isoladamente, com a Coordenação Nacional de Fiscalização, podendo adotar medidas de urgência, para cessar eventual publicidade irregular, estimulando-se ainda, a criação de Comissões com a temática específica de fiscalização da publicidade profissional.

Enfim, há de se reconhecer o esforço coletivo da Classe e empenho da OAB em torno do tema publicidade, o que gerou avanços e maior equilíbrio no mercado da advo-

cacia, além da preservação dos limites éticos inerentes à sobriedade da profissão.

Cabe agora, a OAB e a toda advocacia, promover meios eficazes de fiscalização e de cooperação mútua no combate a publicidade irregular, sob pena de pouco avançarmos com a nova regulamentação.

Seja como for, a melhor publicidade na relação do advogado com seu cliente, ainda continua sendo a de fazê-lo feliz. Pergunte-se a si mesmo: seu cliente lhe indicaria como advogado? Eis o ponto!

3ª Parte – Uso da Internet – Meios digitais – Ferramentas Tecnológicas – Redes Sociais

Gilberto Giusti

Tratando dos meios eletrônicos, o Artigo 40, I, do Código de Ética e Disciplina proíbe expressamente a veiculação de publicidade profissional do advogado por meio de rádio, cinema e televisão. O Provimento 205/2021, como não poderia deixar de ser, não alterou essa regra.

Já a publicidade veiculada pela internet ou por outros meios eletrônicos é expressamente prevista no Artigo 46 do Código de Ética e Disciplina. Nesse ponto, o Provimento 205/2021 traz importantes diretrizes para a utilização dos meios tecnológicos de informação e comunicação, de modo a que operem em favor, e não contrariamente, aos princípios da informação, discricção e sobriedade, bem como do repúdio à captação de clientela ou mercantilização da profissão.

A gama de possibilidades tecnológicas é imensa e em constante evolução. Diante dessa dinâmica, o Provimento 205/2021 andou bem ao seguir um enfoque que prestigia o *que* e *como* deve ser feito, e não tanto o que não deve ser feito. E o fez por meio de um Anexo ao Provimento, conferindo, assim, maior flexibilidade para periódicas revisões e atualizações.

O Anexo que acompanha o Provimento 205/2021 contém 14 itens e respectivos critérios, dos quais nada mais, nada menos que **oito** envolvem alguma ferramenta tecnológica. São eles:

- **Aplicativos para responder consultas jurídicas** – proíbe-se a utilização de aplicativos de forma indiscriminada para responder automaticamente consultas jurídicas, mas mantém-se a possibilidade de sua utilização a clientes;
- **Aquisição de palavra-chave a exemplo do *Google Ads*** – permitida, dentro dos ditames érticos. Muito embora se tenha feito menção expressa a uma das plataformas existentes, pressupõe-se que o mesmo se aplica a outras, como o Yahoo e Bing, por exemplo;
- ***Chatbots*** – são “robôs de conversa” e sua utilização é permitida para contatos iniciais, mantidas sempre a pessoalidade da prestação do serviço jurídico, a imagem, o poder decisório e as responsabilidades do profissional;

- **Ferramentas tecnológicas** – permitida a utilização como auxílio para conferir maior eficiência ao trabalho do advogado, tais como ferramentas de busca avançada, seleção de documentos e pesquisa jurisprudencial;
- **Grupos “whatsapp”** – é permitida a participação de advogados em grupos em que haja relações pessoais ou profissionais. Muito embora se tenha feito menção expressa a um dos aplicativos existentes, pressupõe-se que o mesmo se aplica a outros, como o Telegram, por exemplo;
- **Lives nas redes sociais e Youtube** – permitida a realização de *lives*, respeitados os ditames éticos. Aqui também, curiosamente, fez-se menção específica a uma plataforma, mas se supõe que o mesmo se aplique a outras, como o Vimeo, por exemplo;
- **Patrocínio e impulsionamento nas redes sociais** – são permitidos, desde que não se trate de publicidade contendo oferta de serviços jurídicos. Imagina-se que o regulador, aqui, tenha em mente qualquer outra atividade do advogado ou do escritório como, por exemplo, a realização de uma campanha de cunho social ou uma homenagem a alguém ou a uma entidade, mas é algo ainda a ser testado; e
- **Redes sociais** – simplesmente esclarece que é permitida a presença do profissional nas redes sociais, desde que respeitados os ditames éticos. Em especial, é necessário muito cuidado para que as imagens e o linguajar não fujam do padrão de discrição e sobriedade.

139

Como se vê, o Provimento 205/2021 tem a preocupação maior de esclarecer e orientar, à luz do fundamento constitucional e do regramento infraconstitucional do exercício da advocacia, que não permitem qualquer iniciativa ou comportamento que denote mercantilização da profissão. Por outro lado, não há como negar a necessidade de se garantir aos profissionais em início de carreira ou aqueles com menor poder aquisitivo a possibilidade de apresentar à comunidade, em caráter meramente informativo, o seu trabalho. E, nesse sentido, os meios eletrônicos são bem eficientes.

O objetivo, portanto, é alcançar o equilíbrio entre esses pontos e o recente Provimento 205/2021 se propõe a fazê-lo de forma objetiva, deixando claro que as iniciativas de advogados ou sociedades de advogados nas mídias eletrônicas não são proibidas em si, desde que sejam respeitados os requisitos do Código de Ética e Disciplina do CFOAB e do próprio Provimento. É fundamental que todos aqueles que venham a desenvolver

essas atividades tenham conhecimento profundo desse novo regramento, de modo a não se exporem, e a seus clientes, a processo fiscalizatório ético e eventual sanção.

(O CADEP agradece a participação e colaboração dos seus membros na elaboração deste artigo, numa demonstração de Trabalho em Equipe, característica do Comitê.)

O questionamento do resultado da arbitragem no Judiciário

*Carlo Verona
Eliana Baraldi
Gisela Mation*

1. Introdução

Considerando a importância da atuação do Judiciário na Arbitragem, principalmente no que diz respeito às ações anulatórias, este trabalho irá informar e tecer comentários iniciais a respeito da iniciativa do Comitê de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (“CESA”) em realizar uma pesquisa, a ser conduzida entre o final de 2021 e o início de 2022, entre as mais de 1000 sociedades de advogados associadas ao CESA. Essa pesquisa será de extrema utilidade para mapeamento não somente dos ajuizamentos das ações anulatórias em comparação com a quantidade de procedimentos arbitrais existentes, mas também dos principais fundamentos utilizados nessas ações.

141

2. Importância da cooperação com o Judiciário para a arbitragem

A interação entre o Poder Judiciário e a arbitragem, especificamente no que tange as ações anulatórias, tem sido objeto de intenso debate nos últimos tempos. Conforme delineado abaixo, o questionamento do resultado da arbitragem no Poder Judiciário integra a pauta de assuntos prioritários tratados pelo Comitê de Arbitragem do CESA, que pretende participar e contribuir para as discussões, inclusive reunindo informações a respeito da experiência de suas associadas que ajudam a contextualizar e compreender a real situação das ações anulatórias no Brasil.

Passadas duas décadas desde a confirmação da constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) pelo Supremo Tribunal Federal¹, a arbitragem consolidou-se

1 STF, Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 12.12.2001, DJ 30.04.2002.

no país como método de resolução de disputas largamente adotado por contratantes privados e públicos. De mais a mais, vê-se, em certas indústrias e setores, até mesmo a preferência pela arbitragem em detrimento do Judiciário estatal.

O sucesso da arbitragem no Brasil advém da atuação dos integrantes da comunidade arbitral (advogados, árbitros, instituições arbitrais), mas também do legislador e do Judiciário brasileiro². Especificamente em relação a esse último, é de se ressaltar a consolidação da jurisprudência pró-arbitragem³ e a atuação dos órgãos judiciais de forma coordenada e colaborativa com a arbitragem.

Como se sabe, a arbitragem é método privado de resolução de disputas, no qual a controvérsia é decidida por árbitros – que recebem poderes de decisão por meio da convenção das partes litigantes – e não perante um juiz estatal. Ainda que a arbitragem tenha caráter eminentemente privado, o Poder Judiciário exerce importante função de apoio e supervisão do instituto da arbitragem, nos termos especificamente delimitados pela lei e pela jurisprudência de nossas cortes. A arbitragem não se trata de um mecanismo de repulsão, para fugir do juízo estatal, mas sim um mecanismo complementar que coopera e dialoga com o Judiciário⁴.

Assim, o Judiciário pode ter atuação relevante, seja antes, durante ou após o procedimento arbitral. Por exemplo, antes da arbitragem, cabe ao Judiciário instituir a arbitragem quando a convenção arbitral não dispuser de elementos suficientes para que o

142

2 NUNES, Thiago Marinho. 25 anos da Lei de Arbitragem: O exemplo do sucesso brasileiro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/352239/25-anos-da-lei-de-arbitragem-o-exemplo-do-sucesso-brasileiro> (último acesso em 18.10.2021).

3 Pesquisas realizadas pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (“CBAr”) em conjunto com a Associação Brasileira dos Estudantes de Arbitragem (“ABEARb”) para investigar a relação entre a arbitragem e o Poder Judiciário no Brasil, com o objetivo de compreender como os juízes brasileiros aplicam os dispositivos da Lei de Arbitragem. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-abearb-2016/> (último acesso em 18.10.2021).

4 “A arbitragem no Brasil foi durante muito tempo o mecanismo de repulsão do juízo estatal. As partes escolhiam a forma alternativa de resolução de disputas para fugir do Poder Judiciário. Hoje, este capítulo tenta mostrar que, não obstante alguns conflitos, que são exceções, o magistrado já não é repelente, mas convergente” (LEVY, Daniel. As interações entre Poder Judiciário e arbitragem. In: Curso de Arbitragem. Coordenação: Daniel Levy e Guilherme Setoguti Pereira. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 342).

requerente possa iniciar o procedimento (art. 7, Lei de Arbitragem), analisar a concessão de medidas urgentes antes da instituição da arbitragem (art. 22-A, Lei de Arbitragem). Após a instituição do Tribunal Arbitral e durante o andamento da arbitragem, cabe ao Judiciário dar cumprimento ao ato solicitado pelo árbitro para qual o poder coercitivo estatal seja necessário (art. 22-C, Lei de Arbitragem). Por fim, após a prolação da sentença arbitral pelo Tribunal Arbitral, o Judiciário pode atuar no cumprimento da decisão arbitral, a qual configura título executivo judicial (art. 515, VII, Código de Processo Civil), e ainda no reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras (art. 105, inciso I, alínea “i”, Constituição Federal art. 35, Lei de Arbitragem e art. 960 e seguintes, Código de Processo Civil). Compete também ao Judiciário analisar eventuais pedidos de anulação da sentença arbitral, nos termos do art. 33, Lei de Arbitragem, o que será objeto de melhor análise no capítulo seguinte.

Diante do exposto, deve haver uma convivência harmônica entre a arbitragem e o Poder Judiciário, uma vez que não obstante a arbitragem ser a arbitragem um método alternativo à justiça estatal, sem a atuação do Poder Judiciário nos momentos em que o Tribunal Arbitral não pode atuar, a arbitragem não conseguiria atingir os resultados pacificadores a que se destina, o que a inviabilizaria como mecanismo de resolução de conflitos.

143

3. Considerações a respeito da ação anulatória

Como comentado acima, uma das atuações do Judiciário na arbitragem se dá com a ação anulatória. Em outras palavras, há possibilidade de se ajuizar uma ação visando a desconstituição da sentença arbitral é, sem dúvidas, elemento essencial do funcionamento da arbitragem, sendo natural que o legislador tenha previsto certas hipóteses nas quais é cabível acionar o Judiciário para sanar determinados vícios que levam à nulidade da sentença arbitral.

Nesse sentido, o art. 32, Lei de Arbitragem, estabelece, com clareza, as hipóteses nas quais a sentença arbitral será considerada nula. Será esse o caso quando (i) for nula a convenção de arbitragem; (ii) a sentença tiver emanado de quem não podia ser árbitro; (iii) não estiverem contidos os requisitos obrigatórios da sentença – relatório, fundamentação, dispositivo, data e local em que proferida –, conforme art. 26, Lei de Arbitragem; (iv) a sentença tiver sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (v) for comprovada prevaricação, concussão ou corrupção passiva; (vi) houver descum-

primento do prazo previsto para prolação da sentença; e (vii) forem desrespeitados os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento, previstos no art. 21, §2º, Lei de Arbitragem. Vale lembrar que o ônus da prova na ação anulatória é do autor, haja vista o art. 373, inciso I, CPC, sob pena do pedido ser julgado improcedente nos termos do 487, inciso I, CPC.

Pode-se dizer, assim, que as circunstâncias que acarretam a nulidade da sentença arbitral são restritas, sendo reservadas àqueles casos em que a ilegalidade é patente e deve ser invariavelmente reprimida pelo Judiciário. Na realidade, muito embora o Judiciário exerça, como visto, outras funções relacionadas à arbitragem, é na ação anulatória que sua atuação ganha contornos ainda mais relevantes. Em outras palavras, é por meio da ação anulatória que o Estado pode exercer a principal forma de controle do procedimento arbitral, a fim de garantir o atendimento às regras mínimas do instituto e, principalmente, o respeito à ordem pública e aos princípios que regem o ordenamento pátrio como um todo.

Isso não significa, contudo, que o Judiciário possa revisitar o mérito da decisão dos árbitros⁵, a sentença arbitral não é passível de recurso (art. 18, Lei de Arbitragem). É defeso ao juiz rejulgar a demanda, devendo se ater estritamente à análise das circunstâncias elencadas na Lei de Arbitragem, eminentemente formais e procedimentais. Afinal, o rol previsto na Lei de Arbitragem é exaustivo, não podendo as partes ampliar os motivos para eventual impugnação, muito menos buscar revisão judicial⁶, devendo os limites claramente traçados pelo legislador ser observados, tanto pelos litigantes como pelo julgador, a fim de garantir a estabilidade, a segurança jurídica e o bom funcionamento não só da arbitragem, mas também da ação anulatória⁷.

5 “é preciso deixar bem claro que o Poder Judiciário não é instância revisora da jurisdição arbitral. Em outras palavras, não se pode pretender rediscutir o mérito da lide, já decidido pela sentença arbitral, junto ao juízo togado, sob pena de se violar todo o sistema da LA, especialmente os seus arts. 1º e 3º”. (BERALDO, Leonardo. Curso de Arbitragem. São Paulo: Atlas, 2014 p. 481)

6 “os casos de nulidade da sentença arbitral – para utilizar a expressão endossada pela Lei – são taxativos, de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo” (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96 – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 399)

7 “O tratamento excepcional que preconizo para situações excepcionais é justificado, sem dúvida, para man-

Na prática, no mais das vezes, há o cumprimento espontâneo das sentenças arbitrais, pois tais decisões são proferidas por julgadores de confiança e oriundas de método de solução de controvérsia derivado da vontade dos litigantes, além do fato de que o retardamento do pagamento de eventual condenação estipulada na sentença arbitral pode elevar o custo da causa em até 40%⁸, em razão das taxas de juros.

Todavia, nos últimos meses, observou-se um aumento na discussão acerca da frequência com que ações anulatórias são ajuizadas e deferidas pelo Judiciário. Nesse contexto, diferentes instituições já conduziram pesquisas sobre o tema, a fim de apresentar um panorama sobre uso das anulatórias no país. O Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), por exemplo, já em meados de 2016, realizou estudo no qual analisou decisões proferidas pelo STF e STJ ao longo de sete anos relacionadas a questionamentos de sentenças arbitrais e concluiu que apenas em 2 dos 11 casos analisados foi mantida anulação da sentença arbitral em questão – o que representava 18% do total de casos analisados⁹. Na ocasião, o CBAr também buscou identificar quais seriam os principais temas debatidos no âmbito de anulatórias e concluiu que a maioria dos casos analisados pelas Cortes Superiores se referiam a discussões acerca da nulidade da cláusula compromissória. Alegações de violação de igualdade e imparcialidade, bem como ausência de fundamentação também foram apontados como temas comuns e recorrentes¹⁰.

ter a validade do sistema imaginado pela Lei de Arbitragem, não para quebrá-lo. Se assim é, a patologia lembrada no parágrafo anterior servirá apenas para justificar a sobrevivência dos mecanismos de impugnação da sentença arbitral, como já se disse, não para permitir uma perpetua e ofensiva perquirição, pelo juiz togado, acerca da nulidade da sentença arbitral, o que simplesmente destruiria a estabilidade e segurança imaginadas pelo legislador quando estabeleceu prazos curtos e hipóteses delimitadas de ataque ao resultado final do trabalho dos árbitros”. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei no 9.307/96 – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 399)

- 8 Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/arbitragem-anulatoria-custo-29012021> (último acesso em: 18.10.2021).
- 9 Relatório Analítico sobre a invalidade de sentenças arbitrais elaborado pelo CBAr, p. 14, disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/4-Relatorio-Invalidade-de-Sentenca-Arbitral-03.08.pdf> (último acesso em: 14.10.2021).
- 10 Relatório Analítico sobre a invalidade de sentenças arbitrais elaborado pelo CBAr, pp. 16-17, disponível em:

Em pesquisa mais recente, conduzida pelo portal Arbipedia e publicada no Valor Econômico¹¹, analisou-se 292 casos envolvendo pedidos de anulação da sentença arbitral e concluiu-se que 19% das sentenças questionadas perante o Judiciário ao longo dos últimos 5 anos foram efetivamente anuladas. Na mesma linha, a juíza Andréa Galhardo Palma, da 2ª Vara Regional Empresarial e de Arbitragem em São Paulo, realizou estudo focado no Estado de São Paulo¹². Em sua análise, concluiu que o percentual de anulatórias de sentenças arbitrais julgadas procedentes no Estado de São Paulo é extremamente reduzido, representando 5% do total de anulatórias ajuizadas. Além disso, em levantamento por amostragem com participação dos juizes do Estado, concluiu-se que as alegações mais comuns utilizadas para buscar a anulação da sentença são no sentido de que a decisão teria sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem ou de que teria havido alguma afronta aos princípios do contraditório e da imparcialidade do árbitro¹³.

4. Importância da Pesquisa do CESA

Para avaliar propriamente o emprego da ação anulatória de sentença arbitral no país ou, em outras palavras, o cenário relativo ao questionamento do resultado de procedimentos arbitrais perante o Judiciário, é necessário que se olhe não só os dados referentes ao deferimento ou indeferimento das ações anulatórias ajuizadas. Na realidade, é importante também que se verifique a frequência com que ações anulatórias tem sido ajuizadas considerando o número total de arbitragens no Brasil.

Ano após ano, o número de procedimentos arbitrais iniciados perante as mais diversas câmaras arbitrais do país somente aumenta. A título exemplificativo, conforme

146

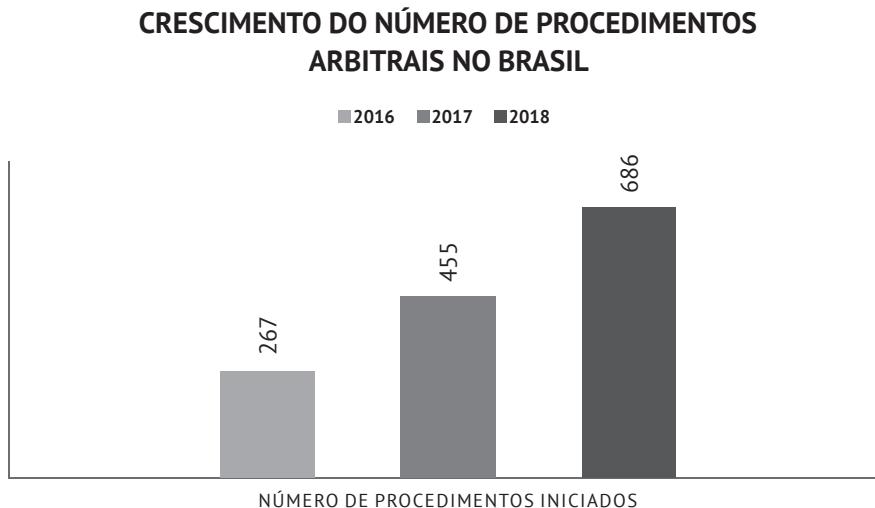
<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/4-Relatorio-Invalidade-de-Sentenca-Arbitral-03.08.pdf> (último acesso em: 22.10.2021).

11 Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/07/15/tribunais-anularam-19-das-sentencas-arbitrais-questionadas.ghtml> (último acesso em: 14.10.2021).

12 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342640/notas-sobre-cooperacao-judiciario-arbitragem> (último acesso em: 14.10.2021).

13 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342640/notas-sobre-cooperacao-judiciario-arbitragem> (último acesso em: 14.10.2021).

dados apurados pelo CESA e publicados no Anuário da Arbitragem no Brasil, no ano de 2016, um total de 267 arbitragens foram iniciadas¹⁴. No ano de 2017, o número saltou para 455 procedimentos iniciados¹⁵ e, em 2018, houve mais uma vez crescimento, com 686 arbitragens iniciadas.



Nesse contexto de maior disseminação e emprego da arbitragem, com o número de procedimentos arbitrais iniciados ano a ano crescendo cada vez mais, é certo que não se pode presumir que um acréscimo no número absoluto de ações anulatórias significa maior frequência dessas medidas. Afinal, se existem mais arbitragens no país, é natural que o número absoluto de ações anulatórias também aumente. Isso não quer dizer, contudo, que, proporcionalmente, a frequência do ajuizamento de anulatórias também tenha se elevado.

Por essa razão, considerando a importância de obter mais dados e estudos a respeito da natureza das ações anulatórias ajuizadas e do número de ações anulatórias *vis a*

14 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/principais-temas-arbitragens-sao.pdf>, p. 7 (último acesso em: 14.10.2021).

15 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/principais-temas-arbitragens-sao.pdf>, p. 7 (último acesso em: 14.10.2021).

vis o número total de procedimentos arbitrais que correm no país, foi desenhada iniciativa deste Comitê de Arbitragem do CESA, a fim de trazer maiores informações sobre o tema. Na pesquisa, a ser conduzida entre o final de 2021 e o início de 2022, as sociedades de advogados associadas ao CESA serão convidadas a preencher formulário enviado por e-mail pelo Comitê de Arbitragem do CESA, a fim de se verificar a expressividade do uso de ações anulatórias em comparação com a quantidade de procedimentos arbitrais existentes no país, bem como os principais fundamentos empregados por aqueles que optam por questionar no Judiciário a validade da sentença arbitral e, ainda, o resultado das anulatórias apuradas¹⁶.

A pesquisa está em linha com os Anuários da Arbitragem no Brasil publicados pelo Comitê de Arbitragem do CESA, que fornecem detalhes a respeito da prática arbitral nacional e das instituições especializadas na administração de procedimentos arbitrais. Assim como para os anuários, na pesquisa pretendida, as respostas das sociedades de advogados serão analisadas pelo Comitê, que posteriormente publicará os resultados com um diagnóstico das ações anulatórias.

5. Conclusão

A relevância da discussão acerca do manejo das ações anulatórias de sentença arbitral é inegável e é certo, ainda, que o questionamento do resultado da arbitragem no Judiciário tem se tornado objeto de diversas pesquisas e iniciativas por diferentes instituições. São escassas, contudo, informações contundentes acerca da frequência com que ações anulatórias tem sido ajuizadas considerando o número total de arbitragens no Brasil. Nesse contexto, com o objetivo de contribuir para o debate, o Comitê de Arbitragem do CESA conduzirá pesquisa a fim de traçar panorama geral sobre o tema e, especialmente, para mapear, perante as sociedades de advocacia associadas, a frequência do ajuizamento de ações anulatórias considerando a quantidade de procedimentos arbitrais existentes, assim como as principais características de tais ações anulatórias.

16 As sociedades associadas serão perguntadas, por exemplo, acerca do número total de arbitragens que patrocinaram nos últimos 10 anos; se possuem conhecimento de ajuizamento de ação anulatória nas arbitragens que foram patrocinadas pelo escritório; e, ainda, acerca dos fundamentos empregados nas ações anulatórias de que tem conhecimento.

O Judiciário e a Defesa da Concorrência: Reparação dos Danos Concorrenciais e Revisão das Decisões do CADE

Pedro Salles Cristofaro

Ricardo Lara Gaillard

Sonia Marques Döbler

Vivian Fraga do Nascimento Arruda

1. Introdução

Apesar de o Brasil contar com uma lei antitruste desde 1962, foi a partir de 1994 que as regras de defesa da concorrência passaram a ser aplicadas de uma forma consistente no país, tornando-se objeto de atenção especial de empresários, consumidores, autoridades, economistas e advogados. O momento era propício: o Plano Real que debelara a hiperinflação; as medidas voltadas para a abertura da economia; os projetos de privatização e de concessão de serviços públicos; tudo contribuía para o fortalecimento de um sistema de mercado, baseado, conforme previsto na Constituição, em Livre Concorrência e Livre Iniciativa.

Um dispositivo da Lei editada em 1994 teve, no entanto, papel especialmente importante nesse renascimento da defesa da concorrência: a regra que exigia que certas operações de aquisições e fusões fossem aprovadas pelo CADE, sob pena de aplicação de pesadas multas ou até mesmo de se desfazerem as operações. A partir daí, as decisões do CADE passaram a ser considerados pelos agentes econômicos e se tornaram famosos (Kolynos/Colgate, Brahma/Antártica, Nestlé/Garoto). Termos como “ato de concentração”, “*gun jumping*”, “mercado relevante” entraram para o vocabulário, especialmente das empresas de maior porte.

Iniciou-se, assim, um primeiro ciclo da defesa da concorrência, consolidado e aperfeiçoado, a partir de 2011, quando os atos de concentração passaram a ser previamente submetidos ao CADE.

Já neste século, um segundo ciclo da defesa da concorrência foi marcado pelas ações do CADE no combate às condutas ilícitas.

Mais uma vez, uma mudança legislativa teve papel importante para que o CADE pudesse se dedicar à investigação e punição das condutas anticompetitivas. Em 2001, foi introduzida na lei a possibilidade de celebração de acordos com infratores – os acordos de leniência – que, em troca de colaboração com o CADE para a identificação de demais participantes do ilícito, teriam uma redução ou mesmo isenção de penalidade. Esse mecanismo incentivou uma “corrida” entre infratores, estimulados a deixar a prática ilícita e a se antecipar aos seus parceiros de ilicitude.

Nesse segundo ciclo, alguns casos também se tornaram notórios, assim como alguns termos entraram para o vocabulário dos agentes econômicos como “cartel”, “leniência”, “Termo de Cessação de Conduta”, “posição dominante”.

Nos dois ciclos acima referidos, o CADE tem um papel central, afinal é ele quem examina os atos de concentração para aprová-los ou rejeitá-los e é ele quem aplica as penalidades pelas práticas ilícitas.

Agora parece se iniciar um terceiro ciclo do antitruste, baseado não mais na figura da autoridade administrativa do CADE, mas nas pretensões de particulares que possam ser afetados por atos contra a concorrência. Embora já há muito a legislação brasileira tenha a previsão de que os prejudicados podem ir a Juízo buscando fazer cessar práticas anticoncorrenciais ou obter indenizações por danos sofridos, ainda não são muitos os casos em que o Poder Judiciário apreciou de forma definitiva essas ações, mas começam a ter maior repercussão casos do gênero, como a muito noticiada ação de reparação proposta contra integrantes de um cartel no mercado de gases.

Este artigo aborda alguns dos aspectos desse “terceiro ciclo” que, como se verá, assim como ocorreu nos anteriores, pode vir a ser incrementado por uma mudança legislativa. Um projeto de lei em curso no Congresso Nacional aborda o assunto, buscando superar algumas dificuldades específicas, incentivar os pedidos reparatórios e até mesmo viabilizar a instauração de procedimentos arbitrais visando a reparação de danos concorrenciais.

Por fim, e na esteira desse maior destaque recebido pelo judiciário, em relação a matéria concorrencial, o presente trabalho também abordará algumas questões relevantes referentes à judicialização de decisões do CADE e os consequentes impactos sobre a reparação do dano concorrencial.

II. Os impactos do Projeto de Lei nº 11.275/2018 no *enforcement* concorrencial e em instrumentos de acordos

A via legislativa tem sido instrumento pelo qual se operam mudanças no *enforcement* privado por danos concorrenciais no Brasil. O Projeto de Lei nº 11.275/2018 (Projeto de Lei), que atualmente tramita na Câmara dos Deputados¹, promove alterações na Lei nº 12.529/2011 e representa justamente uma tentativa de se incentivar ações de reparação de danos concorrenciais por meio de adequação do arcabouço legislativo brasileiro.

Isso não significa, de modo algum, que não haja no ordenamento brasileiro instrumentos aptos a promover o *enforcement* concorrencial privado. A Lei nº 8.884/94 criou a figura da Ação de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC) ao prever, em seu artigo 29, a possibilidade de se ingressar em juízo para fins de indenização por perdas e danos decorrentes de conduta anticompetitiva – dispositivo este que foi integralmente reproduzido pelo art. 47 da vigente Lei nº 12.529/2011.

Ainda que a figura da ARDC seja velha conhecida do Direito brasileiro, por certo ainda não mostrou a que veio, e não ocupa o lugar que poderia na organização institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), por motivos que extrapolam a redação dos diplomas legais e alcançam fatores estruturais do Judiciário brasileiro, como a morosidade, o sobrecarregamento, e por oscilações de entendimento que afetam a segurança jurídica.

Na prática, isso significa que o Projeto de Lei não resolverá a baixa efetividade das ARDCs no Brasil, porquanto existentes esses fatores diversos que praticamente inviabilizam o potencial das ARDCs no Brasil, mas que não guardam relação direta com os textos legais. Ainda assim, – há de se reconhecer – o Projeto de Lei traz consigo diversos avanços na direção certa, dentre os quais três são dignos de nota.

O primeiro avanço é a definição por via legal da contagem do prazo prescricional para proposição de ações do tipo, que, versa o Projeto, passaria a ser de 05 (cinco) anos, com termo inicial na data de publicação da decisão do CADE que concluir pela existên-

1 O projeto foi aprovado, em agosto de 2019, na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviço (CDEICS) da Câmara dos Deputados. Em abril de 2021, foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), sob relatoria do Deputado Aguinaldo Ribeiro (PP-PB). Até 6 de outubro de 2021, aguarda Parecer do Relator e aprovação pela CCJ.

cia de conduta anticompetitiva. Por si só, essa definição afasta inseguranças diversas quanto à prática das ARDCs e à extensão temporal do risco de eventuais réus em ações do tipo, ainda que adote, sem uma razão de ser bem definida, prazo diverso daqueles 03 (três) anos estabelecido pelo artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil para ajuizamento de ações de reparação civil.

O segundo avanço é isentar expressamente os signatários de acordo de leniência e os compromissários de termo de compromisso de cessação da responsabilidade solidária sobre o pagamento da indenização. Caso assim não se fizesse, estaria em risco a “Regra de Ouro” dos instrumentos de acordo em controle de condutas no Direito concorrencial – de que o colaborador não pode ser submetido a situação processual ou material mais danosa do que a situação daqueles que não colaboraram. Afinal, a exigência de indenização por parte de signatários de acordos de leniência põe em risco até mesmo o *enforcement* concorrencial público para o qual tão duramente se trabalhou para se alcançar o atual nível de excelência, mundialmente reconhecido.

Isso porque submeter-se ao risco de arcar com pagamento de indenização que pode exceder o valor da multa da qual foi anistiado pode fazer com que o instituto da leniência deixe de representar uma opção viável, prejudicando-se seriamente a detecção de cartéis. Seria ainda mais proveitoso que o Projeto de Lei nº 11.275/2018 avançasse para afastar também a responsabilidade subsidiária dos signatários e dos compromissários sobre o pagamento das indenizações devidas por decorrência de conduta anticompetitivas, mas, ainda que ele não o faça, é indiscutível que afastar a responsabilidade solidária arrefece distorção no regime das ARDCs capaz de alterar os incentivos já bem desenhados do Programa de Leniência do CADE.

O terceiro avanço é estipular no texto legal que a decisão do CADE pode ser usada como fundamento para concessão de tutela de evidência, ainda que seja necessário cuidado, por parte do julgador, quanto à diferenciação entre a possibilidade de uso da decisão do CADE como evidência e seu caráter de definitividade. Em diversas jurisdições, a decisão da autoridade antitruste é tomada como evidência do ilícito, o que não deve se confundir com uma antecipação automática do provimento de mérito, já que necessário submeter diversos pontos ao contraditório, como a extensão do dano. Transformar a decisão do CADE em “bala de prata” na formação de convicção do juízo em ARDCs pode inviabilizar por completo o exercício do contraditório no processamento da demanda.

Esses pontos fazem com que o Projeto de Lei seja capaz de trilhar caminho positivo em direção ao *enforcement* privado, em harmonia ao já consolidado *enforcement* público

no Brasil, especialmente sob a perspectiva de garantia de equilíbrio entre a persecução aos cartéis – que é muitíssimo dependente de acordos de leniência – e a indenização pelos danos causados.

Alguns pontos importantes, contudo, não foram endereçados pelo Projeto de Lei, mas espera-se que a prática das ARDCs acabe por assentá-los de forma funcional. Principalmente, faz-se necessário que esse equilíbrio entre a manutenção da persecução e a garantia de indenização seja refletida também no que tange ao acesso a documentos usados como evidência da prática que gerou os danos. Isto porque a garantia de confidencialidade dos documentos entregues à Autoridade, no bojo de acordo de leniência, é incentivo fundamental para que a colaboração seja alternativa viável. Caso contrário, a imprevisibilidade quanto aos possíveis desdobramentos do caso e aos usos do documento disponibilizado pode fazer com que a celebração de acordo não se mostre como opção interessante às empresas. No Brasil, ainda que o CADE tenha tentado garantir a confidencialidade dos documentos submetidos à autoridade, em conexão com acordos, por meio da Resolução CADE nº 21/2018, é necessário considerar que se trata de norma infralegal e que pode enfrentar resistência de aplicação por parte do Judiciário.

Fica claro, assim, que o Projeto de Lei nº 11.275/2018 é mais um – e importante – indicativo de que o caminho à frente para a reparação do dano concorrencial pode ser muito rico e positivo, com ganhos à sociedade brasileira como um todo. É preciso, contudo, que as lições aprendidas com experiências internacionais e com a tramitação das primeiras ARDCs brasileiras sejam consideradas e que outras iniciativas como a do Projeto de Lei sejam adotadas, para se avançar sobre os pontos que o atual Projeto ainda não endereçou.

153

III. Judicialização de decisões do CADE e Reparação do Dano Concorrencial

Conforme já apontado, no Brasil, o CADE ainda exerce um papel relevante em relação ao combate às condutas anticompetitivas, enquanto a reparação privada permanece, de certo modo, incipiente. Por este motivo, a revisão judicial das decisões do CADE é um assunto recorrente e bastante atual no âmbito jurídico, envolvendo as decisões condenatórias e, em especial, as multas aplicadas pelo órgão antitruste para a repressão de condutas anticoncorrenciais, oriundas de processos administrativos instaurados para apuração de práticas específicas de violação à ordem econômica.

Vale lembrar, também, que a maior parte das ações de reparação concorrencial

ainda são oriundas das decisões condenatórias do CADE, isto é, são as chamadas ações “*follow-on*”.

Considerando a sua função institucional e sua autonomia no âmbito administrativo, quais seriam as peculiaridades e a amplitude da judicialização de decisões proferidas pelo CADE? A análise da decisão administrativa proferida pelo órgão antitruste, pelo Poder Judiciário, pode ser ampla e irrestrita ou há limites à revisão judicial?

a. Revisão de mérito das decisões administrativas do CADE pelo Poder Judiciário:

O fato de as decisões administrativas proferidas pelo CADE decorrerem do exercício de uma discricionariedade técnica do órgão antitruste não significa que elas não sejam passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Vale dizer, ainda que as decisões sejam devidamente motivadas e fundamentadas, não estão imunes ao controle judicial.

O CADE é uma autarquia independente e as decisões por ele prolatadas constituem título executivo extrajudicial. Além disso, pela ausência de recurso hierárquico, os acórdãos proferidos pelo seu tribunal administrativo podem ser executados imediatamente. Porém, assim como qualquer outra decisão administrativa, as decisões do CADE são passíveis de controle jurisdicional, podendo ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário, em decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

A Constituição Federal consagra e assegura o devido processo legal, tanto no processo administrativo, como no processo judicial. Como consequência, as decisões administrativas proferidas pelo CADE estão sob o manto do princípio da inafastabilidade do controle judicial sobre as decisões administrativas, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que prevê que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Adicionalmente, a observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade das decisões, bem como o respeito à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal) fundamentam a possibilidade e a viabilidade da revisão judicial das decisões administrativas proferidas pelo CADE, o que, inclusive, vem sendo realizado pelo Poder Judiciário, mediante a provocação da parte interessada, consubstanciada na abertura do respectivo processo judicial.

Portanto, sob a perspectiva do acesso à justiça – direito garantido ampla e incondicionalmente – é garantida a possibilidade de análise e revisão judicial dos atos admi-

nistrativos, especialmente porque o Poder Judiciário não pode se furtar à análise das demandas a ele propostas.

Contudo, a atuação do Poder Judiciário pode interferir na valoração e análise econômica feita pelo CADE ou há limites à revisão judicial? O Juiz pode adentrar na análise econômica das condutas e fazer digressões sobre aspectos de mercado, por exemplo, ou lhe é vedado extrapolar o limite da análise jurídica fundamentada no controle da legalidade?

b. Análise de mérito das decisões administrativas

De acordo com a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Extraordinário RE 1.083.955/DF, que negou a possibilidade de análise de mérito de decisão proferida pelo CADE, “*a expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia*”. Ainda segundo o Ministro, “*o controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte*”, citando, em sua decisão, precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, quando a ação judicial versar sobre questões atinentes à legalidade da decisão proferida pelo CADE, é unânime o entendimento de que o Poder Judiciário pode analisar e revisar a decisão administrativa, a fim de verificar se foram observados todos os preceitos legais necessários.

Nesse sentido, como regra geral, o controle jurisdicional dos atos administrativos, dentre os quais estão as decisões proferidas pelo CADE, limita-se aos aspectos exteriores do ato, isto é, à sua legalidade.

Porém, verifica-se que inúmeras decisões judiciais vêm examinando também o mérito do ato administrativo, de modo que a controvérsia sobre a competência do Poder Judiciário para apreciar decisões proferidas pelo CADE surge quando se trata da possibilidade (ou não) de análise do mérito desses atos, ou seja, quando a ação judicial tem como objeto a oportunidade e a conveniência da decisão administrativa.

Não obstante a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal esteja se consolidando no sentido de que ao Poder Judiciário cabe apenas o controle de legalidade dos atos administrativos, trata-se, ainda, de tema bastante controverso na doutrina e na jurisprudência.

IV. Conclusão

Após algumas décadas de evolução e consolidação da atuação do CADE sobre a defesa da concorrência no Brasil, seja no que se refere ao controle de concentrações entre empresas, seja na repressão às condutas anticompetitivas, percebe-se o surgimento de um terceiro ciclo, no qual a atuação dos particulares para obtenção de reparação dos danos sofridos, e o Poder Judiciário, ganham maior destaque.

Entretanto, tal reparação privada, que é essencial, por exemplo, para o combate aos cartéis e seus enormes prejuízos sobre a economia, ainda enfrenta diversas dificuldades, como incertezas em relação ao prazo prescricional e desafios para comprovação e cálculo dos supostos danos.

Neste contexto, o Projeto de Lei nº 11.275/2018 representa importantes avanços para a reparação de danos concorrenciais, trazendo maior segurança jurídica e certas facilidades aos interessados, além de balancear a proteção aos institutos de colaboração do CADE – também extremamente relevantes para a repressão de condutas anticompetitivas no Brasil, com os interesses dos particulares. Não obstante, conforme detalhado neste artigo, ainda há espaço para melhorias legislativas, especialmente em relação ao segundo ponto. Isto é, entende-se que devem ser tomados cuidados para que novos projetos não acabem prejudicando algumas das mais importantes ferramentas já disponíveis no ordenamento brasileiro para a descoberta e persecução de condutas como os cartéis, representadas nas figuras do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação com o CADE.

Tendo em vista a crescente importância do Poder Judiciário para a defesa da concorrência no Brasil, e o fato de que a maior parte das ações privadas de reparação ainda se baseia em decisões condenatórias do CADE como ponto de partida, o presente artigo também revisou a hipótese de revisão judicial de tais decisões. Em especial, nota-se que inúmeras decisões vêm examinando o mérito administrativo, ainda que a expertise do CADE para lidar com as questões econômicas e regulatórias vinculadas ao Direito da Concorrência tenha sido reconhecida em diversas oportunidades.

Ou seja, ainda que a jurisprudência esteja se consolidando no sentido de que cabe ao Poder Judiciário apenas o controle de legalidade dos atos administrativos, ainda há muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência, que também deverá ser endereçada em nome de maior segurança jurídica e desenvolvimento do atual ciclo da defesa da concorrência no Brasil.

A evolução da responsabilização civil ambiental ao longo dos 40 anos da Política Nacional de Meio Ambiente

Guilherme d'Almeida Mota

Marina Maciel

1. Introdução

Neste ano, a Política Nacional de Meio Ambiente (“PNMA”), instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, fez 40 anos. A PNMA é tida como o marco legal mais importante da legislação ambiental brasileira, uma vez que, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, iniciou imponentes debates sobre as principais políticas públicas que envolvem a tutela do meio ambiente e até hoje serve como um importante alicerce ao direito ambiental brasileiro. A PNMA trouxe, assim vários conceitos e princípios básicos que, mais tarde, serviram de balizadores para a criação de políticas ambientais no país.

Neste contexto, com vistas à compreensão dos motivos que levaram o país à promulgação da PNMA, será abordado, inicialmente, contexto político que antecedeu a Lei 6.938/1981. Na sequência, será abordado o sistema de responsabilização por danos ambientais previsto pela Lei, em especial o conceito de poluidor indireto e como o tema tem evoluído ao longo dos anos em determinadas frentes.

157

2. Contexto da promulgação da PNMA

Nas décadas de 60 e 70 o movimento ambientalista se originou e ganhou forças, aumentando a preocupação com as repercussões negativas do desenvolvimento econômico sobre a população e o meio ambiente.

No plano internacional, os Estados Unidos promulgaram, em janeiro de 1970, a sua Política Ambiental, mais conhecida como “NEPA” (*National Environmental Policy Act*), que é uma espécie de Magna Carta ambiental e visa a proteção e respeito ao meio ambiente. Já em 1972, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano em Estocolmo (“Conferência de Estocolmo”), a qual foi a Primeira Convenção

Internacional a falar sobre o meio ambiente, na qual Brasil participou e adotou uma posição reativa.

Após a Convenção, o Brasil passou a sofrer pressão internacional para que implantasse uma política de conservação ambiental eficiente, especialmente devido à falta de controle efetivo de grandes geradores de poluição. Tal questão acabou por gerar casos emblemáticos de poluição ambiental, como é o caso de Cubatão no estado de São Paulo, que chegou a ser conhecida como “Vale da Morte” e considerada pela ONU como a cidade mais poluída do mundo.

Neste contexto, de modo a contornar a repercussão negativa do governo brasileiro decorrente da Conferência de Estocolmo, foi criada a Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA)¹, vinculada ao então existente Ministério do Interior, com as funções orientadas, de um modo geral, para a conservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais.

Posteriormente, visando combater a poluição industrial, foi promulgado o Decreto-Lei nº 1.413/1975, que dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais e determina a adoção de medidas para prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação. Em seguida, foi promulgada a Lei nº 6.803/1980, que estabeleceu os mecanismos para zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, bem como a necessidade de licenciamento para as atividades industriais em tais áreas.

Apesar das normas promulgadas, permanecia a necessidade de se estabelecer princípios e instrumentos propícios à preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental. Foi promulgada, assim, a PNMA, a qual inova ao estabelecer instrumentos de controle ambiental e é considerada norma estruturante do sistema legal ambiental brasileiro e deu origem a uma série de normas².

1 Decreto nº 73.030/1973.

2 A título de exemplo, cita-se a própria Constituição Federal de 1988, a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9985/2000), a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), a Lei de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), a Lei Complementar 140/2011, dentre outras.

3. Responsabilidade civil ambiental trazida pela PNMA e evolução da sua aplicação

A PNMA estabelece a responsabilidade civil ambiental objetiva (i.e. independentemente da existência de culpa), bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre esse e a atividade desenvolvida pelo agente para que seja configurada a obrigação de reparação ambiental.

A responsabilidade civil ambiental é, assim, atribuída ao poluidor, sendo esse definido como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV da PNMA).

Poluidor indireto é um conceito jurídico indeterminado e abarca toda pessoa física ou jurídica que, de alguma forma, contribui com a degradação da qualidade ambiental, desde que fique caracterizado o nexo de causalidade entre sua conduta, comissiva ou omissiva, e o dano. A PNMA não definiu um rol de possíveis poluidores indiretos, dando margem para que doutrina e jurisprudência, pautadas no princípio da reparação integral do dano, tentem buscar o maior número de responsáveis possíveis.

A propósito, foi o que fez o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) em precedente³ que entendeu que, para a aferição do nexo causal, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem. Na prática, tal decisão vem sendo reiteradamente utilizada para alargar o conceito de poluidor indireto.

Ademais, o STJ já se manifestou expressamente sobre a possibilidade de “a ação civil pública [poder] ser proposta contra o responsável direto, contra o responsável indireto ou contra ambos, pelos danos causados ao meio ambiente. Trata-se de caso de responsabilidade solidária, ensejadora do litisconsórcio facultativo (C.P.C., art. 46, I) e não do litisconsórcio necessário (C.P.C, art. 47)”⁴.

Aos olhos da alta corte, portanto, não há diferença se o poluidor é direto ou indireto, pois, como decidiu o STJ, a reparação do dano ambiental pode ser demandada de

3 STJ, REsp nº 1.071.741/SP, Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 24/3/2009.

4 STJ – (Resp. 37.354-9) SP 93/0021250-8, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, data de julgamento 30/8/2005, Segunda Turma do Tribunal Superior De Justiça, data de publicação 18/9/1995.

qualquer um dos poluidores ou contra ambos, uma vez que se trata de responsabilidade solidária e litisconsórcio facultativo.

A despeito de tal entendimento, existem, sim, diferenças entre o poluidor direto e o indireto. Enquanto o agente poluidor direto é quem legalmente se incumbiu da atividade poluidora ou causadora de degradação ambiental, o indireto é aquele que, embora alheio à relação jurídica entre poluidor e atividade poluidora, está sujeito à responsabilidade civil pelo dano ao meio ambiente, em razão da inobservância do dever jurídico de diligência⁵. Ou seja, necessário que aquele a que se atribui a responsabilidade indireta tenha vinculação jurídica com o autor da degradação e com o dano e que, realmente, exista o dever de vigilância, guarda ou custódia.

De fato, conquanto as previsões da PNMA realcem o caráter objetivo da responsabilidade civil por danos ambientais e as construções jurisprudenciais ao longo desses quarenta anos enfatizem a solidariedade entre poluidores, não se pode perder de vista que, em primeiro lugar, para se qualificar um agente como poluidor é imprescindível a verificação do nexos de causalidade⁶. Portanto, é necessário que haja um nexos de causalidade ligando o poluidor, em especial o indireto, ao evento danoso por uma cadeia causal ininterrupta e clara⁷.

Diferenças, sim, existem e a cautela deve sempre imperar ao investigar se um agente pode ser efetivamente qualificado como poluidor indireto.

Típica controvérsia ao redor da condição de poluidor indireto gira em torno do ato de financiar atividades que eventualmente gerem danos ambientais. Pode a responsabilidade ser afastada com o cumprimento de cautelas prévias à liberação do apoio financeiro ou estaria a responsabilidade, e.g., das instituições financeiras atrelada apenas ao simples ato de ter financiado a atividade que resultou no dano? Quais as medidas que poderiam ser suficientemente adotadas para se afastar uma eventual responsabilidade pelos danos causados pelos beneficiários de financiamentos e outros mecanismos de apoio financeiro?

5 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; PEREIRA, Márcio Silva. O papel do nexos causal na delimitação do conceito de poluidor indireto. In: MILARÉ, Édis. **40 anos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente**: antecedentes históricos, realidade e perspectivas. Editora D'Plácido, 2021.

6 STJ, REsp nº 1596081/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25.10.2017.

7 STJ, REsp 1615971/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/9/2016.

Diferentemente do direito norte americano, por exemplo, que possui um claro sistema de elementos verificáveis para checagem da responsabilidade indireta⁸ de, e.g., instituições financeiras que financiam empreendimentos ou exercem direitos de garantia e assumem ativos financiados (e.g. hipotecas), o sistema brasileiro ainda mantém grande margem de subjetividade no tema.

Vale citar, ainda, que na toada do aquecimento do tema de boas práticas de ASG (i.e. ambiental, social e governança), percebe-se a tendência do Ministério Público em questionar eventuais responsabilidades de empresas tomadoras de serviços pelos atos da sua cadeia de fornecimento. O racional por trás de tal discussão tem certa similaridade com as discussões relacionadas ao ato de financiar. Apesar de questionamentos de tal *stakeholder* nessa frente, muito rasas ainda são as discussões quanto ao que poderia qualificar um tomador de serviço como poluidor indireto.

De modo similar, muito ainda falta ser discutido e sedimentado na jurisprudência e até mesmo na doutrina para que se possa qualificar um acionista como poluidor indireto a atraí-lo ao polo passivo de uma demanda judicial na qualidade de litisconsorte passivo (e não posteriormente, subsidiariamente, após a devida análise da aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica).

Se, por um lado, o histórico acima revela a evolução doutrinária e jurisprudencial ao redor do tema, por outro, os exemplos brevemente trazidos ao final do presente tópi-

161

8 É o que bem define o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* ("CERCLA"), também conhecido como a Lei do Superfundo (*Superfund Law*), conforme Título 42, Seção 9601 e seguintes, do *United States Code* (42 U.S.C. §9601 *et seq.*). O CERCLA estabelece situações concretas em que a responsabilidade indireta pela remediação do meio ambiente pode ser excepcionada. É o caso da responsabilidade dos credores de direitos de garantia, dentre os quais as instituições financeiras do direito norte-americano. o credor pode ser excepcionado da responsabilidade ambiental antes (*pre-foreclosure*) ou depois (*foreclosure*) de executar seus direitos de garantia. Em quaisquer dessas hipóteses, contudo, não pode participar ou ter participado da administração do empreendimento. O CERCLA ainda vai além e define com certo grau de precisão o que consistiria a participação na administração de um empreendimento. Em suma, o CERCLA permite, por meio de elementos concretos, que os credores de financiamentos chequem se suas ações ou conjunto de ações podem qualifica-los como participantes da administração dos empreendimentos financiados ou, ainda, que como contribuintes de dano ambiental por ação ou omissão. Observando tais diretrizes do CERCLA, estariam as instituições financeiras norte americanas albergadas por tal exceção de responsabilidade, intitulada na praxe como *safe harbor* (porto seguro).

co revelam evidentes lacunas ainda existentes no nosso sistema e mostram que a PNMA, apesar de decisiva para o estabelecimento de marcos essenciais do Direito Ambiental brasileiro, ainda está em processo de maturação.

4. Conclusão

Passados quarenta anos da publicação da PNMA, percebe-se que um intenso exercício hermenêutico foi desenvolvido pela comunidade jurídica, mas muitas incertezas ainda pairam em relação ao instituto da responsabilidade civil ambiental, em especial em relação à qualificação de agentes como poluidores indiretos.

Apesar da evidente evolução das discussões sobre os amplos conceitos trazidos pela PNMA, ainda temos um longo caminho a percorrer para a formação de um ambiente pautado em efetiva segurança jurídica e capaz de fomentar o próprio desenvolvimento sustentável preconizado nas entrelinhas do art. 225 da Constituição Federal.

O Acesso Democrático à Inteligência Artificial para o Exercício da Profissão

Bruna Borghi Tomé

Juliana Abrusio

Alexandre Atheniense

O acesso democrático à inteligência artificial para o exercício da profissão

Cada vez mais vivenciamos a aplicação de sistemas de inteligência artificial (“IA”) na sociedade. *Chatbots*, algoritmos de *e-commerce*, mecanismos de cybersegurança, robôs autônomos usados em depósitos ou até mesmo carros inteligentes são apenas alguns exemplos disso. Os algoritmos já são onipresentes. Cuida-se da *ubiquidade algorítmica*.

Até algumas décadas atrás, existia uma clara separação entre natural e artificial – *phsis* e *techné*, em termos gregos, ou *natura* e *ars*, em termos latinos. A cada uma dessas áreas pertencia seus próprios problemas e soluções. Porém, a partir de meados da segunda metade do século XX, essa situação mudou. A fronteira que separava os dois campos foi sendo dissipada.

Precursor nessa área e no desenvolvimento da ciência da computação e do algoritmo, Alan Turing ficou célebre, também, pela formulação da polêmica pergunta: “as máquinas podem pensar?” Em 1950, introduziu o “teste de Turing”: uma máquina poderia ser considerada inteligente se pudesse emitir reações que seriam indistinguíveis das de um humano. Para passar no teste, portanto, um computador deveria ser capaz de enganar um humano, acreditando que também é humano¹.

O retrato aqui exposto remete ao crescente fenômeno do que é denominado por *algorocracia*, termo inicialmente cunhado por A. Aneesh, em 2006, em sua obra *Virtual*

1 Computador supostamente é o primeiro a passar no ‘Teste de Turing’. Oglabo.globo.com, 2014. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/computador-supostamente-o-primeiro-passar-no-teste-de-turing-12772931>. Acesso em 29/10/2021, 12:06h.

*Migration*², para indicar os efeitos dos algoritmos no campo das relações de trabalho, e, posteriormente, desenvolvido por John Danaher, em 2016, para alargar o termo a fim de descrever “*a particular kind of governance system, one which is organised and structured on the basis of computer-programmed algorithms*”³.

Ocorre que a utilização cada vez maior das tecnologias de inteligência artificial pode acarretar uma assimetria de poder em vários setores das relações sociais, políticas e econômicas da atualidade, que acaba por colocar em xeque ideias de emancipação, liberdade e conhecimento que deram origem à cibercultura⁴.

O atual panorama pode ser cotejado à época do direito vulgar na Idade Média, quando, diante de significativo arrefecimento cultural, o poder da escrita e da reprodução pertencia a uma pequena classe, concentrada nos monges beneditinos e outros membros da Igreja. Eram apenas esses que detinham o domínio da leitura e da escrita.

Igualmente, na atualidade, podem ser poucos, comparado ao todo, aqueles que possuem acesso a processamentos sofisticados de informações, com predições e estabelecimentos de padrões, classificações e organizações, possíveis graças a tecnologias de inteligência artificial. Não há dúvidas que pode existir um desequilíbrio de poderes entre as partes que processam dados e informações com ou sem tecnologias de inteligência artificial.

Nesse cenário, vale destacar que 2021 será conhecido como o ano do Marco Legal da Inteligência Artificial no Brasil – haja vista a aprovação, na Câmara dos Deputados, do substitutivo do Projeto de Lei 21/2020 dedicado ao tema⁵. Além disso, também em 2021 foi elaborada a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Igualmente, o ano também será lembrado pela

2 ANEESH, A. **Virtual Migration: The Programming of Globalization**. Durham: Duke University Press, 2006.

3 V. DANAHER, John. The Threat of Algocracy: reality, resistance and accommodation. **Philosophy & Technology**, v. 29, jan.2016, pp. 247. Vide, ainda, D’AGOSTINO, Marcello; DURANTE, Massimo. Introduction: the Governance of Algorithms. **Philosophy & Technology**, v. 31, 2018, pp. 499-505 e PAGALLO, Ugo. Algo-Rhythms and the Beat of the Legal Drum. **Philosophy & Technology**, v. 31, 2018, pp. 507-524.

4 LEMOS, André. Os Desafios Atuais da Cibercultura. **Jornal Correio do Povo**, 15jun.2019.

5 Trazendo com maior destaque uma base principiológica para o desenvolvimento e a aplicação de inteligência artificial no Brasil.

intensificação do uso das tecnologias de inteligência artificial no Poder Judiciário e nos escritórios de advocacia.

De acordo com o Marco Legal mencionado, “considera-se sistema de inteligência artificial o sistema baseado em processo computacional que, a partir de um conjunto de objetivos definidos por humanos, pode, por meio do processamento de dados e informações, aprender a perceber, interpretar e interagir com o ambiente externo, fazendo previsões, recomendações, classificações ou decisões (...).”

Contextualização analítica, geração de documentos, bem como *chatbots* são apenas algumas das funcionalidades mais empregadas em serviços jurídicos e administrativos. Há no mercado diversas ofertas de ferramentas desse gênero, com preços que variam de algumas dezenas de reais para um pequeno volume de informações a até milésimos de reais para uma maior gama de dados e funcionalidades.

Se antes se discutiam questões de singularidade da inteligência artificial, aspectos distópicos tais como se a profissão de advocacia seria substituída por máquinas e robôs, hoje a preocupação é outra: como fica a competição entre os advogados autônomos, os membros de pequenos escritórios e aqueles pertencentes às grandes bancas? O acesso aos sistemas de inteligência artificial hoje disponíveis no mercado é democrático?

Prática cada vez mais comum e adotada por alguns escritórios de advocacia são as soluções de Jurimetria oferecidas no mercado por diversas *legaltechs*. Vale lembrar que a Jurimetria é a estatística aplicada ao sistema de processos. Cuida-se de uma disciplina que por meio do uso de dados matemáticos, estatísticas e inteligência artificial, analisa situações concretas de processos (em especial judiciais) visando a analisar padrões para identificar oportunidade dentro de determinadas situações específicas. Pode-se afirmar que, por via de regra, a análise de dados da Jurimetria permite decisões mais facilitadas diante de cenários preditivos esperados, gerando melhores táticas para defender uma ação.

De acordo com uma pesquisa realizada pelo *Legal Technology Resource Center* (LTRC) – integrante do *American Bar Association*⁶ –, os escritórios maiores, com mais de

6 TECHREPORT and Legal Technology Survey Report on legal tech trends. Americanbar.org, 2019. Disponível em <https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2019/10/aba-releases-2019-techreport-and-legal-technology-survey-report/>. Acesso em 29/10/2021, 11:48h.

Law firms are slow to adopt AI-based technology tools, ABA survey finds. Abajournal.com, 2020. Disponível em <https://www.abajournal.com/web/article/law-firms-are-slow-to-adopt-artificial-intelligence-based>

100 funcionários são aqueles que mais usam ferramentas de inteligência artificial e, segundo, Alexander Paykin (conselheiro do Centro que realizou a pesquisa), o maior poder aquisitivo das grandes bancas pode ser o motivo para tanto.

A assunção faz sentido, afinal, o Ross, conhecido como o primeiro robô advogado usado em escritórios estadunidenses, foi criado a partir da tecnologia WATSON da IBM⁷, e segundo João Ozorio de Melo⁸, esta última divulga custar 3 milhões de dólares apenas o seu *hardware*.

Em verdade, a discussão do acesso democrático dos escritórios de advocacia a esses sistemas de inteligência artificial vai além do custo, alcançando também competitividade, eficiência e preço final. Fontes diversas de pesquisas demonstram que o uso de tecnologias de IA podem aumentar a velocidade e volume das tarefas realizadas, bem como a própria acurácia das informações e trabalhos produzidos. Consequentemente, o escritório pode ganhar em produtividade com maior escala de trabalhos ofertados e até mesmo menor preço do serviço ofertado – visto que determinadas tarefas podem ser desempenhas pela tecnologia com menor grau de revisão humana.

Os números não deixam dúvidas: de acordo com estudo realizado pela LawGeex, um único sistema de IA foi capaz de revisar cinco documentos em apenas 26 segundos, enquanto o tempo médio de 20 advogados destacados para a mesma tarefa tinha sido de 92 minutos. E mais: a precisão foi de 94% da tecnologia contra 85% dos humanos⁹.

166

-technology-tools-aba-survey-finds. Acesso em 29/10/2021, 11:50h.

7 AI Lawyer “Ross” Has Been Hired By Its First Official Law Firm, 2021. Futurism.com. Disponível em <https://futurism.com/artificially-intelligent-lawyer-ross-hired-first-official-law-firm>. Acesso em 29/10/2021, 12:10h.

8 OSÓRIO, João de Melo. Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. Conjur.com.br, 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-robo-advogado-eua?fbclid=IwAR0bZs3EUezOYWjEPGdciXGxt0NH44t5i-4BQilfoWetE6UceFNLszo0cTs#:~:text=Escrit%C3%B3rio%20de%20advocacia%20estrela%20primeiro%20%22rob%C3%B4%2Dadvogado%22%20nos%20EUA,-16%20de%20maio&text=ROSS%2C%20o%20%E2%80%9Cadvogado%2Dintelig%C3%Aancia,atue%20em%20tribunais%20t%C3%A3o%20cedo>. Acesso em 29/10/2021, 14:05h.

9 Comparing the Performance of Artificial Intelligence to Human Lawyers in the Review of Standard Business Contracts. Images.Law, 2018. Disponível em <https://images.law.com/contrib/content/uploads/documents/397/5408/lawgeex.pdf>. Acesso em 29/10/2021, 12:12h.

O próprio Ross já aqui mencionado, conquistou o prêmio de 1 milhão de dólares ao vencer, contra dois campeões, o jogo de perguntas e respostas no programa de televisão Jeopardy¹⁰.

As pesquisas de mercado sobre “quanto ganha um advogado” também demonstram o ponto, porquanto costumam estimar as médias salariais de cargos de advogado de acordo com o porte de cada escritório. Em geral, os menores oferecem salários mais baixos e os maiores mais altos. Transportando esse raciocínio para a capacidade de custeio de serviços de inovação, tecnologia e IA, pode-se concluir que os sistemas de inteligência artificial tendem a estar mais acessíveis aos escritórios com maior faturamento e capacidade de custeio.

Se por um lado o desenvolvimento de tecnologias de ODR (*online dispute resolutions* ou resolução online de conflitos na tradução livre destes Autores) trouxe discussões quanto à democratização do acesso à justiça¹¹ – visto que ampliou e facilitou, de forma gratuita ou mais barata, a negociação entre partes em um conflito independentemente do Poder Judiciário –; de outro, o uso da IA pelos escritórios de advocacia levantam dúvidas sobre o uso dessa tecnologia ser democrático, haja vista seus altos custos envolvidos que dificultam o acesso para advogados e escritórios com menores faturamentos.

Não há dúvidas que o assunto merece atenção. Vetar o uso das tecnologias de IA não nos parece uma opção, mas facilitar o seu acesso por todos é um caminho mais coerente.

É preciso mudarmos as premissas *mindset*. A internet, a tecnologia e a IA vieram para nos ajudar e vão ao encontro dos conceitos de Direito e Sociedade 5.0, no qual o homem é o centro e a tecnologia assume uma posição de ferramenta para o bem-estar social. Nesse sentido, propomos que sejam pensados caminhos alternativos de democratização das tecnologias de IA. Redução dos impostos incidentes, divulgação dos métodos de criação e disponibilização de alguns sistemas pelas Ordens e Associações de Advogados – ainda que a algum custo –, podem ser alguns deles.

10 Computer Wins on 'Jeopardy!': Trivial, It's Not. Nytimes.com, 2011. Disponível em <https://www.nytimes.com/2011/02/17/science/17jeopardy-watson.html>. Acesso em 29/10/2021, 12:17h.

Watson and the Jeopardy! Challenge. Youtube.com, 2013. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=P18EdAKuC1U>. Acesso em 29/10/2021, 12:15h.

11 Assim entendido o acesso à solução de um conflito e não ao Poder Judiciário especificamente.

Referências Bibliográficas

O GLOBO. Computador supostamente é o primeiro a passar no ‘Teste de Turing’. Oglobo.globo.com, 2014. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/computador-supostamente-o-primeiro-passar-no-teste-de-turing-12772931>. Acesso em 29 out. 2021.

ANEESH, A. Virtual Migration: The Programming of Globalization. Durham: Duke University Press, 2006.

V. DANAHER, John. The Threat of Algorocracy: reality, resistance and accommodation. Philosophy & Technology, v. 29, jan.2016, pp. 247. Vide, ainda, D’AGOSTINO, Marcello DURANTE, Massimo. Introduction: the Governance of Algorithms. Philosophy & Technology, v. 31, 2018, pp. 499-505 e PAGALLO, Ugo. Algo-Rhythms and the Beat of the Legal Drum. Philosophy & Technology, v. 31, 2018, pp. 507-524.

LEMONS, André. Os Desafios Atuais da Cibercultura. Jornal Correio do Povo, 15jun.2019.

TECHREPORT and Legal Technology Survey Report on legal tech trends. Americanbar.org, 2019. Disponível em <https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2019/10/aba-releases-2019-techreport-and-legal-technology-survey-report/>. Acesso em 29 out. 2021.

ABAJOURNAL. Law firms are slow to adopt AI-based technology tools, ABA survey finds. Abajournal.com, 2020. Disponível em <https://www.abajournal.com/web/article/law-firms-are-slow-to-adopt-artificial-intelligence-based-technology-tools-aba-survey-finds>. Acesso em 29 out. 2021.

FUTURISM. AI Lawyer “Ross” Has Been Hired By Its First Official Law Firm, 2021. Futurism.com. Disponível em <https://futurism.com/artificially-intelligent-lawyer-ross-hired-first-official-law-firm>. Acesso em 29 out. 2021.

OSÓRIO, João de Melo. Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. Conjur.com.br, 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrea-primeiro-robo-advogado-eua?fbclid=IwAR0bZs3EUezOYWjEPGdciXGxt0NH44t5i-4BQilfoWetE6UceFNLszo0cTs#:~:text=Escrit%C3%B3rio%20de%20advocacia%20estrea%20primeiro%20%22rob%C3%B4%2Dadvogado%22%20nos%20EUA,-16%20de%20>

maio&text=ROSS%2C%20o%20%E2%80%9Cadvogado%2Dintelig%C3%A4ncia,atue%20em%20tribunais%20t%C3%A3o%20cedo. Acesso em 29 out. 2021.

LAWGEEX. Comparing the Performance of Artificial Intelligence to Human Lawyers in the Review of Standard Business Contracts. Images.Law, 2018. Disponível em <https://images.law.com/contrib/content/uploads/documents/397/5408/lawgeex.pdf>. Acesso em 29 out. 2021.

NYTIMES. Computer Wins on ‘Jeopardy!’: Trivial, It’s Not. Nytimes.com, 2011. Disponível em <https://www.nytimes.com/2011/02/17/science/17jeopardy-watson.html>. Acesso em 29/10/2021, 12:17h.

Watson and the Jeopardy! Challenge. Youtube.com, 2013. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=P18EdAKuC1U>. Acesso em 29 out. 2021.

O Projeto Incluir Direito e seus resultados para uma advocacia mais diversa e inclusiva

Flavia Regina de Souza Oliveira

Alberto Mori

1. Contextualização

Muito se tem falado no Brasil sobre o tema da diversidade e inclusão. Vivemos no país da diversidade (“é um país de muitas cores”) ao mesmo tempo em que desigualdade racial, social e de gênero são uma realidade. Em relação à temática racial é possível observar os primeiros passos para uma mudança de cultura, principalmente porque vem se reconhecendo mais recentemente que há inúmeras questões a serem resolvidas nesse tema e que os desafios para atingirmos uma sociedade mais justa e diversa são enormes.

Nesse sentido, há quatro anos o Centro de Estudos da Sociedade de Advogados – CESA deu o primeiro passo para atuar ativamente no tema da diversidade racial ao convocar suas associadas a fazerem parte de um projeto inovador e inédito no mundo jurídico: o Projeto Incluir Direito (“Projeto” ou “Incluir Direito”).

O Projeto Incluir Direito consiste na busca, atração, acolhimento, retenção e apoio ao desenvolvimento de jovens negros (pretos e pardos), estudantes de direito, com o objetivo de prepará-los para trabalhar no mercado jurídico. Paralelamente, o Projeto desempenha um papel importante na sensibilização dos escritórios de advocacia no sentido de reconhecer a realidade da desigualdade racial, bem como da importância em se combater o racismo estrutural presente na nossa cultura e, conseqüentemente, na realidade das sociedades de advogados.

2. Breve histórico

Para destacar os resultados desses quatro anos de trabalho, é importante lembrar que o Projeto nasceu da iniciativa de advogados participantes do Comitê de Diversidade e Responsabilidade Social que buscavam responder a uma pergunta muito básica,

mas muito contundente: por que havia tão poucos negros nos escritórios de advocacia se vivemos num país de maioria negra?

Dados do IBGE apontam que 54% (cinquenta e quatro por cento) da população brasileira é negra. No entanto, uma pesquisa contratada inicialmente por esse grupo, constatou que apesar do Brasil ser um país de maioria negra, de fato, menos de 1% (um por cento) dos membros das sociedades de advogados eram negros.

O estudo também constatou que a baixa presença de negros no mercado jurídico decorre do acesso à desigual à uma educação formal de qualidade, bem como do histórico de racismo estrutural presente na sociedade brasileira, que coloca a população negra numa condição de vida inferior à população branca, sobretudo em relação à educação, moradia e saúde. Era preciso mudar essa realidade.

Com o apoio da Diretoria e do Conselho e também da disponibilidade do CESA em mudar essa realidade, chegou-se à conclusão de que o CESA poderia atuar como mediador entre as sociedades de advocacia associadas e o estudantes de direito negros, por meio de parcerias com universidades e faculdades que estivessem dispostas a apoiar a formação de seus estudantes para que estivessem prontos para ingressar no mercado de trabalho.

172

3. O Projeto Incluir Direito

O Incluir Direito consiste numa ação afirmativa composta de duas frentes: a primeira voltada para os alunos de graduação em direito, pretos e pardos, que manifestem interesse em participar de um programa de educação complementar destinado a produzir conhecimento para esses jovens possam participar, em igualdade de condições, dos processos seletivos das sociedades de advogados associadas ao CESA. E uma segunda frente voltada às associadas do CESA que consiste no letramento para que essas sociedades de advogados possam, além de recrutar, realizar um processo de verdadeira integração dos jovens beneficiários do Projeto.

Inicialmente, foi realizado um projeto piloto que teve como parceiro o Instituto Presbiteriano Mackenzie e 8 (oito) sociedades de advogados associadas ao CESA, participantes do projeto na qualidade de patrocinadoras. Este projeto piloto foi destinado exclusivamente aos alunos de graduação em direito daquela universidade. Para esse projeto piloto foram selecionados 10 (dez) alunos, que num período de seis meses, assistiram aulas fora do horário escolar para desenvolver habilidades tais como redação

jurídica, postura profissional, como enfrenar situações adversas num ambiente competitivo, aprimoramento da língua estrangeira. Além disso, o curso trouxe reflexões sobre desigualdade racial, racismo estrutural e a importância da diversidade.

Como contrapartida, os alunos deveriam participar de ao menos três processos seletivos das sociedades de advogados participantes.

A primeira turma foi um sucesso! Dos 10 (dez) alunos participantes, todos foram contratados nos processos seletivos e integrados aos escritórios patrocinadores.

4. Lições aprendidas

O Projeto, que começou na Universidade Mackenzie, campus Higienópolis, já se expandiu e, atualmente, está presente na Universidade Mackenzie, campus Higienópolis e Campinas; na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro- PUC/RJ e na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Em sua última edição, já em 2021, o Projeto contou com a participação de 27 (vinte e sete) associadas participantes como patrocinadoras e 68 (sessenta e oito) alunos, que já poderão ingressar no mundo jurídico a partir de 2022.

Ao longo desses quatro anos mais de 150 (cento e cinquenta) alunos já participaram do Incluir Direito. São muitos os aprendizados a se destacar desde a primeira edição do Projeto até hoje, principalmente no tocante a relação do CESA e suas associadas com os alunos, do CESA com as sociedades de advogados patrocinadoras e a relação entre as próprias associadas.

Nas faculdades de direito, para que o processo de seleção dos alunos seja transparente e igualitário, é divulgado um edital que contempla todas as características do Projeto e características para sua participação.

Foi percebido que cada faculdade parceira possui características próprias e, portanto, a grade curricular precisa ser adaptada às diferentes realidades. Para tanto, antes de iniciar uma nova parceria, o CESA cuidadosamente forma um comitê específico para adequar o modelo de parceria às particularidades de cada faculdade, sempre levando em consideração o perfil dos alunos, as características da entidade parceira e o perfil das sociedades de advogados participantes conforme a localidade em que será executado o Projeto.

Uma das maiores lições aprendidas ao longo desses primeiros anos foi que o Incluir

Direito deve cuidar de cada jovem participante de forma individualizada. Para garantir esse olhar diferenciado, foi desenvolvido um processo de mentoria em que cada jovem possui um mentor, indicado entre os escritórios parceiros. O mentor, após passar por um treinamento, deve acompanhar o percurso do jovem mentorado durante todo o Projeto com o objetivo de entender seus desafios, apoiar suas decisões e trazer aprimoramentos ao Projeto a partir de uma escuta verdadeira e do diálogo transparente com seu mentorado.

É importante destacar também que desde a sua primeira edição o Incluir Direito contou com o amplo apoio de suas associadas parceiras que acreditaram no seu potencial multiplicador e na sua capacidade de transformar o mercado jurídico. Cada associada patrocinadora deve indicar um representante para atuar junto ao Projeto visando garantir a participação equitativa de todos os escritórios parceiros na seleção dos jovens e sua evolução após a contratação.

Diante de todo o aprendizado na condução técnica do Projeto e no aprimoramento da sua metodologia, o mais importante sem dúvida é lembrar que na ponta dessa transformação estão jovens cheios de sonhos e energia, ansiosos para demonstrar as competências aprendidas ao longo do percurso. Sim, esses jovens, no decorrer de sua participação no Incluir Direito, tem suas vidas mudadas, suas relações profissionais ampliadas e impactadas de uma forma tão contundente que nunca mais serão os mesmos.

Para o CESA e suas associadas, certamente a maior lição, além do fato de poder ativamente participar da construção de uma sociedade antirracista, é reconhecer que apenas com empatia, colaboração e dedicação ao outro será possível promover a mudança necessária para se alcançar uma sociedade mais plural, equânime e justa. A dedicação de todos e a colaboração entre os participantes do Incluir Direito merece ser destacada. Desde o início a colaboração entre as associadas patrocinadoras foi fundamental para equacionar os desafios dos primeiros anos do Projeto e o sucesso da sua continuidade. O empenho de cada um foi e continuará sendo muito importante para os próximos anos, que serão ainda mais desafiadores, pois o Incluir Direito já é uma realidade no mundo jurídico que precisa expandir cada vez mais e alcançar não apenas as sociedades de advogados, mas todos os operadores do direito.

5. Próximos passos

Passados os primeiros anos do Projeto e constatado seus primeiros resultados, o impacto já caudado, é necessário pensar nos próximos passos dessa jornada. A expansão

territorial, quantitativa e qualitativa do Incluir Direito deve ser cuidadosamente estruturada para que os objetivos continuem a serem alcançados. O Projeto já está presente em São Paulo, Campinas e Rio de Janeiro, mas poderá alcançar outros Estados, considerando a atuação nacional do CESA. A expansão quantitativa poderá ocorrer por meio do crescimento orgânico do Projeto nas faculdades parceiras e o crescimento qualitativo poderá se efetivar tanto por meio da atuação do Projeto no ensino médio (por meio da orientação e direcionamento profissional para alunos interessados em seguir a carreira jurídica) quanto nos cursos de pós graduação (visando o aperfeiçoamento acadêmico e profissional dos jovens advogados negros que já participaram do Projeto enquanto alunos de graduação ou mesmo para o aprimoramento profissional daqueles que não tiveram essa oportunidade), sempre tendo como premissa promoção de um ambiente profissional diverso e igualitário. Enfim, essas são apenas algumas sugestões para o planejamento dos próximos anos.

É importante reiterar que para o CESA e suas associadas, a busca por uma sociedade que garanta a igualdade de oportunidades já é uma realidade. Por meio do Incluir Direito, o CESA expressa seu compromisso institucional com a redução das desigualdades, atuando na formação de jovens negros bem como na criação de oportunidade concretas para seu ingresso no mundo jurídico.

É certo que ainda há muito a se fazer, o processo de inclusão é uma grande jornada que demanda tempo e aprimoramento contínuo. Os primeiros passos nessa direção já foram dados pelo CESA e suas associadas. É preciso expandir o compromisso inicial para que, no futuro, seja garantido a todas as mulheres e homens negros o direito de participar, igualmente e de forma digna, de todos os espaços públicos e privados, para que enfim possamos dizer que vivemos numa sociedade verdadeiramente inclusiva, diversa, que respeita as liberdades e os direitos fundamentais da pessoa humana. E como já disse Paulo Freire, *“A inclusão acontece quando se aprende com as diferenças e não com as igualdades”*.

Os desafios do ensino durante a pandemia¹

Alberto Luís Camelier da Silva

Claudio Felipe Zalaf

O início de tudo

Foi no dia 31 de dezembro de 2019, quando autoridades chinesas da cidade de Wuhan, sétima maior cidade da China, com 11 milhões de habitantes e uma das maiores produtoras de produtos hospitalar, noticiaram a existência de um vírus mortal, cujo início e origem da transmissão, além de sua vacina, ainda persiste num mistério indecifrável.

Seu epicentro foi inicialmente naquele país chegando nos demais países e no Brasil, o novo coronavírus foi identificado pela primeira vez no dia 26 de fevereiro de 2020 com o teste positivo em um homem de 61 anos, morador de São Paulo, que havia viajado à Itália entre 9 e 21 de fevereiro, país este que sofreu revés econômico, social e político de grande monta e se recupera até os presentes dias.

O cenário nacional e internacional ficou cada vez mais assustador dando início a uma pandemia e a adoção de novas medidas comportamentais tanto com referência aos cidadãos quanto ao setor político, econômico, social e psicossocial de cada país.

Nas pessoas inaugurou-se uma fase de confinamento social, suspensão de aulas de escola e das universidades, bem como de lojas, shopping, salas de ginástica, cabeleireiros, cinemas, teatro e demais atividades de concentração de pessoas e renascia o *home office* como forma útil de trabalho e comunicação em tempo real neste novo trabalho remoto.

O confinamento se tornou necessário para que a disseminação do vírus no país não se desse tão rapidamente, de modo a que o sistema de saúde pudesse acolher os ca-

1 Artigo com a contribuição dos Professores Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, André Antunes Soares de Camargo e Luis Carlos Laurenço, membros do Comitê de Ensino Jurídico e Relações com Faculdades do CESA

soos mais graves tornando os hospitais capazes de suportar a demanda de doentes.

Estava proclamada a terapia do medo e a angústia do contágio.

A pandemia, causada pelo coronavírus COVID-19, transformou, definitivamente, o mundo como o conhecemos.

Desde os primeiros meses do ano de 2020, praticamente todos os países, sejam eles ricos, remediados ou pobres, tiveram que enfrentar esse perigo invisível, mas letal, tomando medidas drásticas como *lockdown*, ou intermediárias, como uso de máscaras e distanciamento social que perdura, em muitas cidades, até os dias atuais.

Considerando a premência de se evitar a contaminação e disseminação do coronavírus, as pessoas em geral, e os estudantes e professores no particular, viram-se, de uma hora para outra, privados do convívio presencial, forçando-os a seguir a vida acadêmica de forma virtual.

A partir desse cenário desafiador, como substituir, de forma abrupta, a biblioteca, as salas de aula, os pátios e corredores das dependências físicas dos estabelecimentos de ensino, o convívio com colegas de classe e professores, por uma tela de computador/celular, sem traumas?

De fato, a troca do presencial pelo virtual – em virtude da emergência de saúde pública, se deu sem planejamento algum e pegou todos os atores de surpresa, isto é, estudantes, professores e dirigentes das mantenedoras de ensino, públicas e privadas.

Afora as instituições de ensino talhadas para o EaD (ensino a distância), aquelas que praticavam o ensino eminentemente presencial viram-se obrigadas a se adaptarem ao mundo virtual e muitas delas, sucumbiram no processo.

Entretanto, assim como os escritórios de advocacia decretaram o “home office”, evitando solução de continuidades de suas atividades, os estabelecimentos de ensino fizeram o mesmo, municiando professores e os orientando a realizarem aulas telepresenciais (ao vivo) e aulas gravadas, para dispor oportunamente aos alunos.

Mas, afinal, como os professores, os alunos e suas famílias se adaptaram ao ambiente virtual?

Segundo informação contida em matéria publicada no Jornal da USP², nos primeiros meses da pandemia, as aulas presenciais na Faculdade de Medicina da USP “*foram substituídas por Ensino a Distância (EaD), com fornecimento de infraestrutura para profes-*

2 (<https://jornal.usp.br/ciencias/na-pandemia-curso-de-medicina-da-usp-adota-aulas-virtuais-e-voluntariado/>) acessado em 06/10/2021

sores gravarem aulas e de chips para os estudantes que não tinham acesso à Internet”.

Interessante notar o cuidado com que se desincumbiu a direção da vetusta Faculdade de Medicina em providenciar acesso à Internet aos estudantes carentes, com vistas a possibilitar a conexão ao ambiente virtual e desfrutar das aulas tal qual estivessem no próprio *Campus*.

E quais são as vantagens e desvantagens do ensino em ambiente virtual?

Sob o ponto de vista do estudante, a primeira vantagem que vem à mente é a possibilidade de frequentar um curso oferecido em outra região/estado e a segunda vantagem é poder assistir essas aulas no conforto do lar.

Assim, como vantagens, têm-se a desnecessidade de deslocamento ao local do ensino, a utilização de roupas confortáveis, a economia em relação à alimentação e transporte, ainda, realizar interações com o professor e colegas, através das ferramentas disponibilizadas *online*, entre elas, a possibilidade de gravação, dispensando anotações de praxe.

A principal desvantagem do ensino virtual (telepresencial ou EaD) e que de certa forma o inviabiliza, é a falta de acesso à Internet ou mesmo a um computador/telefone celular de parte significativa dos estudantes de escola pública.³

Essa questão crônica só pode ser mitigada com a intervenção das autoridades locais e do Ministério da Educação, no fomento de políticas públicas de financiamento para promover o acesso a esses estudantes aos equipamentos necessários (computador, tablets, celular etc.), bem como à Internet.

Outras ocorrências que podem ser consideradas desvantagens do ensino virtual durante a pandemia, são a falta de engajamento e planejamento do aluno; distrações no ambiente doméstico; inacessibilidade a bibliotecas físicas e outras fontes de informação e conhecimento que não as virtuais.

Adicionalmente, há outras questões a serem respondidas, como aferir o aprendizado em modelos *online* ou híbrido, bem como, de que maneira engajar (bem) o estudan-

3 Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (Pnad), realizada em 2019, 4,3 milhões de estudantes em todo o país não tinham acesso à internet, seja por razões econômicas ou indisponibilidade do serviço na área em que vivem. Desse total, 4,1 milhões são alunos da rede pública. A pesquisa investigou no último trimestre de 2019 o acesso à Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC). As informações foram divulgadas no dia 14 de março de 2021. Fonte: <https://brasilpaisdigital.com.br/pesquisa-do-ibge-revela-que-41-milhoes-de-estudantes-da-rede-publica-nao-tem-acesso-a-internet/>.

te no processo de ensino e aprendizagem.

Embora saibamos que o certificado ou diploma de conclusão de curso telepresencial/EaD tenha a mesma validade do ensino presencial, como se dará o processo de entrada no mercado de trabalho dos estudantes formados através daqueles cursos?

Por outro lado, sob o ponto de vista do professor, encontra-se o desafio de como aproveitar a tecnologia a seu favor, isto é, como otimizar o seu tempo sem decrescer a qualidade do ensino.

Nesses tempos de pandemia, o volume de trabalho do professor tende a aumentar, devido, por exemplo, à dedicação de tempo para a preparação da aula, gravação dos vídeos, participação e respostas aos alunos nas salas de bate-papo, tutoria, correção de provas e trabalhos etc.

Para as instituições mantenedoras, os desafios estão na avaliação e readequação salarial do professorado; balancear estrutura física com *online*; refazer a equação econômico-financeira e o planejamento; como se relacionar com aluno, professor e a comunidade agora, bem como a revisão de portfólio e da mão de obra necessária para esse novo momento.

Coincidência ou não, os cursos de educação a distância e os híbridos, têm obtido um vertiginoso crescimento no setor nos últimos anos.

Evidentemente, trata-se de um grande negócio, basta ver os valores envolvidos.

A questão que se põe é qual o equilíbrio entre a busca do lucro e um curso honesto?

Como aferir a qualidade do material que será disponibilizado aos alunos. Quem o prepara?

Sabemos que no regime presencial para estar em uma sala de aula é preciso que o professor tenha pós-graduação, a partir do mestrado, com exceções para especialistas. E no EaD, como será? Um professor titulado “alugando” seu nome para uma infinidade de alunos?

Será um curso fundado somente no uso único de apostilas? Haverá estímulo para a pesquisa bibliográfica e para que os alunos montem uma biblioteca básica, física e virtual?

De outra banda, diante desse novo cenário em que vivemos, os órgãos reguladores da educação brasileira devem rever “dogmas” do passado, buscando o equilíbrio da equação “quantidade x qualidade”; novos critérios para autorização e aprovação de cursos; “regulação x autorregulação” e o “valor da diplomação x valor do aprendizado”.

São novos tempos; logo, novos desafios.

A advocacia e o paradoxo tecnológico

Gilberto Giusti

Mateus Rocha Tomaz

Marcio Vieira Souto Costa Ferreira

Torna-se cada vez mais senso comum a inescapável circunstância de que atualmente se vive em um estágio da Modernidade marcado por significativas mudanças advindas de desenvolvimentos tecnológicos sem precedentes. Com HARTMUT ROSA, pode-se falar no fenômeno da “aceleração”¹, marcado por transformações nas próprias estruturas temporais daquilo que MANUEL CASTELLS chama de uma “sociedade em rede”², em que a estrutura social se torna cada vez mais dependente de comunicações veiculadas pela internet, tudo em uma velocidade impressionante.

Se, desde o começo do século XX, inovações tecnológicas já se avizinhavam nos horizontes do direito brasileiro, essas transformações ganharam inédita e pujante concretude desde 2020, quando eclodiu a pandemia da COVID-19 mundo afora. Os tribunais brasileiros, assim como diversos outros organismos estatais e a própria sociedade civil (incluindo os escritórios de advocacia), tiveram de se adaptar, por questões sanitárias, a inéditas formas de funcionamento integralmente *online*.

Iniciativas como o plenário virtual e o televisionamento das sessões do Supremo Tribunal Federal foram intensificadas e espalhadas por todo o Poder Judiciário nacional. A maior parte dos julgamentos é, agora, transmitida de forma remota pelas páginas dos tribunais no *YouTube*; audiências e despachos são feitos pelo telefone ou, majoritariamente, pelos aplicativos *Zoom* ou *Microsoft Teams*; serventuários atendem via *WhatsApp*, etc.

O exercício da advocacia foi, por óbvio, também afetado, inaugurando-se um sen-

1 ROSA, Hartmut. *Aceleração: a transformação das estruturas temporais na modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 2019.

2 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Editora Paz & Terra, 2013.

sível paradoxo profissional cuja equalização está longe de poder ser alcançada.

Por um lado, a tecnologia encurtou distâncias físicas, ao permitir que advogados localizados a milhares de quilômetros, inclusive no exterior, pudessem ter acesso a clientes e a tribunais sediados em distantes localidades. O que antes parecia, segundo alguns, uma reserva de mercado de bancas localizadas proximamente a determinadas cortes foi atenuada quando se passou a permitir que qualquer advogado, desde que tenha acesso à internet, possa atuar perante qualquer tribunal brasileiro.

Por outro lado, esse encurtamento de distâncias físicas pode ser também lido como um perigoso aprofundamento de distâncias funcionais. É conhecida a circunstância de que, ano após ano, o acervo de processos judiciais brasileiros cresce exponencialmente. Esse agigantamento de demandas provocou seríssimas consequências no exercício da advocacia, que se vê cada vez mais às voltas com decisões não fundamentadas adequadamente em nome da uma ensimesmada celeridade e do cumprimento de metas — o que tende a ser agravado pela fluidez e pelo distanciamento humano que marcam um ambiente exclusivamente virtual.

Sem falar nas inegáveis desigualdades tecnológicas existentes. Em um país que possui mais de um milhão de profissionais inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), não se pode desconsiderar a circunstância de que há advogados integrantes de diferentes classes sociais e, portanto, com diferentes níveis de acesso a computadores e à internet, não obstante, ainda assim, estarem submetidos às mesmas exigências funcionais abstratamente estipuladas.

Dessa forma, para além da benéfica circunstância de o advogado estar mais perto das cortes e poder nelas advogar desde qualquer lugar do planeta, deve-se necessariamente considerar a outra face da moeda, atinente ao lugar que será reservado à advocacia nesse panorama e aos possíveis efeitos danosos de tais inovações para a própria qualidade da prestação jurisdicional ofertada. Inclusive diante, por exemplo, de uma eventual mecanização acrítica da atividade jurisdicional, com uso de aparelhagens de inteligência artificial instituidoras da questionável figura do “juiz-robô”³, gerando possíveis prejuízos para uma decisão judicial íntegra, coerente e bem fundamentada (como exigem o artigo 93, IX, da Constituição Federal e os artigos 489, § 1º, e 926, ambos do Código de Processo Civil).

3 GRECO, Luís. *Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

Todo esse paradoxal cenário profissional ganha contornos ainda mais complexos quando se tem em perspectiva que não são apenas os Tribunais Superiores que acentuaram os seus processos de informatização. Recentemente, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou ato normativo que autoriza todos os tribunais a implementarem, mesmo após a pandemia, o “Juízo 100% Digital” para executar atos processuais exclusivamente por meio eletrônico e remoto.

Nessa nova conjuntura, será que os advogados serão realmente atendidos e ouvidos? Será que, em alguns casos, por questões econômicas ou geracionais, advogados terão suas prerrogativas funcionais limitadas ao eventualmente serem privados do pleno acesso à jurisdição? A qualidade da prestação jurisdicional não será afetada?

Para essa análise, é importante fazer, repita-se, uma clara distinção entre a informatização dos atos processuais corriqueiros, de um lado, e a preservação da prerrogativa do advogado de apresentar o caso de seu constituinte diretamente ao julgador e fazê-lo, quando indispensável ao pleno exercício dessa prerrogativa, de maneira presencial, de outro.

A informatização em si foi e tem sido uma grande conquista para o acesso à justiça e à garantia dos princípios da celeridade do processo e da efetividade do provimento jurisdicional buscado. Iniciada com a edição da Lei nº 11.419, de 19.12.2006, e regulada pela Resolução nº 185 do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), de 18.12.2013, a informatização do processo judicial foi fundamental para a concretização desses princípios. Segundo o Relatório Justiça em Números 2019, o percentual de processos autuados eletronicamente passou de 30,4% em 2013 para 83,8% em 2018⁴.

A substituição da tramitação de autos em meio físico pelo meio eletrônico, apontada pelo CNJ como “instrumento de celeridade e qualidade da prestação jurisdicional”, não deixa de ser, também, uma evolução da comunicação entre juízes, promotores, advogados e jurisdicionados, na medida em que a facilita e agiliza.

Essa transformação da comunicação no ambiente jurídico mostrou, como mencionado acima, sua mais surpreendente e inesperada faceta com a eclosão da pandemia de Covid-19, que acabou por fomentar a utilização de ferramentas tecnológicas de informação, comunicação e compartilhamento de dados que permanecerão mesmo após superado o tormentoso período por que passamos.

4 (https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf, pág. 220)

Durante a pandemia, a presença física em todos e quaisquer atos processuais foi compreensivelmente substituída, no geral com bastante sucesso, por interação através de plataformas virtuais de videoconferência. Com o retorno à total segurança do convívio social, porém, espera-se que prevaleça o bom senso para que se retomem de forma presencial os atos e momentos processuais, principalmente as audiências de instrução e julgamento, assim como boa parte das sessões de julgamentos de recursos, nos quais a presença física de todos os envolvidos, magistrados, advogados e, se o caso, as próprias partes e o representante do Ministério Público, garante o respeito a direitos fundamentais como o da ampla defesa e do contraditório⁵.

É preciso, pois, estar atento para que o positivo aumento da utilização de recursos tecnológicos que facilitam o acesso à justiça não acabe por restringir cada vez mais o contato presencial em momentos decisivos do processo.

E são conhecidos os malefícios que esse distanciamento presencial acarreta ao exercício da advocacia. Exemplo disso são os julgamentos virtuais, que já aconteciam corriqueiramente nos Tribunais antes mesmo da pandemia. Ao contrário dos julgamentos via videoconferência que provavelmente permanecerão para determinadas situações, nos julgamentos virtuais inexistiu qualquer interação ou acompanhamento da questão examinada durante o processo decisório, o que é bastante temerário já que o advogado fica privado de cumprir o seu papel de prestar esclarecimentos durante a construção da decisão jurídica.

O debate deve prosseguir. Como em qualquer paradoxo, muito mais importante do que respostas fáceis decorrentes de mero exercício de futurologia é a permanente abertura para questionamentos, que nos mantém críticos e vigilantes quanto aos caminhos e descaminhos da advocacia enquanto atividade indispensável à administração da justiça, conforme estampado no art. 133 da Constituição Federal.

5 Em sessão do Pleno realizada em 21.10.2021, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, que as sessões de julgamento na modalidade presencial serão retomadas no início do primeiro semestre forense de 2022.

A participação de advogados em questões de natureza criminosa e sua repressão

*Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro
Francisco Felipe Lebrão Agosti*

Questões controvertidas entre as atividades típicas da advocacia e o delito de lavagem de dinheiro

1. Introdução

O debate acerca da incidência da lei de lavagem de dinheiro e a atividade de advocacia não é novo. A discussão teve maior repercussão com a vigência da lei 12.683/2012, que promoveu alterações à lei nº 9.613/1998. Não obstante, ainda pairam, sobre o tema, inúmeras discussões. Por esta razão, são recorrentemente apresentadas inúmeras propostas legislativas e novas diretrizes sobre o assunto.

Portanto, o que se pretende através do presente artigo é analisar os limites da aplicação da lei de lavagem no âmbito de atividades da advocacia, bem como trazer reflexões sobre as lacunas da legislação atualmente vigente, sugerindo, ao final, o aprofundamento do debate sobre a criação de mecanismos e diretrizes de autorregulação dos deveres e responsabilidades dos advogados e sociedades de advogados relacionados à prevenção da lavagem de capitais.

2. Desenvolvimento

Estabeleceu o legislador constituinte que o exercício da advocacia é essencial à justiça e que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133, CF/88).¹

1 **Art. 133.** O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Por sua vez, o art. 1º da lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil),² específica que são atividades privativas da advocacia a postulação a órgão do poder judiciário e aos juizados especiais, bem como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Tal definição, apesar de abrangente, é de suma importância, pois, com o advento da lei 12.683/2012 – que trouxe alterações à lei nº 9.613/1998 –, surgiram pontos polêmicos a respeito da participação do advogado no delito de lavagem de ativos. Conforme pontua André Callegari, a reforma da lei de lavagem de dinheiro trouxe à baila novas análises dos serviços advocatícios e a posição do advogado frente ao mencionado delito, sendo possível determinar dois momentos diferentes em que se dá tal questionamento: *a aceitação de honorários maculados e a obrigação do advogado em fornecer informações como se mero consultor fosse.*³

No que diz respeito à obrigação em fornecer informações, prevista nos arts. 10 e 11 da lei 9613/98, o legislador estabeleceu, no art. 9º do referido dispositivo legal, uma lista de setores de atividades sensíveis à lavagem de dinheiro, cujos profissionais devem colaborar com o combate ao crime. Em específico, esses profissionais devem compilar e sistematizar dados sobre os usuários dos seus serviços, bem como comunicar às autoridades competentes sobre atividades suspeitas de lavagem de dinheiro, sem que seja dada ciência ao denunciado.

Especificamente no que interessa ao presente estudo, o inciso XIV⁴, do art. 9º, da Lei 9.613/98, inclui entre os sujeitos submetidos à obrigação de comunicação, pessoas físicas ou jurídicas que prestam, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, nas mais diversas operações⁵.

2 Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (Vide ADIN 1.127-8) II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

3 Callegari, André Luís. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p 117.

4 Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações.

5 a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias

Em uma primeira leitura do texto legal, portanto, poder-se-ia inferir que o conceito amplo do termo “*de assessoria, consultoria de qualquer natureza*” englobaria a atividade advocatícia, nos termos do art. 1º da Lei 8.906/1994.

Ocorre que, especificamente em relação à atividade do advogado, a discussão é mais complexa. Isso porque a lei 8.8906/94 prevê o sigilo e a inviolabilidade das informações do cliente que estão sob custódia do advogado – o que torna a atividade incompatível com o dever de informar. Inclusive, a violação do sigilo profissional é tipificada no art. 154 do Código Penal,⁶ além de configurar manifesta quebra de confiança do profissional da advocacia em relação às informações e dados por seu cliente⁷.

A discussão, como dito, não é nova. André Callegari⁸ aponta que o cerne da questão está na definição do momento em que o advogado pode ser incluído neste rol de obrigados, “*devendo haver clara distinção entre o assessoramento extrajudicial e o direito de defesa processual propriamente dito*”.

Nesse sentido, a diretiva n. 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho da UE revelou a tendência de classificar a atividade do advogado em diversas categoriais distintas, **exonerando algumas do dever de comunicar e incluindo outras.**⁹

de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

6 **Art. 154** – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

7 Segundo o art. 34, inciso VII, da Lei 8906/94 (Estatuto da OAB), constitui infração disciplinar “violiar, sem justa causa, sigilo profissional”;

8 Callegari, André Luís. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p 122.

9 *IN* Badaró, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98. 3ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016. p. 186.

Nessa direção, no Brasil, no final do ano de 2020, o Presidente da Comissão de Acompanhamento da Lei de Lavagem de Dinheiro da OAB encaminhou proposta ao Plenário do Conselho Federal da entidade, postulando pela exoneração de algumas atividades da advocacia do dever de comunicação às autoridades e incluindo outras¹⁰.

Conforme a sugestão encaminhada, ficariam submetidos ao dever de comunicação ao COAF os advogados que atuam na compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; financeiras, societárias ou imobiliárias; e de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

Por outro lado, não se sujeitariam às obrigações de comunicação aqueles que prestam consulta jurídica ou emissão de pareceres para orientar ou determinar a posição jurídica do cliente, inclusive por advogado interno de empresas ou de instituições que não sejam caracterizadas como sociedade de advogados, desde que não caracterizem prestação de serviços na preparação ou execução das operações mencionadas no parágrafo mencionado acima, de representação em processos judiciais, administrativos, fiscais, arbitrais, de conciliação ou mediação, inclusive as atividades de consultoria, aconselhamento, assessoria sobre o início ou a evitação de um litígio ou procedimento de qualquer natureza.

A proposta enviada ao Conselho Federal da OAB, contudo, foi rejeitada em abril de 2021¹¹. Isto porque, como a matéria já havia sido objeto de deliberação em outros anos e, não havendo alteração fática/legislativa sobre o tema, concluiu-se pela manutenção do entendimento de que o dever de comunicação ao COAF previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro é inaplicável aos serviços advocatícios¹².

10 Acesso em 2.11.2021. <https://www.conjur.com.br/dl/proposta-oab-preve-advogados-comuniquem.pdf>.

11 Acesso em 2.11.2021 https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/4/29E7122A5AF93F_voto-oab.pdf.

12 EMENTA n. 76/2012/OEP: Lei 12.683/12, que altera a Lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial. Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem

Expostas as questões atuais que circundam o debate, a conclusão destes autores a respeito do tema, conforme se demonstrará, é no sentido de que as atividades típicas e privativas da advocacia não estão sujeitas a obrigação de comunicação prevista no art. 10 da lei 12.863/2012.

Isto porque o sigilo profissional garantido por lei ao advogado deve ser visto como ponto basilar do estado democrático de direito. A sua violação rompe com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. É dizer, a advocacia é o instrumento pelo qual a ampla defesa, garantia constitucional, se concretiza no mundo fático. Não por outra razão, o legislador assegurou ao advogado, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins.

Com relação, por exemplo, aos advogados togados – aqueles que representam clientes em contencioso judicial ou extrajudicial –, tem-se que a representação de alguém em litígio é a “concretização do direito de defesa e só pode ser praticada se presente a mais absoluta confiança e transparência na relação entre advogado e cliente”¹³, logo, a eventual exigência da comunicação implica na “quebra deste norte de todo o sistema defensivo, pondo em xeque o verdadeiro papel de advogado: garante do sistema democrático ou mero assistente da acusação”¹⁴.

Nesse sentido, como asseveram Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini, a Organização das Nações Unidas já declarou que os governos devem respeitar a confidencialidade de todas as comunicações e consultas feitas entre os advogados e clientes no âmbito de suas relações profissionais. Além disso, como pontua Carlos Gomes Jara Diez, não pode o advogado se tornar um “policia encoberto sob o manto da relação profissional”¹⁵. A refe-

fazer cadastro no COAF, nem tem o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhes foram entregues no exercício profissional. Obrigação das Seccionais e Comissões de Prerrogativas Nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los.

13 Badaró, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98. 3ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016. p. 188.

14 Callegari, André Luís. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p. 122.

15 Carlos Gomez Jara-Diez, El Critério de los honorários profesionales, p. 219. In IN Badaró, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98. 3ª edição. São

rida sujeição – prevista na lei de lavagem – tem o potencial de transformar os advogados em agentes do Estado, colocando em risco a sua liberdade de atuação e a liberdade de seus clientes, transformando a consulta a um advogado numa possível confissão a um futuro delator.¹⁶

Além disso, nos parece que a exigência da comunicação afronta o direito à não autoincriminação. Afinal, a garantia do acusado torna-se inócua se o seu respectivo patrono tem a obrigação de comunicar às autoridades eventuais suspeitas de irregularidades.

E não é somente ao advogado litigante que a abstenção de comunicação deve ser garantida. Nos termos do art. 1º da Lei nº 8906/1994, as garantias da profissão são aplicáveis aos advogados que prestam as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica.

Ou seja, se por um lado a lei da lavagem estabelece que as pessoas que prestam serviços de assessoria ou consultoria de qualquer natureza se submetem ao dever de informação, por outro a Lei 8.906/1994 – de idêntica hierarquia –, regulamenta especificamente um tipo de consultoria e assessoria: a jurídica, garantindo a tais profissionais o dever de sigilo ao profissional da advocacia (art.7º). Por esta razão, o conflito aparente de normas deve ser resolvido pelo princípio da especialidade, com a consequente aplicação da norma prevista no Estatuto da Advocacia.

Nesse sentido, André Callegari pontua que *“por ser lei específica sobre a atuação do profissional advogado, e tratando esta do sigilo, deve-se ser afastada a exigência da comunicação, em virtude da preponderância da regra contida no Estatuto da Advocacia. De igual forma, o critério da especialidade transparece na letra da nova lei (de lavagem) que, ao tratar dos serviços de assessoria, nada refere especificamente acerca do advogado”*.¹⁷

É dizer, o dever de comunicação previsto na lei de lavagem não menciona a advocacia. O gênero, nessa hipótese, é derogado pela espécie que prepondera sobre ele. Portanto, a obrigação de comunicação é afastada diante da especialidade do sigilo dirigida a atividade de advogado.¹⁸

Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016. P. 192.

16 Greco Filho, Vicente; Rassi, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. BOLETIM IBCCRIM, a 20, n. 237, p. 13-14, ago 2012.

17 Callegari, André Luís. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p 122.

18 Badaró, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei

Deste modo, os advogados que exercem as funções típicas e privativas da advocacia, expressas no art. 1º da Lei 8906/94 (postulação judicial, consultoria, assessoria e direção jurídica) não estão sujeitos – por imperativo legal e constitucional – às obrigações previstas no art. 9º, XIV, da Lei 9613/1998.

Por outro lado, estes autores entendem, com base nas lições de Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini, que os deveres de comunicação impostos pela Lei nº 9.613/98 são aplicáveis aos advogados que atuam em outra seara (não jurídica), como mandatários para representação não processual ou prestam consultoria em questão não jurídica, ou seja, profissionais de consultoria ou operação extrajurídica. A razão para o raciocínio é simples: se as atividades vão além daquelas previstas no estatuto da advocacia, incidem os deveres da Lei de Lavagem.¹⁹

Superada a questão referente ao dever de comunicação, cumpre ressaltar que a prerrogativa da profissão não pode ser aplicada ou entendida como um subterfúgio para a prática do crime de lavagem de ativos. Ou seja, apesar de não ser obrigado a comunicar atos suspeitos de lavagem, o advogado – principalmente o consultivo – tem o dever de se abster de contribuir com eles, sob pena de, a depender da hipótese, incorrer na própria prática do delito previsto na Lei 9613/98.

Segundo Isidoro Blanco, o advogado deve se abster no momento em que toma conhecimento de que sua assessoria será usada para mascarar bens oriundos de infração penal. Ou seja, assim que o profissional tem ciência de que sua assessoria está sendo utilizada para fins ilícitos, deve se abster de trabalhar com o seu cliente, sob pena de concorrer para a prática do delito de lavagem de ativos.

A verificação de tal situação, porém, não é simples. Para tentar sanar as lacunas legislativas, a doutrina sugere, há tempos, a criação de recomendações que sirvam de “*standards profissionais para os advogados de consultoria*”, e, assim, fixe parâmetros de risco permitido para orientar o profissional em sua atuação.

Nesse sentido, Heloisa Estellita sugere a criação de recomendações que sirvam de “*standards profissionais para os advogados de consultoria ou assessoria jurídica estrita*

9.613/98. 3ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016. p. 192 Cordeiro, Isidoro Blanco. El delito de blanqueo de capitales. 4 edición. 2015, p 752.

19 Badaró, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98. 3ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016. p. 192.

*no sentido de identificar situações de risco de lavagem que demandassem especial atenção ou, no limite, a recusa na prestação dos serviços pretendidos”, servindo como “padrões de diligência que protegessem os advogados de indevidas imputações de prática de lavagem quando da prestação legítima de seus serviços”.*²⁰

Em abril de 2021 o Conselho Federal da OAB determinou a criação de Comissão Especial com o objetivo de apresentar ao Conselho Pleno projeto de provimento que estabeleça diretrizes de conduta profissional dos advogados e escritórios de advocacia na prevenção de envolvimento com operações suspeitas de lavagem de capitais. Até o presente momento, contudo, tais medidas não foram publicadas.

Tais recomendações, ainda que incipientes, são de suma importância para que o advogado possa se proteger e, como afirmado, ter fixados os parâmetros de riscos decorrentes de sua atividade profissional.

Sem prejuízo, enquanto tais normativas não são estabelecidas, cumpre lembrar as lições de Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini a respeito da participação nos crimes de lavagem na modalidade de colaboração material. Tal modalidade de colaboração somente terá relevância penal se:

“(1) o agente criar um risco, (2) esse risco não for permitido – (2.1) porque desrespeita normas, atos normativos e regras técnicas profissionais de cuidado ou (2.2) porque viola o dever normal de cautela derivado da experiência geral da vida, que consiste no dever de cuidado ou abstenção nos casos em que (2.2.1) seja previsível o resultado (sob uma perspectiva ex ante levando em consideração os conhecimentos especiais do agente), e que (2.2.2) seja exigível o cuidado (baixo custo social da cautela e idoneidade da mesma para proteger bens jurídicos) – (3) esse risco não permitido contribuir causalmente para o resultado e (4) o resultado estiver dentro do âmbito de abrangência da norma de cuidado.”²¹

20 Estellita, Heloísa. *Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação*. In *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Editora FGV, 2017, p. 19.

21 Badaró, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/98. 3ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016. p. 181.

Calçado nessas premissas, o advogado, em situações de dúvida, deve observar os parâmetros acima para, a depender da hipótese, se abster de prestar a consultoria jurídica. Vale lembrar, ainda, que, muito embora as regras do estatuto da OAB e do Código de Ética e Disciplina não tenham sido criadas com o fim de controlar os riscos que as atividades típicas da advocacia possam criar para o patrimônio alheio, é certo que os mencionados diplomas indicam as regras de prudência no exercício da profissão.²²

Por esta razão, servem para dar conteúdo ao terceiro dos critérios de avaliação: *o comportamento conforme ou contrário ao standard geral dos homens prudentes*.²³

Consolidadas as questões acima, passa-se o último tópico de análise do presente estudo, qual seja: (a)tipicidade da conduta do advogado que recebe honorários maculados.

Ainda que óbvia, a premissa universal a ser utilizada no presente tópico deve ser ressaltada: a contratação do advogado reflete a efetiva prestação dos seus serviços, nos termos do art. 1º da Lei 8906/1994. Diz-se isso pois, conforme pontua Heloisa Estellita, a confecção de contrato de honorários por serviços não efetivamente prestados para encobrir transações financeiras nada tem a ver com o exercício regular da advocacia e pode configurar diversas figuras penais a depender da situação concreta.²⁴

Estabelecido tal axioma, passa-se a analisar as modalidades de conduta típica. Estabelece o *caput* do art. 1º da Lei 9613/98 que a conduta de dissimular ou ocultar a natureza, origem, localização movimentação ou propriedade do objeto material anteriormente indicado. *Enquanto o ocultar tem o significado de esconder, o dissimular tem o significado de disfarçar*.²⁵

Nesse caso, ainda que os valores depositados na conta do escritório de advocacia – referentes à contratação e prestação de serviços advocatícios – tenham sido obtidos com

22 Art. 34, XV, II, da EOAB.

23 Estelitta, Heloisa. Lavagem de Dinheiro: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada. Coordenação Pierpaolo Cruz Botini e Ademar Borges, São Paulo, Editora Thonsom Reuters, 2021, p.77.

24 Estelitta, Heloisa. Lavagem de Dinheiro: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada. Coordenação Pierpaolo Cruz Botini e Ademar Borges, São Paulo, Editora Thonsom Reuters, 2021, p.66.

25 Estelitta, Heloisa. Lavagem de Dinheiro: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada. Coordenação Pierpaolo Cruz Botini e Ademar Borges, São Paulo, Editora Thonsom Reuters, 2021, p.69.

a prática de determinada infração, observa-se que a conduta é atípica. Não há, nessa hipótese, o ato de ocultação ou dissimulação por parte dos advogados, uma vez que o recebimento dos valores se deu como contraprestação por serviços prestados e não, como exige o elemento subjetivo especial do tipo, para ocultar ou dissimular a sua utilização.²⁶

Não se revela razoável, nesse sentido, considerar como um ato semelhante à lavagem de capitais o legítimo recebimento de honorários profissionais, ainda que provenientes de recursos obtidos de maneira ilícita, eis que o advogado, nessa condição, “*não age com a finalidade ocultar, dissimular ou dificultar a localização do produto do crime, mas somente receber a justa contrapartida do exercício de uma função legalmente autorizada*”.²⁷

Nesse diapasão é a lição Pierpaolo Bottini: “*o dinheiro recebido por profissional liberal, em contraprestação a serviços realmente efetuados, com a regular emissão de nota fiscal, não contribui para mascarar o bem, uma vez que seu destino é conhecido e registrado. Não há ato objetivo de lavagem do dinheiro. A transparência/formalidade do pagamento afasta a incidência do dispositivo*”.²⁸

De igual forma, Sanchez Rios entende que o pagamento de honorários com dinheiro de origem delitiva ao advogado implica em um ‘*ato de transformação do dinheiro em serviços profissionais do defensor*’, não gerando por si só ‘*ocultação ou dissimulação de sua origem nem consolidação da capacidade econômica daquele que o entrega*’, pois, em princípio, permanece nos limites do risco permitido à atividade profissional respectiva.²⁹

Por seu turno, André Callegari é ainda mais direto e – corretamente – aponta que a solução para o impasse deveria ser resolvida pelo princípio do livre exercício da advocacia e indispensabilidade do advogado, desde que, obviamente, os serviços advocatícios sejam prestados. Afinal, como afirma Perez Manzano, a cobrança de honorários segundo práticas habituais jamais poderá imputar ao advogado a responsabilidade penal da la-

26 Estelitta, Heloísa. Lavagem de Dinheiro: pareceres jurídicos: jurisprudência selecionada e comentada. Coordenação Pierpaolo Cruz Botini e Ademar Borges, São Paulo, Editora Thonsom Reuters, 2021, p.70.

27 Acesso em 2.11.2021. <https://www.conjur.com.br/dl/proposta-oab-preve-advogados-comuniquem.pdf>.

28 Acesso em 2.11.2021. (<https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/direito-defesa-advogado-naofiscal-propios-honorarios>).

29 Sanchez Rios, Rodrigo. Direito Penal Econômico: advocacia e lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 190/191.

vagem de dinheiro³⁰. O autor menciona, ainda, em sua obra a respeito da teoria de Kai Ambos denominada de “causa de justificação”, na qual consiste no reconhecimento da preponderância do direito de ampla defesa, devido processo legal e presunção de inocência quando contraposto à incriminação da conduta do advogado que presta serviço indispensável à justiça.

Também não se amoldam à figura típica prevista no *caput* do art 1º da Lei 9613/98 as demais formas previstas em lei (§1º e 2º), em razão da ausência da intenção de ocultar ou dissimular no recebimento dos valores à título de pagamento, tratando-se, apenas, de remuneração por seus serviços.

Portanto, como pontua Pierpaolo Bottini, “*o mero beneficiário dos valores lavados não participa do crime, mesmo que saiba da sua prática e isso vale para o advogado contencioso e para o consultivo, pois o recebimento de honorários é relacionado com a prestação de serviços prestados em si e não com o conteúdo do serviço*”.³¹

3. Conclusão

Ante as considerações acima expostas é possível chegar a algumas conclusões.

A primeira delas é que se revela inadequado obrigar o advogado a fornecer informações sobre seus clientes, diante da proteção legal específica prevista na lei 8906/94.

A segunda é a respeito do momento em que o advogado se abster de prestar consultoria assessoria jurídica, ou seja, assim que verificar que sua assessoria será usada para mascarar bens oriundos de infração penal. A constatação de tal situação, contudo, não é simples. Assim, a criação de recomendações que sirvam de “*standards*” e fixem parâmetros de risco permitido para orientar o profissional em sua atuação parece ser uma solução adequada para dirimir controvérsias sobre os limites de atuação profissional.

A terceira decorre da atipicidade do crime de lavagem de dinheiro nos casos de recebimento de honorários pelo advogado, uma vez que não se trata de ocultação ou

30 MANZANO, Pérez. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales*. Madrid: La Rioja. p. 20. *In*. Callegari, André Luís. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014. p 120.

31 Badaró, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98. 3ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016. p. 196.

dissimulação. Como visto, o dinheiro recebido pelo profissional, em contraprestação a serviços efetivamente efetuados, com a regular emissão de nota fiscal, não contribui para mascarar o bem, uma vez que seu destino é conhecido e registrado.

Sem prejuízo das conclusões expostas acima, é preciso reconhecer que a discussão ainda está longe de ser concluída. Como apontado no início do presente estudo, estão em tramitação inúmeros projetos de lei³² que pretendem, por exemplo, obrigar os advogados fornecer informações sobre seus clientes aos órgãos de controle.

Tais propostas, sem qualquer análise constitucional do direito de defesa e do próprio estatuto da ordem dos advogados, equiparam em sua totalidade o causídico de boafé ao delinquente que lava dinheiro.

É preciso cuidado. Enquanto as propostas legislativas não são deliberadas, estes autores reafirmam ser necessário aprofundar o debate sobre a criação de mecanismos e diretrizes de autorregulação dos deveres e responsabilidades dos advogados e sociedades de advogados relacionados à prevenção da lavagem de capitais.

Alterações Recentes na Legislação Societária

*Melissa Carvalho Kanô
Ana Carolina Hipólito Cabral*

O ano de 2021 se mostrou um ano de diversos desafios e avanços em muitos aspectos sociais e econômicos. Acompanhamos o avanço da vacinação e todas as medidas para enfrentamento da pandemia causada pela Covid-19. No âmbito legislativo, as mudanças decorrentes da pandemia iniciaram ainda em 2020, por meio da criação de medidas urgentes para flexibilização salarial, adaptação de reuniões e assembleias até então presenciais para o modelo remoto, celebração e aceitação de contratos eletrônicos. E, em 2021, seguiu-se a tendência de mudanças e modernizações legislativas.

Com relação ao direito societário, foi possível notar que o legislador focou na pauta de modernização como um dos seus principais objetivos, trazendo não só alterações relacionadas ao processo de desburocratização iniciado no ano anterior, bem como se aprofundando em temas empresariais que auxiliassem os empresários na retomada dos negócios e consequente crescimento da economia pós-pandemia.

Abaixo, apresentamos um resumo das principais alterações societárias. Muitas das alterações são em decorrência de assuntos iniciados em 2020 e muito aguardados pela comunidade jurídica e empresarial. Para fins deste artigo, trataremos das duas principais leis que entraram em vigor em 2021: (i) a Lei Complementar nº 182, de 1 de junho de 2021, a qual institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador (“Marco Legal”) e alterou a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das S.A.”), e (ii) a Lei 14.195, de 26 de agosto de 2021, que, entre outros, alterou diversos institutos da Lei das S.A. e da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”), ficando, por esta razão, conhecida como a lei do ambiente de negócios (“Lei do Ambiente de Negócios”).

1. Marco Legal das Startups

O Marco Legal surgiu a partir do Projeto de Lei Complementar nº 146, de 2019, no intuito de simplificar a criação e fomentar o crescimento de startups no país, por meio

da desburocratização de processos e reconhecimento de que tais sociedades se diferem, em seu estágio inicial, das demais sociedades empresárias, pois viabilizam a criação de novas tecnologias e modelos de negócio, que tanto adicionaram na nossa sociedade na última década.

Com relação ao conceito de startup, muitos divergem sobre qual tipo de sociedade poderia ser considerada uma startup. Para alguns, qualquer sociedade em seu estágio inicial poderia ser considerada uma startup, independentemente do seu modelo de negócios. Para o mercado em geral, startup seria aquela sociedade em estágio inicial que traz um modelo de negócios inovador, que possa ser repetido e com escalas de crescimento e faturamento.

No intuito de esclarecer quais sociedades seriam beneficiárias do Marco Legal, a lei trouxe como conceito de startup *as organizações empresariais ou societárias, nascidas ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados*¹, sendo elegíveis o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades empresárias, as sociedades cooperativas e as sociedades simples que (i) detenham receita bruta de até R\$ 16.000.000,00 no ano-calendário anterior, ou de R\$ 1.333.334,00 multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior (quando inferior a 12 meses); (ii) tenha sido inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (“CNPJ”) dentro do prazo de até 10 anos; e (iii) declare em seu ato constitutivo ou alterador a utilização de modelo de negócios inovador para a geração de produtos ou serviços ou se enquadre no regime especial Inova Simples, nos termos do art. 65-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Considerando o cenário das startups e as diversas exigências até então existentes na lei, o Marco Legal alterou a Lei das S.A. e criou novos dispositivos que simplificaram a constituição destas sociedades e desburocratizaram a sua manutenção, por meio das seguintes alterações:

- (i) permissão para que as sociedades por ações detenham somente um único diretor (até então, era exigido ao menos 2 diretores);
- (ii) dispensa das publicações exigidas pela Lei das S.A. em jornais de grande circulação e diário oficial para as sociedades com receita

1 Artigo 4º da Lei Complementar nº 182, de 1 de junho de 2021.

- bruta de até R\$ 78.000.000,00, que poderão ser substituídas por publicações de forma eletrônica, além de substituição dos livros sociais por registros mecanizados ou eletrônicos;
- (iii) para as sociedades com receita bruta de até R\$ 78.000.000,00, na hipótese de omissão do estatuto quanto à distribuição de dividendos, estes serão estabelecidos livremente pela assembleia geral, independentemente do previsto no artigo 202 da Lei das S.A., desde que não seja prejudicado o direito dos acionistas preferenciais no recebimento de dividendos fixos ou mínimos previstos no estatuto;
 - (iv) a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) facilitará o acesso de companhias de menor porte (receita bruta anual inferior a R\$ 500.000.000,00) ao mercado de capitais e será permitido dispensar ou diferenciar algumas exigências, como conselho fiscal, intermediação de instituições financeiras em distribuições públicas de valores mobiliários, exigência de dividendo mínimo obrigatório etc.;
 - (v) autorização para aporte em startups por pessoa física ou jurídica, além de fundos de investimento, que poderão ou não resultar em participação no capital social da startup, por meio de contratos de opção de subscrição ou opção de compra, a fim de proteger o investidor de qualquer responsabilidade relacionada à startup perante terceiros; e
 - (vi) criação do chamado “*sandbox* regulatório”, possibilitando que órgãos da administração pública autorizem temporariamente as sociedades licitantes a desenvolverem tecnologias e modelos de negócios, podendo, para tanto, afastar a incidência de normas de sua competência para tais sociedades.

2. Lei do Ambiente de Negócios

A Lei do Ambiente de Negócios surgiu a partir da Medida Provisória 1.040, de 29 de março de 2021, convertida em lei em 26 de agosto de 2021, com algumas alterações. Tal lei tem por objeto a facilitação para abertura de empresas, a proteção de acionistas minoritários, a facilitação do comércio exterior, a revisão das cobranças realizadas pelos

conselhos profissionais, a desburocratização societária e de atos processuais e a prescrição intercorrente no Código Civil, entre outros.²

No intuito de melhorar a posição do Brasil no ranking *Doing Business* do Banco Mundial, a lei foi promulgada com o objetivo de auxiliar os empreendedores na retomada de suas atividades pós-pandemia e atrair novos investimentos estrangeiros, seguindo outras leis promulgadas com o mesmo intuito, como a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (“Lei da Liberdade Econômica”). Neste item, trataremos algumas das principais inovações trazidas pela lei no âmbito societário e empresarial.

Com relação às matérias do âmbito de direito empresarial, a Lei do Ambiente de Negócios passou a vigorar de forma gradativa, a partir da sua publicação, em 27 de agosto de 2021, exceto com relação à mudança na vedação de acumulação de cargos nas companhias abertas (abaixo detalhada), que passará a produzir seus efeitos no prazo de 360 dias da publicação, ou seja, em 21 de agosto de 2021.

2.1 Nome Empresarial.

200

Nos termos do artigo 1.155 do Código Civil, o nome empresarial é formado pela firma do empresário individual ou pela denominação da sociedade empresária. A Lei do Ambiente de Negócios, em seu artigo 3-A, alterou o artigo 35-A da lei 8.934, de 18 de novembro de 1994 (“Lei de Registro Público de Empresas Mercantis”), a fim de prever que o empresário individual e a sociedade empresária poderão optar por utilizar o número de inscrição no CNPJ como nome empresarial, seguido da partícula identificadora do tipo societário ou jurídico, quando assim exigido pela lei.

Vale salientar que, embora a lei tenha alterado a Lei de Registro Público de Empresas Mercantis, esta não alterou o artigo 1.155 do Código Civil, que ainda prevê que o nome empresarial deve ser composto da firma do empresário individual ou da denominação da sociedade empresária.

Além disso, a Lei do Ambiente de Negócios também alterou os artigos 1.160 e 1.161 do Código Civil, liberando as sociedades anônimas e as sociedades em comandita simples da obrigatoriedade de incluir o seu objeto social como parte da sua denominação.

2 Artigo 1º da Lei 14.195, de 26 de agosto de 2021.

2.2 Extinção da EIRELI.

A Lei da Liberdade Econômica trouxe uma inovação muito esperada por todos, viabilizando a existência de uma sociedade limitada com um único sócio, assim conhecida como sociedade limitada unipessoal. Essa permissão visou referendar a prática de mercado, na qual, a existência do segundo sócio decorre, na maioria das vezes, da exigência da pluralidade de sócios e não da efetiva condição de sócio.

Com a criação da sociedade limitada unipessoal, a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) caiu em desuso, tendo sido oficialmente extinta com a Lei do Ambiente de Negócios.

Assim, com a Lei do Ambiente de Negócios, as EIRELIs deverão ser transformadas automaticamente em sociedades limitadas unipessoais, independentemente da alteração dos seus atos societários.

Vale salientar que, novamente, a nova lei deixou de revogar o artigo 44, inciso VI e o artigo 980-A e seguintes do Código Civil, que tratam sobre o tipo jurídico da EIRELI, devendo o legislador providenciar esta revogação posteriormente.

2.3 Regras de Governança da Sociedade Anônima e Proteção dos Acionistas Minoritários.

201

No âmbito da governança e da proteção aos acionistas minoritários, a Lei do Ambiente de Negócios trouxe diversas alterações para as sociedades anônimas. Dentre estas mudanças, podemos citar:

- (i) para as companhias abertas, passa a ser obrigatória a deliberação em assembleia geral para a celebração de transações com partes relacionadas, a alienação ou a contribuição para outra empresa de ativos, caso o valor da operação corresponda a mais de 50% do valor dos ativos totais da companhia constantes do último balanço aprovado;
- (ii) o conselho de administração das companhias abertas deverá contar com a participação de conselheiros independentes, conforme regras a serem definidas pela CVM;
- (iii) o prazo de antecedência para convocação de assembleias gerais foi alterado de 15 para 21 dias, em primeira convocação e, em segunda

- convocação, passa a ser de 8 dias. A CVM também poderá adiar a data da assembleia em até 30 dias, caso entenda que os documentos e informações recebidas pelos acionistas são insuficientes³;
- (iv) as companhias, abertas ou fechadas, poderão admitir pessoas naturais não residentes como membros da diretoria, desde que seja nomeado procurador no Brasil com poderes para receber citação; e
 - (v) para as companhias abertas, fica proibida a cumulação de cargos de diretor-presidente (ou de principal executivo da companhia) e presidente do conselho de administração.

Além das alterações previstas acima, a grande inovação trazida pela Lei do Ambiente de Negócios foi a inclusão do voto plural no ordenamento jurídico brasileiro. O voto plural foi incluído na Lei das S.A., a partir dos artigos 16-A e 110-A, possibilitando que uma ação ordinária tenha direito a mais de um voto, limitado ao máximo de 10 votos por ação ordinária.

A criação do voto plural depende do voto favorável de acionistas que representem (i) metade, no mínimo, do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto; e, cumulativamente, (ii) metade, no mínimo, das ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, se emitidas, assegurado aos acionistas dissidentes o direito de se retirarem da companhia.

O voto plural terá vigência inicial de até 7 anos, podendo ser prorrogado, por qualquer prazo, desde que (i) o quórum mencionado acima ou o previsto no estatuto, quando maior, seja observado; (ii) sejam excluídos da votação os titulares de ações de classe cujo voto plural se pretende prorrogar, e (iii) seja assegurado novamente o direito de retirada ao acionista dissidente.

Na companhia aberta, somente é admitida a criação de uma ou mais classes de ações ordinárias com direito a voto plural desde que a criação da classe ocorra previamente à negociação de quaisquer ações ou valores mobiliários conversíveis em ações de sua emissão em mercados organizados de valores mobiliários. Além disso, após a sua criação, a companhia aberta não poderá alterar as características das ações ordinárias

3 Este prazo de 30 dias passou, todavia, a ser contado da data em que as informações completas forem colocadas à disposição dos acionistas, o que traz certa insegurança jurídica, visto não ser claro quando os as informações completas foram entregues e se a CVM precisaria avaliar tal feito.

com voto plural, exceto se para reduzir os respectivos direitos ou vantagens.

Tratando-se de direito personalíssimo, a lei prevê que as ações de classe com voto plural serão convertidas automaticamente em ações ordinárias sem voto plural em caso de (i) transferência, a qualquer título, a terceiros (exceto se o alienante permanecer indiretamente como único titular de tais ações e no controle dos direitos políticos por elas conferidas, i.e. em caso de transferência para uma sociedade holding, se o terceiro adquirente já for titular da mesma classe de ações com voto plural a ele alienadas, ou se a transferência ocorrer em regime de titularidade fiduciária para fins de constituição de depósito centralizado), ou (ii) contrato ou acordo de acionistas, entre titulares de ações com voto plural e acionistas que não sejam titulares de ações com voto plural, que disponha sobre o exercício conjunto do direito de voto.

Além disso, o voto plural não poderá ser utilizado nas votações em assembleias sobre: (i) remuneração dos administradores; ou (ii) operações com partes relacionadas. Além disso, não será considerada a pluralidade de votos nas matérias em que a lei expressamente indicar quóruns com base em percentual do capital social, sem menção ao número de votos conferidos. Por fim, não será permitida a incorporação, a fusão e a cisão entre companhia aberta que não adote o voto plural e a companhia que adote o voto plural.

O voto plural não estava previsto na redação original da Lei de Ambiente de Negócios e tem gerado muitas discussões entre os especialistas da área. Porém, ainda que tenha espaço para melhorias, a inclusão do voto plural na Lei das S.A. representa um grande avanço e uma proximidade ao ambiente regulatório internacional.

Como demonstrado acima, ainda que alguns normativos necessitarão de ajustes ou regulamentações, o ano de 2021 trouxe grandes avanços no direito empresarial que deverão possibilitar, cada vez mais, a existência de um ambiente de negócios seguro e menos burocrático..

O Híbrido, Monitorado, “Forto”, Transnacional, Metaverso e “Negociado” Teletrabalho

Luis Otávio Camargo Pinto

(I) Introdução:

O título do artigo apresenta palavras, siglas, novas expressões, modismos passageiros, mas o fato é que a análise de cada vocábulo ali transcrito viabilizará a construção de algumas reflexões para experiências que estão tomando espaço nos ambientes que hoje desfrutamos em nossas atividades pessoais e profissionais.

A pandemia do coronavírus representou importante desafio para as sociedades de advogados, aliás, estamos ainda no processo de retomada ou de definição de nossas atividades nas modalidades: presencial, telepresencial (home office) ou híbrida. Fosse somente essa a escolha, certamente a solução estaria sob nosso controle, bastando exercitar a tão necessária e imprescindível “escutatória” para com os nossos sócios, advogados, estagiários e back office.

No entanto, se analisarmos o atual momento sob uma ótica mais abrangente, encontraremos sensíveis desafios que continuarão impactando nossas vidas, razão pela qual tentarei realizar breves apontamentos para cada título supramencionado.

(II) Híbrido

Inúmeras pesquisas que avaliaram o “home office mandatório” já foram publicadas nos mais variados formatos e com diferentes enfoques, umas com bases científicas consolidadas, outras experiências sem grande representatividade e que necessitam ser relativizadas.

O que, todavia, ficou muito bem compreendido, é que no embate presencial versus o telepresencial, a modalidade de trabalho que ganhou importante aderência foi o traba-

lho híbrido ou misto¹. Um dos atuais desafios será enfrentar esse modelo numa aplicação em escala, mas certamente cada empresa/organização/sociedade de advogados saberá escolher o melhor formato, ora definindo mais “home”, ora pontuando mais “office” ou simplesmente apostando no movimento “anywhere office”.

(III) Monitorado

No que se refere à jornada de trabalho e a depender do formato híbrido que seja eleito, preponderante ou não, a balança poderá pender mais para o artigo 62, inciso III da CLT² ou para o artigo 6^o³ consolidado para aqueles que, como eu, acreditam que realmente essa diferenciação e cuidado são necessários, pelo menos enquanto permanecer a atual redação do artigo 75-B da CLT, que insiste em confundir o jurisdicionado com a palavra “preponderantemente”⁴.

No entanto, mesmo nas hipóteses em que o trabalho é realizado fora das dependências da empresa e, aparentemente, a vontade do empregador não é controlar a jornada de trabalho, encontramos um avanço agressivo nos processos de gestão e controle das atividades, “coincidentemente” com o avanço de Inteligência Artificial nas relações de trabalho.

Nesse caminhar e a depender do crescimento desses processos, sob o viés jurídico, quando esta é a vontade do empregador, certamente é possível identificar provável risco no que diz respeito aos softwares de vigilância/monitoramento, que tem a capacidade de

1 <https://www.editoramizuno.com.br/relacoes-de-trabalho-e-desafios-da-tecnologia-em-um-ambiente-pos-pandemia.html> – acesso em 14/10/2021.

2 Art. 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)
III – os empregados em regime de teletrabalho.

3 Art. 6º – Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

4 **Art. 75-B.** Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

medir o tempo gasto online, realizar reconhecimento facial, definir e investigar o número de sites visitados pelos teletrabalhadores, notificar os gestores quando verificarem ações “suspeitas”, além de facilmente “calcular o número de teclas digitadas pelos usuários⁵.

Sob o ponto de vista mais “filosófico” do que jurídico, não podemos deixar de avaliar sobre a real necessidade desses softwares (IA), aqui nominados exemplificativamente: Time Doctor⁶, Activtrack, Hubstaff, OccupEye, Teramind, Pragli, Interguard, Sneek, Afiniti, que priorizam o comando e controle, não nas hipóteses legais e que realmente justificam esse monitoramento, mas naquelas em que se cultiva a ideia de que somente esses mecanismos de vigilância digital evitam práticas de cyberslacking⁷ ou da imperiosa necessidade de controles de métricas de sorte a aumentar a produtividade, ainda que sem qualquer compensação remuneratória.

Sob o ponto de vista mais jurídico do que filosófico, necessário apontar que as sociedades de advogados, se assim desejarem monitorar seu corpo funcional, acredito que não poderão se surpreender com eventuais decisões de nossa Justiça Especializada, afinal, alguns desses panópticos controles rivalizam com a natureza libertária do teletrabalho.

(IV) Forto⁸

Pois bem, a realidade que tomou conta dos teletrabalhadores lançados de forma emergencial e desorganizada em suas residências, por conta de uma crise sanitária que

5 Segundo Migliano 2020, com a pandemia, a demanda por ferramentas de rastreamento aumentou 87%.

6 Time Doctor: vasculha todos os movimentos realizados pelo usuário online; Activtrack: controle do corpo funcional com o objetivo de evitar distração com mídias sociais; HuBsTaff: programa que tem por objetivo tirar fotos da tela do computador a cada cinco minutos; OccupEye: monitora o tempo que o usuário está longe de sua estação de trabalho. Inúmeros outros programas de monitoramento estão no mercado, a saber: Teramind, Pragli, Interguard, Sneek, Afiniti, etc.

7 Cyberslacking: termo utilizado para descrever o ato de secretamente utilizar a internet para diversão casual ou razões pessoais de trabalho ou acessos descontrolados a streaming de vídeos, sites pornográficos, etc.

8 FORTO – Fear of returning to the office. Síndrome não está classificada pela Organização Mundial da Saúde, como também não está catalogada no Código Internacional de Doenças.

se prolongou muito mais do que o esperado, revelou uma série de transtornos, notadamente e agora, mais recentemente, o “medo do retorno”.

A utilização da sigla “FORTO”, a bem da verdade, revela apenas uma provocação, diante de tantas iniciativas de se criar novas síndromes, afinal, não precisamos “problematizar” tudo que está a nossa volta, nada obstante esse “medo do retorno ao escritório” para alguns seja real.

Conforme apontado pela consultoria Korn Ferry⁹, esse retorno que está em franco processo de crescimento será difícil e estranho por vários motivos, dentre eles, o temor da perda do tempo “livre” derivado da economia com o tempo gasto no trajeto residência trabalho e vice-versa, a saúde mental das pessoas que “surfaram” nesse estranho movimento pandêmico e, por fim, a neurose que se instalou pelo temor de novas infecções advindas do coronavírus, novas cepas e variantes.

É muito interessante avaliar a evolução dessas interpretações ao longo da pandemia. Logo no início, muitos bradaram que o novo “normal” era balela, na medida em que tudo voltaria como era antes no quartel de Abrantes. Hoje, esse “FORTO”, sentimento diametralmente oposto à normalidade que alguns acreditavam que voltaria, começa a ser “estudado” como um sintoma dessa nossa sociedade, e cujo fenômeno, até o presente momento, não aparenta ser transitório.

Como aprendizado, ainda que consideremos essa expressão modismo ou sentimento passageiro, fica o cuidado que precisamos ter nessa transição, principalmente no acolhimento de profissionais, debilitados emocionalmente, e que ainda estão sofrendo as consequências de profundas perdas em suas vidas.

(V) Transnacional

Sendo o trabalho transnacional uma realidade anterior à COVID-19, certamente agora estamos diante de um novo cenário que deverá ser muito bem administrado, sob pena de deixarmos escapar excelentes oportunidades de melhor gerenciamento de nossas atividades.

Aqui, o enfoque também estará direcionado aos nômades digitais, na medida em que o planeta terra passa a oferecer vagas de trabalho 100% digitais. Na Europa, encontramos vistos especiais para profissionais atuarem enquanto nômades, sem território

9 Pesquisa realizada com 581 respondentes em abril/2021.

específico, teletrabalhadores, detentores de dupla cidadania e, não menos impactante, os profissionais Millennials, cuja tendência já vinha sendo observada antes da crise sanitária que assolou o mundo, sendo agora potente realidade. Essa geração prioriza o equilíbrio entre o trabalho e a vida pessoal e, com certeza, não abrirá mão deste benefício que o teletrabalho oferece às organizações.

Nesse compasso, é para essa geração que prioriza a flexibilidade do local de trabalho, e não somente políticas salariais agressivas, que os gestores deverão apontar suas lentes, na medida em que a saúde mental e o bem estar alcançaram destaque na escala de prioridades.

Importantes vozes sustentam que o atual ordenamento jurídico, ainda circunscrito aos ditames da “Lei Mendes Junior”, traz indesejável insegurança jurídica, razão pela qual a proposta de redação para o art. 75-A prevista no PL 5581/20 significará um avanço ao estabelecer que as partes livremente poderão deliberar sobre qual o direito aplicável no que se refere ao trabalho transnacional¹⁰ ou o PL 4931/20 ao definir que aplicar-se-ão as leis do local da prestação de serviços, assim entendido como sendo o local do estabelecimento da empresa ao qual o empregado se encontrar vinculado¹¹.

O que se faz necessário reconhecer, no entanto, é o fato de que, atualmente, não há regra que regule qual legislação deverá ser aplicada quando se está diante do trabalho transfronteiriço.

O que se apresenta, no presente momento, são duas alternativas: a primeira, aguardar eventual normatização por conta dos projetos de lei (já citados), e que estão em tramitação na Câmara dos Deputados e, a segunda, acreditar na força da negociação

10 Art. 75-A...

Parágrafo Único – Salvo se ajustado livremente entre as partes, ao empregado em regime de teletrabalho integral no Exterior, contratado por empregador constituído, sediado e administrado sob as leis brasileiras, aplica-se a legislação nacional, sem incidência da Lei 7064/82 ou outras leis que a substituam ou alterem, não sendo devido adicional de transferência em caso de mudança do Brasil para o Exterior ou vice-versa, quando tal mudança for acordada entre as partes.

11 PL 4931/20: art. 75-I – Considera-se transnacional o teletrabalho quando o empregado estiver em país diverso do qual se localiza o estabelecimento da empresa ao qual esteja vinculado. Parág. 4. Não haverá distinção de salário e oportunidades de promoção, entre os teletrabalhadores no país e os fora dele, se mantidas as funções, cargos e tarefas em igualdade de atribuições.

individual e coletiva, com amparo nos artigos 444¹² e 611-A¹³, inciso VII, ambos da CLT.

(VI) Metaverso

Conforme apontei anteriormente no tópico “o medo do retorno”, durante a pandemia e, infelizmente, até os dias atuais, estamos vivenciando um período de teletrabalho que deve ser estudado com mais profundidade. Estamos diante de pandemia oculta e, com ela, hoje precisamos conviver com novas doenças, dentre elas, a síndrome do olho seco, síndrome da visão do computador, além de acolhermos novas situações de esgotamento físico: *tecno stress*, *zoom fatigue*, etc.

Nos mais variados fóruns, observamos discussões sobre esse novo momento relacionadas à nossa saúde física e mental.

No entanto, o que impressiona é o fato de que, enquanto estamos tentando entender e melhor “performar” nesse momento de nossas vidas com esta indescritível explosão de videoconferências e suas consequências que envolvem nossa saúde física, as *big techs* já avançaram e estão oferecendo novos produtos que, em tese, poderão mitigar os problemas que estão sendo apontados nessa nova realidade de encontros virtuais que passaram a fazer parte de nosso dia a dia.

Refiro-me ao universo digital “metaverso” que permitirá revolucionar o trabalho online¹⁴. A utilização de tecnologias hápticas, realidade virtual e realidade aumentada

12 Art. 444 – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único – A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

13 Art. 611-A

- A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

14 Microsoft Mesh: utilização de headset de VR Hololens, que terá como função projetar imagens e sons vir-

certamente significará um fortalecimento do formato híbrido, viabilizando que um teletrabalhador que remotamente realize uma reunião possa, se assim o desejar, ingressar com o seu avatar no ambiente da empresa e continuar interagindo com os demais participantes desse encontro virtual. Um advogado em home office, ao final da reunião, poderá passear pelo corredor de uma sociedade de advogados e tomar um “café”. Como se vê, viabilizado ficou aquele bate papo no corredor, mais aqui na modalidade avatar.

Alguns dirão que isso é romantização ou delírios de gestores que apenas querem levar o reconhecimento de que profetizaram o futuro, quando o certo é que tudo voltará ao normal.

Enquanto que “academicamente” estudos estão sendo realizados para compreender os impactos das plataformas atuais em nossa saúde física e mental, novas tecnologias estão sendo ofertadas sem ao menos viabilizar que respostas sejam satisfatoriamente dadas aos modelos já existentes. Se o zoom gerou o “fatigue”, novas plataformas de colaboração de realidade mista estão surgindo, mesclando o virtual com o real, o que certamente impactará nossas sociedades de advogados. Tudo é muito recente, mas não dá para cravar que esse movimento só acontecerá num futuro longínquo ou será passageiro, longe disso.

(VII) “Negociado”

211

A inserção das aspas na palavra negociado tem razão de ser. Pretendo aqui abordar a questão da negociação no âmbito sindical, propriamente dito, e negociação que deverá ocorrer no âmbito da Câmara dos Deputados e Senado Federal, já salientando que tive a oportunidade de me posicionar sobre o tema em outros artigos.

No que se refere ao teletrabalho, contínuo favorável à tese de que eventuais lacunas legislativas deverão ser enfrentadas por meio de negociação sindical ou regulamentos internos, no entanto, também entendo que regulamentação mínima e que não engesse as relações de trabalho mostram-se necessárias, desde que em situações pontuais, repito.

No campo da negociação coletiva, exemplos não faltam para nos convencer de que o teletrabalho ainda será objeto de muitas rodadas de negociações. Nesse quesito, as sociedades de advogados, pelo menos no âmbito de São Paulo e Rio de Janeiro, já contam com importante apoio do SINSA – Sindicato das Sociedade de Advogados, sob a batuta

tuais no ambiente real; Facebook, infinite Office: pacto de recursos para criação de um escritório virtual, também com utilização de realidade virtual e realidade aumentada

de Gisela da Silva Freire, que certamente fará a diferença quando o assunto envolver o teletrabalho.

Quem sabe não será o teletrabalho que despertará o interesse de outros Estados da nossa Federação na criação de novas entidades sindicais para que as sociedades de advogados sejam mais céleres no direcionamento desses novos desafios.

No campo da “negociação” com os nobres deputados em Brasília, a preocupação pode tomar outras dimensões, afinal, são inúmeros projetos de lei em curso que abordam direta ou indiretamente o teletrabalho. Existe um lado bom, quando a intenção é clarificar alguns artigos e preencher vazios legislativos, mas há outro, muito preocupante, isso porque se abraçarmos um novo “código do teletrabalho” e não apenas modificações pontuais na CLT, haverá um verdadeiro desestímulo ao trabalho remoto, impactando negativamente nas sociedades de advogados essa inovadora modalidade de trabalho.

(VIII) Conclusão

Por enquanto, é inegável que ainda paira um sentimento de desconforto, afinal, estamos num processo de construção, mas que, com certeza, será dissipado com o passar do tempo.

O teletrabalho só alcançará outro patamar de gestão se conseguir atrair o imprescindível diálogo social na construção desse novo momento, mercê do envolvimento de representantes do governo, dos empregadores e dos teletrabalhadores, na busca de uma regulamentação negociada.

Enfim, as lições que as sociedades de advogados puderam aprender durante a pandemia, especificamente quando o assunto é teletrabalho, certamente ainda despertarão muitos debates e estudos.

Concretamente, já sabemos que todas as palavras que compõem o título do presente artigo se retroalimentaram durante esta grave crise sanitária e continuam umbilicalmente ligados.

É imperioso que as ações sejam céleres, pois a velocidade dos atores sociais não poderá mais uma vez estar a reboque de todas essas mudanças que estão ocorrendo impulsionadas pela COVID-19, infelizmente, mas também por conta dessas novas gerações que estão a exigir prontas respostas, sem falar, evidentemente, da tecnologia, que vem atropelando qualquer movimento que se mostre minimamente moroso.

A conferir.

Desafios relativos aos métodos alternativos de resolução de disputas no campo tributário

Priscila Faricelli de Mendonça

Daniella Zagari Gonçalves

Douglas Mota

O contexto das disputas tributárias brasileiras é desafiador e clama por mudanças estruturais urgentes e profundas. A presente análise busca enfrentar brevemente esse contexto e identificar os desafios para melhora do ambiente e incremento dos métodos alternativos – aqui tratados por adequados – na resolução de controvérsias tributárias.

1. O contexto

Como forma de traçar o atual cenário, levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça para apresentar os dados do Judiciário no ano de 2016 (Justiça em Números)¹ mostra que em 2016 havia 60 milhões de medidas judiciais em andamento no país.

Os números são expressivos, e se fizermos um recorte das lides tributárias dentro desse contingente o resultado é igualmente avassalador. Apenas considerando o âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, responsável pela atuação em casos envolvendo tributos e contribuições federais, em 2017 havia 9,1 milhões de executivos fiscais em andamento², que concentravam a cobrança de créditos fiscais que totalizam 1,8 trilhão de reais.

O mencionado levantamento do CNJ apontava que 38% dos casos em andamento eram, em 2016, executivos fiscais. Se consideradas apenas as ações de execução, aquelas

1 Disponível em <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/viewFile/34234/33117>.

2 Informação disponível em <http://fazenda.gov.br/noticias/2017/fevereiro/pgfn-disponibiliza-edicao-2017-do-201cpgfn-em-numeros201d/201cpgfn-em-numeros201d-2017.pdf>.

que cobram dívidas fiscais representam 75%.

E essa realidade não sofreu alterações. O mesmo levantamento feito pelo CNJ no ano de 2020⁵ mostra que as execuções fiscais representam cerca de 70% de todos os processos executivos em trâmite no Judiciário, e chegam a 39% de todos os processos em andamento (executivos e não executivos). Somente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, maior tribunal do país, os recursos que derivam de executivos fiscais correspondem a 63,5% dos casos ativos (ou seja, quase 12 milhões de casos). Ou seja, boa parte da estrutura do maior tribunal nacional esgota-se para julgamento de ações executivas fiscais.

O cenário acima resumido decorre, dentre outros aspectos, do fato de que a rigor, as controvérsias tributárias são solucionadas em contencioso administrativo ou em medidas judiciais, dentre as quais se destacam ações de execução fiscal, ações anulatórias ou declaratórias, medidas cautelares mandados de segurança e habeas data. A própria legislação de regência do processo executivo fiscal é taxativa quanto às hipóteses de discussão judicial do crédito tributário já inscrito em dívida ativa, ou seja, já passível de cobrança judicial (artigo 38 da Lei 6.830/1980).

214

Ou seja, à exceção do contencioso administrativo, a discussão judicial parece ser a única opção quando se trata de contencioso tributário. Assim, a efetividade da solução judicial dos conflitos tributários, portanto, não se mostra satisfatória nem tampouco efetiva. Ademais, frente à complexidade e especificidade dessas controvérsias, se sugere tratamento especializado e dedicado à sua solução, na medida em que a própria complexidade das relações tributárias atuais traz consequências pontuais e profundas nas relações de direito material que originam conflitos e controvérsias.

Em paralelo, a crise do Judiciário é tema corrente não só nos trabalhos científicos, mas também na imprensa especializada.⁴ Nesse compasso, medidas vêm sendo adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça para que os conflitos levados ao judiciário passem a

3 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>.

4 Pesquisa publicada semestralmente pela Fundação Getúlio Vargas mostra que, a despeito de a confiabilidade no Judiciário ser de 42% dos entrevistados, 93% das pessoas ouvidas buscam o Judiciário para solucionar conflitos decorrentes de relações com o Poder Público (Relatório IJC Brasil relativo ao 1º Trimestre de 2012).

receber tratamento adequado, como, por exemplo, se deu com a edição da Resolução No. 125, que prevê política para inserção de mediação e conciliação obrigatórias no âmbito do próprio Judiciário. O Novo Código de Processo Civil, seguindo a tendência, em diversas oportunidades prioriza soluções consensuais dos conflitos. Já no seu artigo 3º, o CPC preceitua que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, bem como que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Diante do cenário atual, mostra-se, portanto, cada vez mais necessário avançar com a regulamentação de métodos adequados de solução de conflitos em matéria tributária.

Afinal, essa é uma tendência mundial, incentivada pela própria OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que tem como uma de suas diretrizes formalizada na Ação 14 do BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), o oferecimento de meios de solução de controvérsias adequados aos envolvidos em disputas que tratam de tributação internacional e doméstica, dentre os quais se inserem o uso da arbitragem tributária e outros meios consensuais. E é medida absolutamente relacionada à construção de uma relação menos combativa e mais colaborativa entre fiscos e contribuintes.

215

2. As iniciativas e os desafios

Embora o Código Tributário Nacional desde sua redação original, datada de 1966, preveja a possibilidade de a lei regulamentar a transação tributária, e o CPC desde 2015 trate expressamente sobre negócio jurídico processual, vemos que, na prática, no que tange às controvérsias tributárias as iniciativas são bastante recentes.

Iniciativa percussora foi o RDCC (Regime Diferenciado de Cobrança de Crédito), instituído pela Portaria PGFN nº 396/2016, que determinou o arquivamento de ações executivas fiscais ajuizadas pela PGFN, nas quais não havia notícia de bens úteis à satisfação do crédito ou discussão acerca da exigibilidade da cobrança, com valor de até 1 milhão de reais, para que as buscas por bens passíveis de penhora e devedores ativos fosse feita administrativamente.

Como resultado do RDCC, foram arquivadas mais de 1.300.000.000 (um milhão e

trezentos mil) processos de execução fiscal que tramitavam por todo o país.⁵

Ainda no âmbito federal, a possibilidade das unidades da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional celebrar negócios processuais, ou seja, realizarem adequação procedimental com fundamento no disposto no art. 190 do CPC/2015, está expressamente prevista no Art. 19, § 13º da Lei nº 13.874, 20/09/2019 (conversão da MP 881/19, denominada MP da Liberdade Econômica).

O Poder Público federal já regulamentou o instituto com aplicabilidade focada em executivos fiscais, tais como as Portarias da Procuradoria da Fazenda Nacional nºs 33, 360, 515 e 742 todas de 2018, que trataram das hipóteses de celebração de negócio jurídico processual entre o fisco federal e os contribuintes para questões diversas – tais como confecção ou conferência de cálculos, garantias em execuções fiscais, convenção sobre prazos processuais, ordem de realização dos atos processuais, inclusive em relação à produção de provas e, até mesmo para o cumprimento de decisões judiciais finais – dependendo de análise técnica para serem concretizadas.

O cenário acima possibilitou importante avanço na regulamentação da transação tributária, por meio da Lei 13.988/2020, que se tornou o marco regulatório da transação tributária no âmbito federal, e impulsionou diferentes propostas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para adesão pelos contribuintes interessados.

As modalidades de transação entre fisco federal e contribuintes impulsionou a celebração de 268.215 acordos de transação, permitindo a regularização de 819.194 inscrições na dívida ativa da União, alcançando a cifra negociada de R\$ 81,9 bilhões.⁶

E os números seguem impressionantes. A transação no Contencioso Tributário federal referente ao pagamento de contribuições previdenciárias sobre a Participação

216

5 Os resultados desse programa tanto na perspectiva de arrecadação quanto de desafogamento do judiciário estão detalhados no artigo REDUÇÃO DE EXECUTIVOS FISCAIS E OS IMPACTOS ARRECADATÓRIOS DECORRENTES DO REGIME DIFERENCIADO DE COBRANÇA DE CRÉDITO INSTITUÍDO PELA PGFN: dados resultantes da pesquisa realizada em parceria pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), pela Escola da Advocacia-Geral da União na 3ª Região, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (TRF 3ª Região), *in* Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público.

6 Conforme dados divulgados pela PGFN e disponíveis em <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2021/pgfn-negocia-dividas-de-r-81-9-bilhoes-em-programas-de-transacao>.

nos Lucros e Resultados (PLR), prevista no Edital nº 11/2021, regularizou R\$ 820 milhões em dívidas.⁷

No Município de São Paulo, Procuradoria regulamentou, por meio da Portaria nº 128 de 24 de outubro de 2019, a realização de negócios jurídicos processuais com contribuintes no âmbito de execuções fiscais. Pelo Estado de São Paulo, foi publicada a Resolução nº PGE-27, de 19/11, que disciplina a transação terminativa de litígios relacionados à dívida ativa inscrita, alinhada com a Lei Estadual nº 17.293, de 15/10, que estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas.

E os mecanismos são válidos e precisam ser incentivados, e abrir portas para outras iniciativas. Afinal, não parece haver na legislação qualquer elemento ou critério a afastar dessa perspectiva os conflitos tributários, parcela relevante das demandas atualmente em andamento.⁸ Não se logrou localizar, na Constituição Federal, qualquer óbice ou ressalva à instauração de métodos adequados para solução de controvérsias tributárias, que tradicionalmente ficam restritas às medidas judiciais e processos administrativos.⁹

Vale mencionar, nesse contexto, a existência do Projeto de Lei 4468/2020, de iniciativa da Senadora Daniella Ribeiro, que trata da arbitragem tributária como método disponível à solução de conflitos, bem como o Projeto de Lei 4257/2019, de iniciativa do Senador Antonio Anastasia, que, dentre outros aspectos, altera a lei de execuções fiscais para prever a arbitragem tributária.

7 Disponível em <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2021/transacao-no-contencioso-tributario-regularizou-r-820-milhoes>; acesso em 17/10/2021.

8 Priscila Faricelli de Mendonça desenvolveu o tema na obra Arbitragem e transação tributárias, Gazeta Jurídica. São Paulo: 2014, p. 30.

9 Heleno Taveira Torres (In Princípios da segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários, p. 305), exatamente nesse sentido, salienta que a existência de métodos alternativos para solução de conflitos tributários não encontra óbice na Constituição Federal na medida em que não há dispositivo constitucional vedando a sua instituição. Mais adiante, o Professor ensina que os métodos alternativos poderão tratar tanto preventivamente, quanto para solução das lides já pendentes (p. 306).

3. Conclusões

Como visto, o contexto das medidas judiciais tributárias é desafiador, e embora haja viabilidade de as leis tratarem de métodos adequados para solução das controvérsias fiscais, as medidas são recentes. Ou seja, nas últimas décadas, fiscos e contribuintes se viam restritos a levar suas controvérsias tributárias à disputa em contencioso administrativo e judicial.

Mas essa realidade absorveu recentes e relevantes mudanças, não apenas com importantes mudanças legislativas, incentivadas pela Resolução 125 do CNJ, mas resultados impactantes.

Nesse contexto, importante registrar nosso incentivo a iniciativas legislativas ainda pendentes, bem como para que fiscos adotem tais métodos, como forma de incentivar adoção de métodos que auxiliem na redução do contencioso e na construção de uma relação mais harmoniosa entre fiscos e contribuintes.

Referências Bibliográficas

218

GRAMSTRUP, Erik Frederico; CONRADO, Paulo César; NOLASCO, Rita Dias; MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Redução de executivos fiscais e os impactos arrecadatários decorrentes do Regime Diferenciado de Cobrança de Crédito instituído pela PGFN: dados resultantes da pesquisa realizada em parceria pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), pela Escola da Advocacia-Geral da União na 3ª Região, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (TRF 3ª Região), in *Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público*. Coord. NOLASCO, Rita Dias [et. Al.]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pg. 93-110.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem e transação tributárias*. Gazeta Jurídica. São Paulo: 2014.

TORRES, Heleno Taveira. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária. Os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco. (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso. São Paulo: São Paulo: Ed. Fórum, 2008, p. 299-330.

SECCIONAIS

A comunicação do advogado com o judiciário durante a pandemia e as lições aprendidas

Vitor de Azevedo Cardoso

A pandemia do COVID-19 tem sido um evento inédito na história recente da humanidade, afetando todas as classes sociais e profissionais, forçando e acelerando mudanças estruturais nas mais diferentes dimensões das relações interpessoais.

Diversos métodos, ferramentas e formas de interação passaram a ser utilizados e aprimorados, sobretudo para viabilizar atividades e rotinas prementes para dar continuidade à vida das pessoas e da própria sociedade.

O uso e o aprimoramento tecnológico passaram a fazer parte do cotidiano de praticamente todos os profissionais, organizações, empresas privadas, órgãos e repartições públicos, independentemente da sua área de atuação, como forma de sustentar e não interromper a cadeia produtiva, o fornecimento de produtos e serviços essenciais à população.

Dentre tais serviços, tidos como essenciais, indubitavelmente, a prestação jurisdicional lá está inserida. Daí a necessidade de se equalizar uma estrutura de comunicação capaz e eficiente para não comprometer a segurança sanitária dos profissionais da área jurídica e, ao mesmo tempo, não impossibilitar o acesso à justiça, especialmente em demandas e questões de natureza urgente e de grande relevância/repercussão social.

A atividade jurídica, pela sua própria natureza, notadamente quando exercida em seu estado pleno no Estado Democrático de Direito, pressupõe, por corolário lógico, o permanente diálogo e interlocução entre os entes judicantes. Vale dizer, essa intensa comunicação traduz a própria essência da seara jurídica.

Com efeito, mesmo num período atípico de necessário distanciamento social, a prestação do serviço jurisdicional não pode ser tolhida em uma das suas principais matrizes, qual seja, o amplo acesso ao debate de ideais, argumentos e proposições, sob pena de afronta aos mais mezinhos princípios que regem a nossa Constituição Federal.

Portanto, em que pese a adoção de importantes políticas de restrição e de isolamento inerentes a um cenário de pandemia de relevante dimensão, desde o ano passado

tem sido travado um intenso debate e aprimoramento acerca do indispensável trânsito do advogado aos órgãos e autoridades jurisdicionais com o intuito de garantir o amplo acesso à justiça, visando solucionar, com equidade, os litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse contexto variadas plataformas tecnológicas passaram rapidamente a ganhar terreno, alcançando grande protagonismo no funcionamento do Poder Judiciário e também integrando a rotina de trabalho dos advogados e dos escritórios de advocacia.

Essas plataformas ficaram então bastante conhecidas no mundo jurídico (que, até pouco tempo atrás, ainda claudicava na chamada “advocacia 4.0”), mormente em razão da variedade de plataformas adotadas pelos mais diversos tribunais brasileiros.

Reuniões virtuais, balcões de atendimento virtuais, audiências e sustentações orais por videoconferência etc. já integram com naturalidade o dia-a-dia do profissional do Direito.

Tal panorama sugere uma reflexão de grande pertinência: *A pandemia mudou radicalmente a forma de trabalho na área jurídica ou apenas acelerou uma realidade irremediável?*

222

Verdadeiramente percebe-se que, de fato, houve uma profunda mudança de paradigma, influenciando a própria estratégia processual e a forma de se pensar o processo. Entretanto, o avanço da tecnologia e a otimização dos processos de gerenciamento continuarão em plena evolução e novos modelos de organização igualmente serão utilizados e regulamentados.

Destarte, essa rotina *high-tech* se tornará cada vez mais comum na vida profissional do advogado e já é uma realidade que dificilmente será alterada, senão para uma formatação ainda mais moderna e dinâmica.

Pois bem, feitas essas considerações, é de bom alvitre contextualizar como essa interação entre o advogado e o judiciário tem se materializado em tempos de pandemia.

Conforme pontuado acima, a impossibilidade de acesso físico do advogado às instalações e aos prédios da justiça não pode significar a paralisação da prestação jurisdicional, muito menos a inércia do Poder Judiciário em tutelar os direitos da sociedade; tampouco constituir entrave insuperável apto a vedar a comunicação do advogado com servidores e julgadores.

Justamente com esse intuito, a despeito de uma realidade inédita e atípica na histórica da Constituição Federal de 1988, diversos atos e regulamentos foram editados em todos os tribunais do país.

Talvez o mais relevante desses regramentos seja a Resolução nº 322 de 01/06/2020, que estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19.

A dita Resolução, em seu art. 1º, desde o início busca disciplinar regras que viabilizem o funcionamento dos serviços jurisdicionais, ante a sua essencialidade, todavia, com evidente preocupação com as medidas de prevenção inerentes ao quadro. Vejamos:

***Art. 1º.** Estabelecer regras mínimas para a retomada dos serviços jurisdicionais presenciais no âmbito do Poder Judiciário nacional, nos tribunais em que isso for possível.*

Por seu turno, o art. 2º, em seu § 4º, prevê e assegura ao advogado o atendimento virtual:

***§4º.** O atendimento virtual deverá ser assegurado por meio do Balcão Virtual, nos termos da Resolução CNJ nº 372/2021, sendo o interesse do advogado em ser atendido de forma virtual pelo magistrado devidamente registrado por meio eletrônico indicado pelo tribunal, com dia e hora, e a resposta sobre o atendimento a ocorrer, ressalvadas as situações de urgência, no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, adotando-se o atendimento presencial apenas quando estritamente necessário.*

A previsão e a garantia de atendimento na modalidade virtual com certeza foi e está sendo uma ferramenta de grande relevância e evolução no aperfeiçoamento da comunicação do advogado com o judiciário.

Essa nova forma de comunicação e de relação profissional deixará um legado de veras positivo, ampliando sobremaneira o “leque” de opções que o operador do direito poderá se valer para impulsionar o seu processo e garantir o melhor desfecho para a demanda.

Porém, não se pode esquecer que, ao fim da pandemia, o atendimento virtual não pode ser a única via de comunicação ou a regra de interlocução do advogado com Poder Judiciário, cabendo ao profissional optar pelo meio de acesso que julgue mais apropriado ao caso e à ocasião.

Outro ponto que merece destaque diz respeito às limitações técnicas e estruturais relativas aos instrumentos virtuais, principalmente aqueles relacionados ao deficitário serviço de internet prestado no Brasil, especialmente em cidades menores e do interior.

Exatamente por esse motivo a comunicação do advogado com o judiciário, mesmo durante a pandemia, não pode se dar exclusivamente pelos meios virtuais, cabendo aos tribunais prestar o treinamento necessário a todos os seus servidores, além de garantir outros canais de atendimento como, por exemplo, reunião presencial previamente agendada (seguindo todos os protocolos de prevenção), disponibilização de e-mails, redes sociais e telefones.

Por fim, convém enaltecer que toda forma racional e todo canal eficiente de atendimento (virtual ou não) decididamente viabilizarão uma comunicação hábil e satisfatória entre o advogado e o Poder Judiciário, de modo a garantir o pleno e irrestrito acesso à justiça e uma prestação jurisdicional digna e condizente com as diretrizes principiológicas que regem o nosso ordenamento jurídico pátrio.

O Aumento do uso das Reuniões Virtuais pelos Advogados

Antonio Carlos G. Gonçalves

Antes de explorar o tema alvo deste breve artigo, não poderia deixar de agradecer o Convite que recebi da Comissão Editorial do Anuário do CESA, na pessoa do Dr. Luiz Roberto de Andrade Novaes.

Tratar do assunto em referência nos dá, de fato, a oportunidade de fazer um singelo balanço do que ocorreu nos dois anos que antecederam este Anuário (lançado em esperada confraternização realizada em dezembro/2021), a fim de procurar projetar e contribuir com o que acontecerá para o futuro na questão do uso das reuniões virtuais pelos advogados e pelas sociedades de advogados.

Como se sabe, no último trimestre de 2019, foram divulgados, na China, os primeiros casos do denominado SARS-COV-2.

A evolução do vírus (considerado, pela medicina especializada, de potencialidade letal) foi supersônica, antes não vista e estarrecedora para toda a humanidade, que foi pega de surpresa com essa propagação. Os próprios chineses, vale recordar, construíram, em apenas 10 (dez) dias, diante do estado de calamidade apresentado, um hospital, na cidade de Wuhan, epicentro da doença, exclusivamente para cuidar dos primeiros seres humanos atingidos pela enfermidade.

Aqui no Brasil, os efeitos da pandemia foram sentidos de forma mais aguda logo após o feriado do Carnaval de 2020, quando todos, insista-se, absolutamente todos, os operadores do direito foram obrigados a respeitar as regras de isolamento e de convivência social, inclusive os chamados *lock downs* impostos pelo Poder Público, tendo que trabalhar fisicamente das suas residências, eu me atreveria a dizer que em um regime de *home office* “forçado”.

A necessidade de se adequar urgentemente ao contexto pandêmico então instaurado para continuar a dar pleno e satisfatório atendimento aos anseios dos clientes (em muitos casos igualmente atingidos esmagadoramente por força da paralização de todas as suas atividades, inclusive a nível mundial) fez com que os advogados e as respectivas sociedades que integram se organizassem para utilizar cada vez mais plataformas de

videoconferência, tais como o *Microsoft Teams*, o *Zoom*, o *Google Meetings*, etc.

Existem matérias jornalísticas que evidenciam o sensível aumento da utilização dessas ferramentas que, para as sociedades de advogados, foram inicialmente essenciais não só para manter a comunicação ágil com os seus clientes, *prospects* e fornecedores, mas também para o maior gerenciamento e engajamento internos ininterruptos dos integrantes das firmas, inclusive na fase de transição do regime presencial para o de *home office*, a qual ocorreu, para a grande maioria dos casos, em meados de março de 2020.

Na época, também vale lembrar, havia uma certa expectativa e apreensão das sociedades de advogados e seus advogados quanto à capacidade dos sistemas de tecnologia da informação (TI) dessas sociedades para funcionarem plenamente com 100% (cem por cento) dos seus colaboradores (corpos administrativo e jurídico dos escritórios) trabalhando das suas casas.

Uma reunião de associadas organizada a tempo e modo pelo CESA logo no início da pandemia, que contou com a experiência trazida pelos *managing partners* das maiores bancas de advocacia do Brasil, e textos a respeito do tema divulgados em jornais de grande circulação, prontamente demonstraram que parte razoável dessas sociedades já estava, na prática, preparada para o desafio, dado o célere “enraizamento” da cultura tecnológica em cada um dos seus integrantes.

Em paralelo, os clientes, os *prospects* e os fornecedores desses escritórios também foram se sentindo mais confortáveis e habilitados para o uso da videoconferência, que deixou, com o passar dos meses, de ser exceção, para passar a ser a regra.

Inúmeras atividades compreendidas na atuação dos advogados, tais como *webinars*, julgamentos administrativos e judiciais, depoimentos, arbitragens, mediações, negociações, contatos com órgãos públicos da administração federal, estadual e municipal e etc. passaram a ser feitas por videoconferência.

Poucos, vale ressaltar, se opuseram a essa forma de integração, até pelo dinamismo por ela propiciada. Afinal de contas, qual o advogado que, neste último período, não ouviu falar na expressão *anywhere office*, que, como é intuitivo, foi criada para ratificar a possibilidade de exercer o trabalho de qualquer lugar do mundo? As próprias reuniões do CESA passaram a ser feitas dessa maneira e com bons frutos!

Mas é preciso ponderar e considerar que novas preocupações e desafios também surgiram ao longo desses últimos dois anos.

A manutenção da plena confidencialidade das reuniões realizadas por videoconferência, por exemplo, é um ponto sensível e que enseja atenção. Sobre o assunto, vale

ressaltar que já existe movimento, inclusive em escritórios estrangeiros, para uma espécie de normatização para o uso e a divulgação dessas reuniões, que – em tese – podem ser facilmente até gravadas e acessadas a qualquer momento, algo que, como regra, não acontecia no passado recente, a não ser para os casos em que as avenças e as obrigações dela decorrentes eram registradas em ata.

Também há uma certa confiança de que os órgãos, notadamente do Poder Judiciário, estarão sensíveis para a premente necessidade de rápida retomada das sessões de julgamento e audiências presenciais, que são essenciais para a plena integração dos magistrados com as partes que são representadas por seus advogados em Juízo e que têm direito assegurado na Constituição Federal a uma prestação jurisdicional exauriente e ao mesmo tempo eficiente.

O próprio pleno do Superior Tribunal de Justiça (STJ) saiu na frente ao decidir, em 21.10.21, por unanimidade, que as sessões de julgamento na modalidade presencial serão retomadas no início do próximo semestre forense, já em fevereiro de 2022.

Consoante notícia veiculada no sítio do Tribunal na *internet* (<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21102021-STJ-define-retorno-de-sessoes-presenciais-para-fevereiro-de-2022-e-dia-de-eleicao-para-ministros.aspx>), o presidente da Corte, Ministro Humberto Martins, *“citou o avanço da vacinação contra a Covid-19 e a queda no número de infectados e mortos como fatores que permitem o retorno, aguardado por advogados e partes.”* Ainda de acordo com a notícia, *“o ministro que não puder comparecer à sessão presencial deverá comunicar o fato ao presidente do colegiado e, excepcionalmente, poderá participar de forma virtual, o que ocorrerá também com os advogados e membros do Ministério Público. As sessões de julgamento continuarão sendo transmitidas pelo YouTube, no canal do STJ. O Comitê de Saúde do tribunal, coordenado pelo ministro Gurgel de Faria, vai elaborar proposta de regras sanitárias para preservar a segurança no retorno das atividades presenciais, que será submetida ao Pleno ainda neste ano”*.

Também ainda não há consenso quanto à forma de uso das reuniões virtuais especialmente após o completo e normalizado retorno dos advogados às suas estações de trabalho. Já se sabe que a grande maioria das sociedades de advogados reabrirão ou já estão funcionando em sistema híbrido (que permite ao advogado dedicar sua atividade parte em casa e parte presencialmente), mas ainda é preciso “decantar” e de certo modo medir o que será mais eficiente notadamente aos interesses dos clientes e da própria integração das equipes, que é fundamental para a sinergia e o sucesso das sociedades de

advogados e dos advogados e corpo administrativo que as integram.

Desejo que 2022 propicie surpresas incríveis e recompensadoras aos Colegas do CESA com os quais tenho o prazer de trabalhar já há mais de 22 anos. Feliz Natal, Feliz Ano Novo! Grande abraço a todos.

Gestão Ambiental no Agronegócio: Aspectos Jurídicos e Mercadológicos

Francisco Cardoso

Considerações Iniciais

Desde o início do século XXI, o Brasil experimenta uma crescente participação do setor primário em seu PIB. Recente estudo realizado pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) e pelo Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (Cepea) apontou que, em 2020, a participação do *agronegócio* – que engloba o movimento de toda a cadeia do setor, ou seja, produção dentro da porteira, insumos, agroindústria e serviços – no PIB brasileiro chegou a 26,6%, enquanto o último levantamento do IBGE indicou aumento da participação da *agropecuária* – apenas produção dentro da porteira – de 5,1%, em 2019, para 6,8% em 2020.

Benéfico ou não, esse fenômeno tem intensificado o uso dos recursos naturais pelo empresariado brasileiro; afinal, o agronegócio cuida de atividades econômicas voltadas ao cultivo e ao manejo dos campos e dos mananciais hídricos. O desafio que nos é imposto, portanto, diz respeito à manutenção desse progresso econômico com concomitante preservação do meio ambiente, num processo comumente chamado de “desenvolvimento sustentável”. Usa-se o adjetivo “sustentável” em razão do atendimento às necessidades da geração atual sem o comprometimento das capacidades intrínsecas às gerações futuras, proporcionando às pessoas, ao mesmo tempo em que legam aos seus filhos e netos um meio ambiente saudável, o alcance de um índice satisfatório de desenvolvimento socioeconômico.

Para além da questão propriamente ambiental, o desenvolvimento sustentável também põe em jogo questões mercadológicas, que impactam de forma direta e imediata o escopo central de qualquer empresa: o lucro. É notório o aumento da conscientização do consumidor e seu crescente interesse na forma como os produtos e serviços são produzidos, utilizados e descartados; bem como a cobrança de grandes organizações-parceiras por práticas mais limpas de produção e por certificações com reconhecimento internacional.

Sendo assim, percebe-se que um sistema de gestão ambiental (SGA) aplicado ao agronegócio passa a ser instrumento-chave para o desenvolvimento sustentável do país.

Diretrizes normativas para a gestão ambiental no agronegócio: a NBR ISO 14001, a Lei nº 12.305/2010 e a Lei nº 6.938/1981.

Um sistema de gestão ambiental (SGA) pode ser descrito como uma metodologia pela qual as organizações atuam de maneira estruturada sobre suas operações para assegurar a proteção do meio ambiente.¹ A implementação de um SGA permite ao empresário identificar oportunidades de melhorias que reduzam os impactos das atividades de sua empresa sobre o meio ambiente, orientando de forma otimizada os investimentos para implementação de uma política ambiental eficaz, capaz de gerar novas receitas e oportunidades de negócio.²

Hoje, é bastante buscada a certificação do SGA pelas normas da NBR ISO 14001, que estabelece um conjunto de requisitos para que a gestão ambiental possibilite o desenvolvimento de políticas de acordo com os aspectos legais e ambientais mais significativos, podendo ser aplicada a todos os tipos de empresas de todos os portes e de qualquer região.³ São diversas exigências, a maioria com o intuito de *estruturar* a empresa para que passe a ser uma organização sustentável do ponto de vista ambiental. Por isso, é prevista a criação de vários setores e procedimentos internos – incluindo auditorias periódicas –, o que pode trazer custos razoavelmente elevados e contar com pouca colaboração dos trabalhadores.

Por outro lado, pesquisas na área identificaram benefícios como redução de custos na contratação de seguros; aumento da atratividade perante investidores; facilidade de acesso a empréstimos; motivação dos colaboradores para atingirem metas e objetivos ambientais; melhoria da imagem da empresa, com aumento da credibilidade e confiabi-

1 OLIVEIRA, Otávio José de; SERRA, José Roberto. Benefícios e dificuldades da gestão ambiental com base na ISO 14001 em empresas industriais de São Paulo. In: *Revista Produção*, v. 20, n. 3, jul./set., 2010, p. 429.

2 ANDREOLI, Cleverson Vitório. Gestão ambiental. In: *Coleção Gestão Empresarial*, Curitiba, Associação Franciscana de Ensino Superior Bom Jesus, 2001, p. 65.

3 OLIVEIRA, Otávio José de; SERRA, José Roberto. Benefícios e dificuldades da gestão ambiental com base na ISO 14001 em empresas industriais de São Paulo, op. cit., p. 431.

lidade; aumento da demanda por bens e serviços; redução do consumo de energia elétrica, óleo combustível, água e gás; início ou ampliação das exportações etc.⁴ Dessarte, a depender das metas estabelecidas e do capital de giro do empreendimento, a certificação pelas normas da NBR ISO 14001 ganha ares de ótimo investimento.

No que toca mais especificamente ao agronegócio, estudo feito por pesquisadores da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) em uma grande empresa produtora de grãos situada no Vale do Araguaia, cujo SGA está totalmente adequado às normas da NBR ISO 14001, elencou como principais ações desenvolvidas o recolhimento das embalagens de defensivos e destinação final conforme a legislação vigente; o recolhimento seletivo do lixo doméstico das residências dos funcionários; o uso de técnicas de cultivo direto nas áreas de lavoura; a racionalidade no uso de maquinário nas operações de preparo do solo e plantio; a utilização de energia renovável nos secadores com o plantio de eucaliptos; e a recuperação das matas ciliares. Tudo se viabiliza mediante treinamento e capacitação contínua dos trabalhadores.⁵

Ademais, vale lembrar que, conquanto não disponha de SGA certificado pelas normas da NBR ISO 14001, a empresa pode apresentar diversas iniciativas condizentes com as características de gestão ambiental descritas acima, desenvolvendo ações voltadas à eficiência econômica, à equidade social e à preservação/recuperação do meio ambiente.⁶ Estudo feito junto a uma empresa gaúcha nessa condição, possuidora de 27 unidades no estado atuando na distribuição e na comercialização de insumos, bem como de uma planta de extração de óleo de soja produzindo farelo, óleo degomado e biodiesel, indicou a existência de um sistema de gestão ambiental cumpridor dos princípios do art. 2º da

4 POMBO, Felipe Ramalho; MAGRINI, Alessandra. Panorama de aplicação da norma ISO 14001 no Brasil. In: *Revista Produção*, v. 15, n. 1, jan.-abr., 2008; MEDEIROS, Denise Dunkel de; SILVA, Gisele Cristina Sena da. Environmental management in Brazilian companies. In: *Management of Environmental Quality*, v. 15, n. 4, p. 380-388, 2004.

5 FERREIRA, Elcionei Gonçalves; ARO, Edson Rodrigues de; CARVALHO, Adriana Santos Caparróz. A política de gestão ambiental e sustentabilidade em uma empresa do agronegócio brasileiro: uso de recursos organizacionais para gestão sustentável. In: *Revista Desarrollo Local Sostenible*, n. 30, out. 2017.

6 KISCHNER, Patricia; VIONE, Cristiane Ivete Bugs Vione / FERNANDEZ, Sandra Beatriz Vicenci. Gestão ambiental em uma empresa do ramo de agronegócio. In: *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nov. 2019.

Lei nº 6.938/1981 (Polícia Nacional do Meio Ambiente) e dos objetivos do art. 7º da Lei nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos).

O sobredito estudo segmentou as ações em *práticas reativas* e *práticas proativas*. Quanto às primeiras, têm-se a geração de laudos de emissões atmosféricas, a confecção de relatórios de desmatamento de áreas verdes e de destinação de resíduos, a realização de auditoria ambiental bienal e a coleta de material contaminante (pilhas e baterias). Já em relação às segundas, destacam-se um programa logístico de reserva, a adoção de geradores de energia movidos a combustíveis renováveis, um programa de produção e uso de biodiesel e a realização de ações socioambientais diversas na comunidade regional.

Perspectivas para o aprimoramento da gestão ambiental

É comum, no meio rural, a adoção de políticas de associativismo. Trata-se de uma forma de as empresas viabilizarem macroestratégias em face de dificuldades e de encargos, além de favorecer atividades econômicas complementares que levam a situações de benefício mútuo, o que representa, inclusive, uma considerável redução da dispersão de recursos.⁷

Sem dúvidas, a associação de produtores do agronegócio com vistas à implementação de um sistema único de gestão ambiental em determinada região tem o condão de beneficiar todo o ecossistema local, de reduzir o passivo ambiental com que arcam os empresários e, claro, de aprimorar a imagem da marca das empresas perante o público consumidor e o mercado externo – tornando possível até mesmo o requerimento de uma Indicação de Procedência no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), conforme o art. 177 da Lei nº 9.279/1996.

Outra perspectiva são incentivos governamentais para empresas que comprovadamente desenvolveram um SGA cumpridor dos diplomas legais relacionados ao meio ambiente. Por exemplo, é sabido que já existe uma ou outra desoneração fiscal com base nesse critério, mas há de se cogitar o caráter de *contrapartida geral*, para toda e qualquer desoneração fiscal, a existência de um SGA nas condições mencionadas acima. Igualmente pertinente seria o estabelecimento desse critério para acesso a linhas de crédito

7 GRYGUTSCH, Carlos Alberto. *Gestão ambiental no agronegócio*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização): Pós-Graduação em agronegócios, Departamento de Economia Rural e Extensão, Setor de Ciências Agrárias, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 25.

especiais, com condições e modo de adimplemento substancialmente mais vantajosos em relação aos demais.

Referências Bibliográficas

ANDREOLI, Cleverson Vitório. Gestão ambiental. In: **Coleção Gestão Empresarial**, Curitiba, Associação Franciscana de Ensino Superior Bom Jesus, 2001.

FERREIRA, Elcionei Gonçalves; ARO, Edson Rodrigues de; CARVALHO, Adriana Santos Caparróz. A política de gestão ambiental e sustentabilidade em uma empresa do agronegócio brasileiro: uso de recursos organizações para gestão sustentável. In: **Revista Desarrollo Local Sostenible**, n. 30, out. 2017.

GRYGUTSCH, Carlos Alberto. **Gestão ambiental no agronegócio**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização): Pós-Graduação em agronegócios, Departamento de Economia Rural e Extensão, Setor de Ciências Agrárias, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

KISCHNER, Patricia; VIONE, Cristiane Ivete Bugs Vione / FERNANDEZ. Sandra Beatriz Vicenci. Gestão ambiental em uma empresa do ramo de agronegócio. In: **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, nov. 2019.

233

MEDEIROS, Denise Dunkel de; SILVA, Gisele Cristina Sena da. Environmental management in Brazilian companies. In: **Management of Environmental Quality**, v. 15, n. 4, p. 380-388, 2004.

OLIVEIRA, Otávio José de; SERRA, José Roberto. Benefícios e dificuldades da gestão ambiental com base na ISO 14001 em empresas industriais de São Paulo. In: **Revista Produção**, v. 20, n. 3, jul./set., 2010.

POMBO, Felipe Ramalho; MAGRINI, Alessandra. Panorama de aplicação da norma ISO 14001 no Brasil. In: **Revista Produção**, v. 15, n. 1, jan.-abr., 2008.

A Impossibilidade de Parcelamento do Cumprimento de Sentença Diante dos Avanços do Código de Processo Civil

João Celestino Corrêa da Costa Neto

Renato Valério de Faria

O processo civil brasileiro está em constante evolução, acompanhando os avanços da sociedade como um todo. O poder público busca juntamente com o Judiciário garantir uma prestação jurisdicional de qualidade aos cidadãos, assegurando a quem necessite de justiça uma resposta célere e eficaz.

Diante da modernidade, dos avanços tecnológicos, o melhoramento dos procedimentos e métodos judiciais são extremamente necessários, utilizando ferramentas, como a “internet”, o processo judicial digital, visando garantir e assegurar acesso facilitado ao cidadão que demande o poder judiciário.

O processo civil é o meio pelo qual o cidadão materializará sua pretensão, e tal procedimento com o passar dos anos vem sofrendo diversas mudanças legislativas, buscando uma resposta mais rápida do judiciário. O cumprimento de sentença foi uma delas, procedimento na qual reformou praticamente a totalidade da forma praticada antes de seu advento.

Com o cumprimento de sentença, a maneira do vencedor do processo de conhecimento receber sua prestação jurisdicional, valor, economicamente falando, se tornou muito mais efetivo e sincrético. O cumprimento de sentença surgiu com a criação da Lei 11.232/2005, a qual substituiu a execução de título judicial pelo cumprimento de sentença.

A grande mudança no procedimento de execução da sentença, com o advento da Lei 11.232/2005, foi à dispensa da realização de uma nova citação, então obrigatoriedade na execução de título judicial, a qual prejudicava o cumprimento do julgado, pois o devedor tinha plena ciência de sua condenação e visando prolongar mais ainda o pagamento, ocultava-se da citação. O cumprimento de sentença veio com uma reforma radical, necessitando apenas de uma simples intimação na pessoa do advogado, constituído nos autos, pelo Diário de Justiça para o devido pagamento.

Assim, o surgimento deste procedimento sem sombra de dúvida foi um grande momento no processo civil brasileiro.

Contudo, como nada é perfeito, a Lei 11.232/2005 dispôs artigo o qual garantiu no cumprimento de sentença aplicação subsidiariamente do que prevê a execução de título extrajudicial.

Pois bem, no procedimento de execução de título extrajudicial havia naquela época a possibilidade de o devedor pleitear em juízo o parcelamento da dívida, depositando a quantia de 30% do valor total do débito, incluso custas processuais e honorários advocatícios, e o valor remanescente dividido em seis parcelas com juros de 1% ao mês, conforme a previsão do art. 745-A do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse passo, os devedores na fase de cumprimento de sentença começaram a protestar em juízo pelo deferimento do parcelamento da mesma forma que na execução de título extrajudicial, justificando exatamente no artigo que prevê a aplicação subsidiária deste procedimento (Art. 475-R do CPC/73).

Esse procedimento pelos devedores passou a ser usual e corriqueiro, o que levou a constantes discussões nos tribunais superiores do país, devido a divergência de interpretação se caberia ou não o parcelamento do pagamento na fase de cumprimento de sentença.

Diante da ausência de legislação expressa sobre a questão, a divergência na jurisprudência na época foi tamanha, sendo possível obter julgados de um mesmo Tribunal de Justiça, onde uma turma aceitava o parcelamento do cumprimento de sentença e outra não, aplicando nesse as penalidades pela falta do pagamento.

Como exemplo, segue dois julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PARCELAMENTO DO DÉBITO – ART. 745-A DO CPC – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS QUE REGEM O PROCESSO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL (ART. 475-R DO CPC)- DECISÃO REFORMADA. 1. O ART. 475-R DO CPC ESTABELECE QUE SE APLICAM SUBSIDIARIAMENTE AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, NO QUE COUBER, AS NORMAS QUE REGEM O PROCESSO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DAÍ A POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO DA DÍVIDA, NOS TERMOS DO ART. 745-A DO CPC, MESMO EM SE TRATANDO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRE-

CEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. Processo: AI 192362020108070000 DF 0019236-20.2010.807.0000. Relator(a): HUMBERTO ADJUTO ULHÔA. Julgamento: 02/02/2011. Órgão Julgador 3ª Turma Cível. Publicação: 09/02/2011, DJ-e Pág. 91.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PARCELAMENTO DO DÉBITO NA FORMA DO ARTIGO 745-A DO CPC. PECULIARIDADE DO CASO. INAPLICABILIDADE. 01. O PARCELAMENTO AUTORIZADO NO ART. 745-A DO CPC TEM APLICABILIDADE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONSOANTE O DISPOSTO NO ART. 475-R, DO MESMO ESTATUTO PROCESSUAL. 02. EM PRESTÍGIO A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO, INCABÍVEL O PARCELAMENTO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, COMPROVANDO-SE QUE OS DEVEDORES SOLIDÁRIOS OSTENTAM DEPÓSITOS BANCÁRIOS CINCO VEZES SUPERIORES AO VALOR EXECUTADO. 03. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. Processo: AI 252967220118070000 DF 0025296-72.2011.807.0000. Relator(a): ROMEU GONZAGA NEIVA. Julgamento: 29/02/2012. Órgão Julgador: 5ª Turma Cível. Publicação: 08/03/2012, DJ-e Pág. 118.

E o mesmo aconteceu no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: AGRAVO DE INSTRUMENTO – FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Parcelamento do débito (art. 745-A do CPC)- Instituto aplicável somente à execução de título extrajudicial – Aplicação na fase do cumprimento da sentença – Inadmissibilidade -Prosseguimento da execução nos moldes do artigo 475-J e seguintes do Código de Processo Civil – A dilação temporal não guarda a menor compatibilidade com a celeridade visada pelas regras do cumprimento de sentença, a tornar impertinente, por isso mesmo, a invocação do princípio da aplicação subsidiária (art. 475-R do CPC)- Decisão mantida – Recurso improvido. Processo: AI 990101970040 SP. Relator(a): Salles Rossi. Julgamento: 18/08/2010. Órgão Julgador: Oitava Turma Cível. Publicação: 25/08/2010.

Título judicial – Cumprimento de sentença Parcelamento da dívida – Aplicação subsidiária da legislação relativa aos títulos extrajudiciais

-Execução provisória – Multa do artigo 475-J do CPC- Descabimento 1. Para satisfação mais célere na execução, a legislação processual foi alterada, distinguindo os títulos executivos judiciais dos extrajudiciais.2. Entretanto pode, no cumprimento de sentença, de forma subsidiária, aplicar-se as normas dos títulos extrajudiciais, inteligência do artigo 475-R do C.P.C. 3. Cabível o parcelamento da dívida, previsto no artigo 745-A, do supra citado Código, requerida pelo devedor solidário, sem a aplicação da multa. Recursos providos. Processo: AI 990102028240 SP. Relator(a): Andrade Marques. Julgamento: 17/08/2010. Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 23/08/2010.

Veja o quanto curioso são os entendimentos diferentes dentro de um mesmo tribunal. Mas isso ocorria devido à falta de legislação específica sobre o tema, sendo dirimida após a decisão do STJ no RESp. 1.264.272/RJ, que entendeu pela aplicabilidade do parcelamento no cumprimento de sentença, em decorrência da interpretação e aplicação subsidiária da norma, conforme extrai-se do trecho do referido julgado:

238

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VALOR EXEQUENDO. PARCELAMENTO. Na fase de cumprimento de sentença, aplica-se a mesma regra que rege a execução de título extrajudicial quanto ao parcelamento da dívida. É que o art. 475-R do CPC prevê expressamente a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial naquilo que não contrariar o regramento do cumprimento de sentença, não havendo óbice relativo à natureza do título judicial que impossibilite a aplicação da referida norma, nem impeditivo legal. Ademais, a Lei nº 11.382/2006, ao alterar as regras do processo de execução de título extrajudicial, concedeu ao devedor o direito de parcelar o débito exequendo em até seis meses, desde que preenchidos os requisitos do art. 745-A do CPC e que requeira o parcelamento em até quinze dias a contar da intimação para o cumprimento da sentença, nos termos do art. 475-J, caput, do mencionado codex. Não obstante, o Min. Relator ressaltou que o parcelamento da dívida não é direito potestativo do devedor, cabendo ao credor impugná-lo, desde que apresente motivo justo e de forma fundamentada; o juiz pode

deferir o parcelamento (se verificar atitude abusiva do credor), o que, por sua vez, afasta a incidência da multa (art. 475-J, § 4º do CPC) por inadimplemento da obrigação reconhecida na sentença, uma vez que o depósito dos 30% do valor devido tem o condão de demonstrar o cumprimento espontâneo da obrigação, como ocorreu na espécie. Com essas e outras fundamentações, a Turma negou provimento ao recurso.” Em que pese o entendimento do STJ que vinha sendo aplicado desde então, quando da entrada em vigor do CPC/2015, a questão foi legalmente regulada e em sentido contrário ao entendimento anteriormente firmado, trazendo, portanto, vedação legal a aplicação do parcelamento ao cumprimento de sentença.

Então, a partir daquele julgado tornou-se pacífico o entendimento da adequação do parcelamento ao cumprimento de sentença. Mas, de outro lado, os credores sempre ficavam com a sensação de injustiça, já que a parte está na iminência de receber uma quantia que aguarda durante anos, e de repente vem devedor e posterga mais ainda o cumprimento daquela obrigação! Enfim, até então, naquela época, o mais curioso é que o devedor sequer terá que justificar tal parcelamento, bastando que o requeira no prazo legal.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil toda essa insegurança para ambas as partes, credor e devedor, sobre o parcelamento do cumprimento de sentença se exauriu, visto a vedação expressa sobre o parcelamento de débito na fase de cumprimento de sentença.

Assim como no Código de 1973, restou mantido a possibilidade de parcelamento quando tratar-se de execução de título extrajudicial no Novo CPC, mas o legislador foi feliz ao dispor no § 7º, do Art. 916 a vedação expressa quanto a possibilidade de parcelamento no cumprimento de sentença.

Com a advento da vigência do atual Código de Processo Civil, houve uma mudança legislativa importante, e os tribunais passaram a aplicar a nova lei, vedando o procedimento do parcelamento em fase de cumprimento de sentença.

Mesmo com a entrada em vigor do Novo CPC, há alguns julgados permitindo o parcelamento, desde que intimado o credor e este sinaliza de forma positiva ao parcelamento. Neste caso estamos diante de uma concessão de favor do credor em favor do devedor. Contudo, a lei não outorga mais esse direito ao devedor.

O avanço do Código de Processo Civil em 2015 assegurou certeza e segurança aos que do processo utilizam-se, pois com a vedação ao parcelamento na fase de cumprimento de sentença, ambas as partes têm como claro e certo aquele que será o procedimento judicial a partir do trânsito em julgado, superando a divergência de entendimentos e ausência de legislação sobre o tema em momento anterior.

A advocacia e as redes sociais

João Henrique Café de Souza Novais

A ininterrupta cadeia de transformações sociais tem sido, ao longo dos tempos, a pedra de toque da ciência do direito que, por sua vez, se coloca e se vê compelida ao constante movimento, renovando seus conceitos, suas abordagens e os próprios institutos que a compõe. Tudo para acompanhar o ritmo, cada vez mais acelerado, dessas transformações sociais decorrentes dos novos tempos, que vêm impactando o cotidiano das pessoas, dos costumes, e dos negócios em geral.

A própria evolução dos direitos do homem, seja na sua universalização, seja na sua multiplicação, como explica Bobbio¹, é fator de profundas modificações na Ciência do Direito ao longo dos tempos no que tange especialmente à estreita conexão entre mudança social e nascimento de novos direitos, com aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela.

A extensão da titularidade de alguns direitos “típicos” a sujeitos diversos do homem, como criança, velho, doente, consumidor, mulher, etc., acarreta, em substância, em mais bens, em mais sujeitos e em mais *status* do indivíduo tutelados pelo direito.

Trata-se da passagem do homem genérico, como salienta o jurista italiano, “... para homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e proteção. A mulher é diferente do homem; a criança do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes, os fisicamente normais, dos deficientes.”²

Impactando fortemente as abordagens humanas, e sendo por estas impactada, a

1 Bobbio, Norberto, 1909, in “A era dos direitos” (L’età dei Diritti), tradução de Carlos N. Coutinho, apresentação Celso Lafer, Nova ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, Editora Campus, pag. 83.

2 Ob. cit. Pag. 84.

evolução social atinge de forma peculiar as estruturas do direito, desde a sua evolução como ciência social, até mesmo quanto à sua organização como poder jurisdicional, estatal ou privado, regulador e aplicador das leis nas relações entre o estado e os cidadãos.

Nesse compasso, tendo em vista o incremento da era digital e eletrônica, absolutamente transformadora do cotidiano contemporâneo, é intuitivo compreender que dentre todas as áreas de atuação dos operadores do direito em geral, é a advocacia, em particular, que está passando pela maior de todas as transformações, experimentando, à força, evoluções que podem ser chamadas de verdadeiras revoluções.

Como constatado pelo advogado criminalista Sérgio Leonardo ao refletir, em palestra proferida recentemente, sobre a *psique* da advocacia nos tempos atuais, num pensamento que muito se adequa aos objetivos desse despretenso estudo, é intuitivo perceber que “... *pela primeira vez na história do Direito, jovens advogados influenciam os mais velhos. Avanços surpreendentes acontecem em nossa área, motivados pela ruptura de padrões e novas formas de pensar. As informações estão ao alcance de todos, o tempo todo, e essa nova realidade, dinâmica, colaborativa e veloz, exige mudanças nas formas de exercer a advocacia, com maneiras mais modernas de se apresentar e de se comunicar.*”

242

A rapidez com que os meios eletrônicos de comunicação invadiram a dinâmica social, principalmente com o advento da rede mundial de computadores, inaugurou um novo *modus vivendi* a todos e em todos os setores sociais.

As interrelações via *internet* tornaram-se obrigatórias, criando um ambiente eletrônico que permite a concretização simultânea de negócios multidisciplinares, em todas as diferentes regiões do planeta e, naturalmente, não tardou em atingir, também e em cheio, as formas de atuação dos operadores do direito pelo mundo afora, notadamente nas suas relações com o aparato jurisdicional do processo contencioso, seja ele estatal ou privado.

As mudanças estruturais e estruturantes impostas por essas velozes transformações estão postas à disposição da população e dos operadores do direito e, em especial, dos advogados, no sentido da melhoria quantitativa e qualitativa, inclusive do ponto de vista temporal, visando a rápida aplicação e obtenção do direito, em benefício da pacificação social.

Evidentemente, as novas tecnologias estão postas para funcionar como fator de potencialização da obtenção da rápida prestação jurisdicional, tornando-a cada vez mais universal, mais acessível, mais igualitária.

Da virtualização dos processos decorre a diminuição de uso do papel e, conse-

quentemente, da produção de lixo; a redução de espaços antes necessários ao armazenamento e, como resultado, a diminuição de custos com imóveis; e ainda, possibilita o trabalho remoto que impacta na redução do trânsito.

Os atos processuais virtuais, como despachos e sessões de julgamento, ampliam e democratizam a atuação dos advogados de todos os cantos do país, notadamente os distantes dos grandes centros onde têm sede os tribunais que, em regra, são sediados nas capitais. O mesmo se diga em relação aos tribunais arbitrais, cuja dinâmica prescinde cada vez mais do contato presencial.

Apesar dos benefícios gerados pelo processo eletrônico, é de se dizer que isso não pode servir – de forma alguma – como desculpa para afastar o advogado do contato pessoal com juízes, árbitros e magistrados em geral, o que muitas vezes se faz indispensável à boa compreensão da controvérsia, da urgência e mesmo da complexidade do caso submetido à sua decisão.

Os fluxos de processos, informações e pessoas migraram das secretarias, dos corredores dos Fóruns, dos gabinetes e dos plenários para o ambiente virtual, de forma que as relações interpessoais, antes ali tão intensas, também acompanharam essa alteração de rota e migraram para as redes sociais.

Em decorrência das restrições impostas pela pandemia da Covid-19, o movimento das redes sociais se intensificou e foi antecipado em muitos anos, atraindo todas as gerações de operadores, até mesmo aquelas mais resistentes, conservadoras, que se viram compelidos a adentrar na era digital. O que se verificou foi o maciço surgimento e movimentação de contas “profissionais” de escritórios de advocacia e perfis de profissionais do direito, sejam advogados, professores, magistrados, servidores.

Enquanto o ambiente da internet e das redes sociais é marcado pela liberdade de manifestação, informalidade e ampla exposição, para os operadores do Direito, em especial os advogados, as diretrizes ditadas pela OAB ainda exigem ares da formalidade, impondo sobriedade, discrição e respeito quando de sua utilização, fazendo surgir dúvidas e questionamentos a respeito das regras de publicidade e de exposição, e até mesmo de etiqueta, a serem adotadas pelos respectivos profissionais.

O provimento 205/2021, publicado pelo Conselho Federal da OAB em 15.07.2021, dispendo sobre a publicidade e a informação da advocacia, dentre outros, impõe limitações ao uso do marketing jurídico, estabelecendo conceitos amplos que devem ser observados por seus inscritos, devendo ser mencionado, a título de exemplo, as vedações à ostentação de bens materiais, a menção à promessa de resultados ou à utilização de

casos concretos para oferta de atuação profissional de que trata o parágrafo único do seu art. 6º.³

Esta e outras disposições do Provimento 205/2021 acarretaram e ainda acarretarão discussões e divergentes interpretações sobre a conduta dos profissionais do Direito nas redes sociais, onde, comumente, os perfis pessoais e profissionais se misturam, numa exposição que ultrapassa, as vezes, os limites profissionais. Essas discussões são bem-vindas e necessárias ao exercício de pensar o Direito e sua forma de aplicação nas redes sociais, o que sempre ajudará o profissional a melhor se posicionar no mundo virtual.

Registro que, junto às redes sociais, o advogado pode sim desenvolver o seu marketing profissional, desde que seu conteúdo observe o caráter meramente informativo, primando pela discrição e sobriedade, sem ostentação exagerada ou descontextualizada, e seu conteúdo não configure captação de clientela ou mercantilização da profissão, conforme art. 39 do CED⁴.

É também permitido aos advogados utilizar-se das redes sociais para a implementação de marketing de conteúdos jurídicos, observados os contornos e limites fixados no art. 4º⁵ do já citado Provimento.

Observados os contornos éticos impostos, a utilização das redes sociais pelos profissionais da advocacia os aproxima mais e melhor da sociedade e, bem assim, do aparato jurisdicional, público e privado, dando fim ao o ciclo do papel como única base de dados disponível para o exercício profissional.

Seja como for, nesse ambiente democrático, acessível, amplo e dinâmico da internet, é intuitivo dizer que os usos e costumes, que se formarão ao longo do tempo,

3 Art. 6º, § único: *Fica vedada em qualquer publicidade a ostentação de bens relativos ao exercício ou não da profissão, como uso de veículos, viagens, hospedagens e bens de consumo, bem com a menção à promessa de resultados ou à utilização de casos concretos para oferta de atuação profissional.*

4 “Art. 39. *A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.*”

5 Art. 4º *No marketing de conteúdos jurídicos poderá ser utilizada a publicidade ativa ou passiva, desde que não esteja inculcida a mercantilização, a captação de clientela ou o emprego excessivo de recursos financeiros, sendo admitida a utilização de anúncios, pagos ou não, nos meios de comunicação, exceto nos meios vedados pelo art. 40 do Código de Ética e Disciplina e desde que respeitadas os limites impostos pelo inciso V do mesmo artigo e pelo Anexo Único deste provimento*

influenciarão ainda mais profundamente o comportamento dos profissionais do Direito no mundo virtual. Assim como serão necessárias constantes revisões e aprimoramentos das regras de comportamento, espera-se dos operadores bom senso no uso da liberdade e informalidade proporcionadas pelo ambiente virtual, ante a imagem profissional que desejam criar e divulgar.

A comunicação da advocacia com seus clientes durante a pandemia e as lições aprendidas

Cláudia Alves Lopes Bernardino

“A vida está cheia de desafios que, se aproveitados de forma criativa, transformam-se em oportunidades”

Maxwell Maltz

Introdução

Muito se tem falado sobre a Pandemia do COVID-19 ser um verdadeiro *divisor de águas* na história.

Era março de 2020. De repente o planeta parou e quase a totalidade da população mundial foi obrigada a sair de suas posições de trabalho e recolher-se em suas casas, por um tempo indeterminado.

Em um cenário recheado de incertezas, a comunicação tornou-se mais relevante ainda.

A gravíssima crise de saúde e os reflexos na economia ocasionados pela pandemia do COVID-19, trouxeram também dentre outros aspectos uma mudança drástica e porque não dizer, radical, na forma de comunicação entre as pessoas.

Essa mudança alcançou corporações de todas as espécies e o mundo da advocacia, obviamente, não estaria fora deste espectro.

Problemas enfrentados

Em primeiro momento quando o afastamento dos profissionais de seus escritórios, o isolamento social, o fechamento dos tribunais, dos órgãos públicos foram mandatórios, a advocacia começou a vivenciar diversos problemas e desafios inimagináveis e que ultrapassavam todos aqueles rotineiros e já conhecidos.

Na advocacia empresarial, por exemplo, descobriu-se a duras penas, que não pos-

suíamos outro número de contato com nossos clientes que não fosse os *números comerciais* dos mesmos, sendo que estes, assim como seus advogados, estavam fora de seus escritórios, lojas e indústrias.

A comunicação passou a exigir com voracidade e sem tempo para treinamentos ou adaptações, o desenvolvimento de talentos diferenciados daqueles que possuíamos até então.

Lidar com as novas tecnologias, aprender a fazer reuniões virtuais, utilizar as inúmeras plataformas de comunicação (Zoom, Google meeting, WEBex, etc), conviver com problemas de conexão da internet e com a estrutura operacional muitas vezes precária ou até mesmo a falta desta, eram só alguns dos incontáveis desafios.

Em paralelo precisamos adaptar nossos lares para desenvolver nossos trabalhos, sem o suporte e a estrutura que tínhamos em nossos escritórios.

Sobreveio a necessidade de fortalecimento de cada um de nós como profissionais.

Era preciso aproximar-se dos clientes, fazer com que estes pudessem ser atendidos e orientados em suas demandas, mesmo com o obstáculo da distância física.

Com os tribunais paralisados, na primeira etapa – assim denominando os meses iniciais de pandemia – a maior demanda que chegou à advocacia foram as atividades Consultivas ou Conciliatórias.

As inúmeras mudanças de legislação ocorridas nesse período, principalmente nas searas trabalhista e cível, tais como as regras trabalhistas constantemente alteradas para adequar-se ao momento de crise econômica e sanitária, e a imensa quantidade de contratos de diversas naturezas que vieram a ser descumpridos, mudavam o foco de atuação dos profissionais jurídicos.

A reflexão tornou-se inevitável!

Como se comunicar com seu cliente à distância e ainda assim ficar mais próximo dele no cenário descrito?

Como divulgar seus serviços para aqueles que ainda não são clientes se o network feito nos eventos presenciais, nas visitas, nas palestras e etc. não mais existiam?

Foi preciso nos tornarmos mais dispostos a testar novos hábitos, criar produtos e/ou soluções para estes novos problemas.

Esse movimento acentuou o surgimento de inovações e possibilidades criativas para a nova rotina de trabalho.

Surgiram as chamadas *lives*, os webinários, os eventos digitais, que da noite para o dia cresceram em projeção geométrica.

Estas *ferramentas* trouxeram oportunidades de crescimento para a advocacia e facilitaram o relacionamento deixando o profissional mais próximo de seus clientes.

Essa completa mudança na forma de comunicação entre a advocacia e seus clientes, trouxe inclusive a necessidade de alteração das regras de marketing na advocacia.

Exatamente no meio de uma Pandemia, o Conselho Federal da OAB Nacional se viu às voltas com a necessidade de urgenciar um novo regramento que viesse substituir o antigo instrumento regulador do marketing jurídico.

Dessa forma foi aprovado em julho de 2021, o Provimento 205/2021 que trouxe algumas inovações sobre a forma como a advocacia pode conectar-se com clientes já existentes ou possibilitar a aquisição de novos, sem ferir o código de ética e os princípios basilares que regem a profissão.

Privilegiou-se, pois, a comunicação pautada no conteúdo jurídico informativo, uma vez que esta oportuniza, dentre outros aspectos:

- manter clientes;
- reconquistar antigos clientes;
- fortalecimento da marca pessoal do profissional ou da sociedade que integra;
- aumentar seu poder de indicação;
- agregar valor aos trabalhos já desenvolvidos;

249

O Provimento nº 205/2021 possibilitou que a advocacia pudesse transmitir material com conteúdo jurídico via newsletters, listas de transmissão, utilizando WhatsApp, Telegram, ou similares, realizar eventos virtuais, divulgar notícias do escritório por e-mail, dentre vários outros recursos que podem ser usados observando as limitações da Lei Geral de Proteção de Dados.

Instigada pelo tema que me coube neste breve artigo, resolvi conversar “virtualmente” com alguns colegas de norte a sul do país.

Perguntei a eles através de uma enquete informal – usando a ajuda da tecnologia, obvio, (1) quais foram seus maiores desafios de comunicação durante a Pandemia e (2) o que tinha mudado na comunicação deles com seus clientes com a experiência vivida.

Das respostas obtidas, destaco a seguir:

Sobre os maiores desafios na comunicação com os clientes durante a Pandemia:

- Impossibilidade de fazer reuniões presenciais;
- No início, houve dificuldade de contato com aqueles clientes não tão próximos, dos quais tínhamos apenas o número fixo, pois como todos foram realocados para home office, a comunicação ficou restrita aos e-mails;
- Oscilação da internet, problemas com sinal da operadora de celular, já que nem todos os profissionais dispunham de internet de boa qualidade em suas casas;
- Conseguir horário para falar com eles, pois normalmente respondiam que estavam em home office e que ainda precisavam se organizar;
- Ausência de pessoalidade. Frieza do call;
- A alteração natural de prioridades especialmente nos primeiros meses;
- Estabelecer a periodicidade e forma de comunicação através dos diferentes meios de comunicação remota;
- O alinhamento de agendas em razão do alto volume de reuniões virtuais;
- Conseguir comunicação remotamente, considerando que todos estávamos fazendo reuniões online, no WhatsApp, vídeos e etc... Conseguir alinhar e compatibilizar horários foi bem complexo;
- Adaptação as plataformas de reuniões virtuais e qualidade de conexão;
- Sem dúvida alguma o maior desafio foi a rede de internet. Reuniões interrompidas, reuniões atrasadas por conta de falha de sinal de internet. E o segundo maior desafio foi conciliar tantas reuniões solicitadas ao mesmo tempo, pois com o expressivo aumento das reuniões por videoconferência, os clientes demandaram e solicitaram muito mais reuniões. Enfrentamos períodos em que era praticamente encerrando uma reunião e já começando outra.

250

O que mudou após esse momento na forma de comunicação com os clientes:

- A comunicação passou a ser quase 100% virtual com alto percentual de entrega no apoio às decisões;
- O uso da tecnologia ficou mais presente, hoje faço reunião com clientes até por vídeo chamada de WhatsApp;
- As reuniões tornaram-se mais rápidas e objetivas. Com horário definido de início e término e a maioria realizada de forma virtual.

- A comunicação ficou mais rápida devido a possibilidade de conciliar a agenda sem precisar fazer o deslocamento;
- As ligações no celular (conference calls) deram vez às reuniões virtuais;
- O tempo parece estar otimizado;
- Passamos a ter mais contato com os clientes através de reuniões virtuais para tratar dos serviços demandados;
- Hoje tenho maior proximidade de meus clientes e consigo trabalhar de forma compartilhada;
- Meu feeling é que nos aproximamos mais, mesmo estando longe fisicamente;
- Muitas coisas já voltaram a fluir mais rapidamente, independentemente de onde a pessoa esteja. No entanto, o contato presencial faz falta para algumas situações;
- As chamadas de vídeo se intensificaram e hoje permitem que não tenhamos que nos deslocar até o cliente. Evitando, assim, que percamos tempo no trânsito;
- Dinamismo. Após esse período diversos assuntos tratados antigamente de forma pessoal, migraram para o virtual, otimizando tempo e abordando temas de forma mais objetiva;
- Hoje com o “novo normal”, através da variedade de plataformas de comunicações criadas, conseguimos agilizar mais tratativas com os clientes, de forma clara e objetiva, permanecendo com nossa credibilidade e resultados favoráveis;
- As reuniões via Teams / Zoom tornaram-se parte da rotina e nos aproximou principalmente de clientes que estão em outros Estados.

251

Lições Aprendidas

Houve um tempo em que a comunicação entre a advocacia e seu cliente se dava por carta, telegrama ou presencialmente.

No final do século XIX surgiu o telefone convencional e este passou a ser um forte aliado da advocacia no contato com seus clientes.

Quase 100 anos depois vieram o fax, o e-mail, o Pager, o telefone celular e mais recentemente com este último as ferramentas de comunicação de mensagens de texto, de voz e imagens, a exemplo de WhatsApp, Telegram e similares.

Com a Pandemia a comunicação virtual e digital se potencializou exponencialmente transformando-se em aliada indispensável do cotidiano de nossa profissão.

Porém, se por um lado ela trouxe a facilidade de atendermos as demandas de orientação de nossos clientes de forma mais ágil, de respondermos de onde estivermos, de fazermos reuniões e audiências, por outro lado nos obriga a estarmos quase que 100% do tempo disponíveis e muitas vezes dificultam uma análise mais apurada de fatos, ou até mesmo a elaboração de respostas e valorização de seu conteúdo, mas esse aspecto deixaremos para analisar em um outro artigo.

Indubitavelmente são incontáveis as lições que aprendemos e que ainda desenvolveremos fruto deste período Pandêmico.

Fato é que não podemos deixar de reavaliar com constância:

- Como meu cliente precisa se comunicar comigo e eu com ele?
- Minha forma de comunicação está adequada às necessidades de ambas as partes?
- Como posso melhorar?
- Como posso ter visibilidade para novos clientes?

252

Concluindo

A necessidade de contato constante com meu cliente faz com que eu tenha que desenvolver, aprimorar e manter atualizada a forma de comunicação que melhor se adapte a mim e a minha clientela.

A tecnologia transformou a advocacia e continuará a transformar.

As mudanças não são, necessariamente, confortáveis. Mas sabemos que grandes desafios também representam oportunidades únicas de crescimento.

Referências Bibliográficas

BASILIO, Ana Tereza. **O novo provimento da OAB e os avanços no marketing jurídico digital.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-27/opinio-provimento-oab-marketing-juridico-digital> – Acessado em 21/10/2021.

DIANA, Daniela. **História do Telefone e sua evolução**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/historia-do-telefone/>- Acessado em 22/10/2021.

RODAS, Sérgio. **OAB aprova dois artigos de nova norma sobre regras de publicidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/oab-aprova-dois-artigos-norma-regras-publicidade>. Acesso em 21/10/2021.

TEIXEIRA, Alexandre de Souza. **Marketing jurídico: e agora, o que fazer com o novo Provimento da OAB?** Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/marketing-jur%C3%ADdico-e-agora-o-que-fazer-com-novo-da-de-souza-teixeira> – Acessado em 21/10/2021.

A Aceitabilidade dos Aplicativos de Mensagens Multiplataforma como Ferramenta para a Prática de Atos Judiciais

Daniel Sebadelhe Aranha

O avanço da tecnologia espalha seus efeitos, com benefícios e malefícios, por todos os segmentos da sociedade civil organizada, não sendo diferente com o direito, eis que a transformação digital é realidade no campo jurídico. Nos últimos anos, *lawtechs* e *legaltechs* vem conseguindo impactar escritórios de advocacia e departamentos jurídicos de empresas, gerando efetividade nas atividades prestadas pelos operadores do direito, otimizando o tempo para que, sobretudo a advocacia, mantenha seu foco no viés técnico, na sua atividade fim, deixando com que as ferramentas tecnológicas, ou auxiliem neste mister, ou sirvam como facilitador de atividades meio.

Em verdade, o direito está cada vez mais digital, inserido num ecossistema de tecnologia que perpassa o ambiente privado e alcança a seara pública. A prestação jurisdicional entregue pelo Estado-Juiz também resta impactada pela tecnologia, vivendo o Poder Judiciário uma constante transformação na forma de tramitação dos processos judiciais e na própria forma de entrega deste essencial serviço público, tanto no atendimento aos jurisdicionados quanto na advocacia.

Nesse sentido, não se pode olvidar que fomentar o acesso à justiça digital se substancia em um dos pilares de gestão do Ministro Luiz Fux à frente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Em sua primeira sessão plenária como Presidente do Órgão, o Ministro enalteceu a importância do investimento em tecnologias da informação e comunicação e destacou o Programa Justiça 4.0 como o grande responsável por mudar a realidade do Poder Judiciário, incrementando a sua governança, sendo capaz de propiciar ainda mais eficiência e transparência, enfim, promovendo efetiva aproximação com o cidadão, além de redução de despesas.

E assim o faz o Chefe Maior do Poder Judiciário, porque, desde a Lei de Informática do Processo Judicial (Lei nº 11.419/06), resta autorizado o uso de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, o que se traduz, pois, em política estatal, devidamente positivada.

O CPC – Código de Processo Civil de 2015 em diversos de seus dispositivos (artigos 236; 246, inciso V; 254; 270 e 272) contemplou a prática de atos processuais por meio eletrônico, essencialmente, de intimação dos litigantes, tudo no afã de desburocratizar o processo judicial, sem que isso implique em vilipêndio as garantias constitucionais processuais da ampla defesa e contraditório, corolários que são do devido processo legal, *ex-vi* o disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil.

O artigo 1º do CPC reza que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições do Código, como o disposto no artigo 7º, segundo o qual “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Logo, incontroverso que o uso de meios eletrônicos para a prática de atos judiciais não pode tornar letra morta direitos constitucionais elementares daqueles que litigam em um processo judicial.

E é esta zona cinzenta, de parca regulamentação do que seriam meios eletrônicos válidos, que reside uma discussão jurídica atual e que ainda está em plena construção nos planos doutrinário, jurisprudencial e legislativo.

Isso porque, nada mais comum atualmente do que o uso de aplicativo de mensagens, através de aparelho celular, como meio eficaz de comunicação entre os atores sociais. São várias as ferramentas tecnológicas que propiciam essa interlocução humana, a exemplo do *WhatsApp*, *Telegram*, *Messenger*, *Facebook* e *Instagram*, o que se dá através da criação de perfis pessoais dos usuários que aderem a cada uma dessas plataformas. Ainda que nas camadas sociais menos favorecidas, há o uso massificado desses aplicativos, já que difundida a sua utilização por meio de *smartphones*, objeto que está nas mãos da maioria dos brasileiros. Aliás, a ampliação da cobertura de banda larga móvel aliada a redução do custo deste serviço tem contribuído para a popularização destas ferramentas na sociedade, a despeito das variações regionais de infraestrutura e educação digital.

Dito isso, debruçam-se os operadores do direito a verificar a validade formal e material da prática de atos processuais por aplicativos de mensagens multiplataforma. Será que se pode conferir eficácia e idoneidade a uma citação ou intimação de um litigante, testemunha e/ou de um advogado através dessas ferramentas tecnológicas?

Em primeiro lugar, mister informar que, em junho de 2017, o Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do Procedimento de Controle nº 0003251-94.2016.2.00.0000, abor-

dou o tema, discorrendo acerca da validade das intimações judiciais em sede de juizados especiais cíveis e criminais por meio do aplicativo *Whatsapp*. Na decisão, a Conselheira Daldice Santana, relatora do voto vencedor, afirmou que a utilização das intimações por meios tecnológicos idôneos vem amparada desde a Lei nº 11.419/2006, regulamentada pela Resolução CNJ nº 185/2013, e se mostra uma alternativa ao método tradicional de comunicação, sem qualquer obrigatoriedade e/ou imposição de uso às partes.

Quer dizer, o CNJ entendeu que o uso de aplicativos de mensagens deve ser uma faculdade para as partes, tal como o é hoje o Juízo 100% digital, iniciativa lançada em meio a pandemia da COVID-19, a qual permite que os litigantes optem pela prática de todos os atos processuais por meio digitais e eletrônicos.

Aliás, a citação/intimação por meio eletrônico está prevista na Resolução 354 do CNJ a qual dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Confira-se o que diz o artigo 10:

“Art. 10. O cumprimento da citação e da intimação por meio eletrônico será documentado por:

I – comprovante do envio e do recebimento da comunicação processual, com os respectivos dia e hora de ocorrência; ou

II – certidão detalhada de como o destinatário foi identificado e tomou conhecimento do teor da comunicação.

§ 1º O cumprimento das citações e das intimações por meio eletrônico poderá ser realizado pela secretaria do juízo ou pelos oficiais de justiça.

§ 2º Salvo ocultação, é vedado o cumprimento eletrônico de atos processuais por meio de mensagens públicas”.

Inclusive, recentemente, entrou em vigor a Lei nº 14.195/21 que facilitou a abertura de empresas com o objetivo de modernizar o ambiente de negócios nacional, mas que também alterou o CPC, determinando que a citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até dois dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, de acordo com o regulamento do CNJ.

Mais uma vez, o sistema de justiça prestigia os endereços eletrônicos contidos nos bancos de dados do Poder Judiciário, ou seja, as mensagens eletrônicas – *e-mails* –, sem regulamentar, de maneira mais incisiva, sobre o uso de aplicativos de mensagens.

Há de se registrar, por oportuno, que as restrições de locomoção e reunião impostas pela pandemia aceleraram demais o implemento da tecnologia nos processos judiciais. O Poder Judiciário, mesmo com todas as dificuldades e adversidades pandêmicas, conseguiu se manter vivo e em funcionamento, mantendo os jurisdicionados assistidos.

Destarte, verifica-se que o uso de tecnologia para dar ciência aos litigantes de atos processuais praticados no curso do processo judicial é um caminho sem volta, sendo uma realidade processual inafastável, até porque a legislação em vigência não restringe os métodos eletrônicos de cientificação, desde que idôneos e eficazes, insista-se.

Com efeito, é na idoneidade e na eficácia, considerando toda a subjetividade que compõe os seus conceitos, que a discussão se afunila e, por conseguinte, se complica, afinal tais pressupostos estão umbilicalmente interligados a preservação das garantias constitucionais processuais.

Pois bem, diversos tribunais pátrios editaram resoluções, recomendações e/ou atualizaram seus normativos internos para permitir a intimação e até mesmo a citação por aplicativos de mensagens. O TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através dos Comunicados CG 249/20 e 262/20, permitiu a utilização do aplicativo *WhatsApp* pelo oficial de justiça para realizar intimações no âmbito da Lei Maria da Penha. O TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, através da Portaria GC 156/2018, permitiu a utilização de aplicativo de mensagens *Whatsapp* no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, notadamente para fins de cientificação de audiências preliminares.

Já o TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou o Provimento CGJ 56/2020 e o Ato Normativo TJRJ/CGJ 25/2020, os quais autorizam o uso do *Whatsapp* como meio idôneo de comunicação processual. O TJPA – Tribunal de Justiça do Pará inovou ao começar, em caráter experimental, a utilizar o aplicativo *Whatsapp*, como meio de intimação de partes em processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis da capital, esclarecendo que, gradativamente, o projeto será expandido para outras Varas e Comarcas¹.

Essa normatização, insta frisar, traz o mínimo de legalidade para o ato e deposita previsibilidade para o jurisdicionado, indo ao encontro dos princípios da cooperação e boa-fé processual, na forma prevista nos artigos 5º e 6º do CPC.

Estudando algumas decisões judiciais recentes sobre o tema, extrai-se que o requisito idoneidade se perfaz justamente mediante o detalhamento, pelo órgão judiciário

1 Disponível em <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Juizados-Especiais/691283-formulario-de-adesao-intimacao-via-whatsapp.xhtml>. Acesso em 16/10/2021.

competente, de toda a dinâmica para o uso do aplicativo, estabelecendo regras e penalidades para o caso de descumprimento, na esteira do que ficou estabelecido no procedimento de controle administrativo instaurado no CNJ e já citado.

Denota-se, ainda, que, no campo da eficácia, mostra-se imprescindível cientificar de forma clara e objetiva o ato processual a que se pretende dar conhecimento, munindo-se o servidor público responsável pelo cumprimento do ato processual do máximo de provas hábeis a atestar que a mensagem chegou ao litigante que constava como destinatário.

Além disso, valendo-se da *ratio* da teoria das nulidades, a intimação por aplicativo não pode causar qualquer prejuízo ao litigante receptor da mensagem, até porque, pela previsão contida no artigo 277 do CPC, “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Nesse jaez, o Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, relator no STJ do HC 646948/DF 2021/0051281-6², em decisão monocrática publicada no DJe de 07/05/2021, posicionou-se no sentido de que “embora não se desconheça a importância crucial do ato citatório para o aperfeiçoamento da relação jurídico-processual, os avanços tecnológicos, associado à emergência sanitária causada pelo novo coronavírus, cujos efeitos deletérios são particularmente graves em nosso país, devem ser levados em consideração para que se avalie a validade do ato citatório. Diante dos desafios apresentados, os órgãos do Poder Judiciário buscaram soluções a fim de permitir a continuidade dos trabalhos de forma segura, sem prescindir dos cuidados com as garantias processuais”.

A seu turno, nos autos do HC 641.877/DF, o Ministro RIBEIRO DANTAS, em decisão publicada no DJe de 15/03/2021³, fixou critérios para validação e conferência de eficácia ao uso de aplicativo de mensagens para fins de citação / intimação:

“(..). Abstratamente, é possível imaginar-se a utilização do *Whatsapp* para fins de citação na esfera penal, com base no princípio *pas nullité sans grief*. De todo modo, para tanto, imperiosa a adoção de todos os cuidados possíveis para se comprovar a autenticidade não apenas do número telefônico com que o oficial de justiça realiza a conversa, mas

2 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1204551193/habeas-corpus-hc-646948-df-2021-0051281-6/decisao-monocratica-1204551203>. Acesso em: 16/10/2021.

3 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172120869/habeas-corpus-hc-641877-df-2021-0024612-7>. Acesso em: 16/10/2021.

também a identidade do destinatário das mensagens.

7. Como cediço, a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade da conversa. É possível imaginar-se, por exemplo, a exigência pelo agente público do envio de foto do documento de identificação do acusado, de um termo de ciência do ato citatório assinado de próprio punho, quando o oficial possuir algum documento do citando para poder comparar as assinaturas, ou qualquer outra medida que torne incontestado tratar-se de conversa travada com o verdadeiro denunciado. De outro lado, a mera confirmação escrita da identidade pelo citando não nos parece suficiente.

8. Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individual dele. Nesse caso, ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida”.

Denota-se das decisões acima, as quais envolvem matéria penal, de maior sensibilidade, obviamente, quanto as garantias de defesa, que se faz necessário provar à autenticidade da identidade do litigante, os poderes e capacidade dele de recepcionar aquela mensagem, sendo imperativo se adotar medidas suficientes para atestar quem é o indivíduo responsável pela interlocução, sob pena de quebra do contraditório e ampla defesa.

Até mesmo considerar a familiaridade do “receptor” com a tecnologia e a opção pelo uso dos instrumentos extraordinários de comunicação processual devem ser sopesados, tal como exposto no acórdão proferido nos autos do processo nº 0000341-84.2020.5.06.0211, em tramitação no TRT6 – Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Re-

gião, cujo julgamento ocorreu em 03/06/2021⁴.

O oficial de justiça, a despeito de efetuar remotamente o seu trabalho, necessita ser cauteloso, diligente e perspicaz para o cumprimento do ato processual por aplicativo de mensagens, senão um mar de nulidades pode encharcar os processos judiciais no País, trazendo injustiças inadmissíveis à prestação jurisdicional. O próprio famigerado aplicativo *whatsapp* possui uma modalidade denominada de *business* que permite respostas instantâneas e preconcebidas, criadas para interação mínima com o interlocutor que envia mensagens, que são disparadas automaticamente depois do primeiro contato. Ou seja, inexiste garantia de que houve a recepção da mensagem por aquele que deveria recebê-la, daí o zelo que deve nortear a atuação judicial como um todo.

Indubitavelmente, portanto, a jurisprudência não afasta a possibilidade de que os atos de citação/intimação sejam realizados através de aplicativos de mensagens, porém, requisitos acauteladores na prática daqueles devem ser observados pelo Poder Judiciário, a fim de que, em nome da celeridade, não se esvaia a efetividade indispensável à validade do ato.

E efetividade também é sinônimo de boa-fé processual. Apoiando-se neste e noutros fundamentos, o Juiz Guilherme Madeira Dezem da 44^a Vara Cível de São Paulo/SP entendeu que o Poder Judiciário deve usar a tecnologia em seu favor para citar oficialmente réu que não possui endereço fixo, dada a natureza do seu trabalho, mas que se afigura um usuário ativo do aplicativo de mensagens.

De acordo com a decisão, se atestado nos autos que o litigante demandado é vendedor autônomo ambulante, sem endereço fixo ou oficiais atualizados, e que a patrona da parte adversa mantém contato com ele por meio do *Whatsapp*, nada impede que o ato citatório ocorra pelo aplicativo. Vide trecho do *decisum*⁵:

“O pedido feito pela d. advogada não é usual.

Trata-se do primeiro pedido que me é feito neste sentido. Conheço o precedente por ela invocado do STJ e também destaco a inexistência de regulamentação por parte do legislador, do Egrégio Tribunal de Jus-

4 Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1226781903/recurso-ordinario-trabalhista-ro-3418420205060211/inteiro-teor-1226781913>. Acesso em 16/10/2021.

5 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/1030291-2520218260100-juiz-permite-reu.pdf>. Acesso em 16/10/2021.

tiça bem como do CNJ.

A questão está, em primeiro lugar, saber se a ausência de regulamentação autoriza o indeferimento do pedido feito pela advogada.

Neste ponto creio que a ausência de previsão em lei não é hábil a justificar o indeferimento do pedido da advogada. Neste sentido a interpretação que extraio do disposto no artigo 8 do CPC, notadamente a razoabilidade e a eficiência.

Há outros dois pontos a serem analisados: o primeiro consiste em saber qual o motivo fático justificaria tamanha excepcionalidade.

Ora, estes motivos estão indicados nas petições retro: o réu é vendedor autônomo, sem endereço fixo, sem endereços oficiais atualizados. Qualquer forma de tentativa de localização de seu endereço seria perda de tempo e dinheiro, do autor e do Estado.

Há, por fim, último ponto: a advogada poderia estar mentindo sobre todas as informações apresentadas. Em tese ela poderia. No entanto não há absolutamente nenhum dado agora que me autorize a duvidar da veracidade de suas informações.

As partes devem atuar em boa fé e a esta implica também na ausência de preconceções sobre atuações de má-fé. Afinal de contas é bem conhecida a lição de que a má-fé não se presume.

Desta forma autorizo a realização da citação pela via de *whatsapp*".

Notadamente, há de prevalecer os princípios da razoabilidade, da eficiência e da boa-fé ao julgador que opta por deferir a intimação / citação por aplicativo de mensagens, tal como se verifica na decisão acima transcrita.

Em arremate, sob o prisma legislativo, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1595/2020⁶ que autoriza a intimação judicial por meio de aplicativo de mensagens. O projeto, de fato, significa um avanço no desenvolvimento do tema como ferramenta apta a conferir maior efetividade à prestação jurisdicional, eis que a previsão em lei desta espécie de comunicação processual será decisiva para conferir segurança jurídica ao uso destes aplicativos para prática de atos processuais de comunicação aos litigantes.

Segundo o texto em aprovação, de maneira bem sucinta, os litigantes que aderirem

6 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2243132>. Acesso em: 16/10/2021.

a esta forma de comunicação poderão ser intimados eletronicamente por meio de aplicativo de mensagens e a intimação será considerada cumprida se houver confirmação de recebimento da mensagem no prazo de vinte e quatro horas de seu envio. A resposta deverá ser devolvida por meio do próprio aplicativo, em mensagem de texto ou de voz, se valendo o receptor das expressões “intimado(a)”, “recebido”, “confirmo o recebimento” ou outra expressão análoga que indique a efetiva recepção do seu conteúdo. Pensando na plenitude do direito de defesa, caso não haja confirmação de recebimento no prazo, o texto em construção prevê que deverá ser feita outra intimação.

Os defensores do projeto de lei em testilha afirmam que a tecnologia, bem utilizada, pode ser de grande valor para a eficiência de resposta do Poder Judiciário a sociedade, de modo que seu uso pode trazer celeridade à prestação jurisdicional e reduzir custos referentes ao processo judicial, tudo com mais simplicidade e menos burocracia, destacando que a prática de intimações eletrônicas em processos judiciais extrapola o interesse individual dos litigantes, na medida em que confere eficiência e credibilidade ao sistema jurisdicional como um todo.

Diante do que foi exposto, conclui-se ser dever do direito adaptar-se as novas conjunturas, dentre elas as ferramentas de tecnologia que possam garantir efetividade à prestação jurisdicional. Se as inovações digitais fazem nascer novos modos de interação social, necessário que novas normas jurídicas sejam debatidas e definidas, especialmente com o fito de facilitar o bom funcionamento do Poder Judiciário.

Entretanto, enquanto não houver normatização em lei federal quanto ao uso destes aplicativos de mensagens, se afigura prudente que os órgãos do Poder Judiciário não apenas regulamentem a utilização destas ferramentas nos processos judiciais, à luz do que já decidiu o CNJ e se valendo nos princípios processuais invocados alhures, como também orientem os servidores que delas irão se valer para alcançar os jurisdicionados, de sorte que estes se orientem pela cautela, que busquem o máximo de garantias que permitam confirmar, sem dúvidas, o atingimento da finalidade do ato de comunicação.

Contrapor-se a tecnologia e ao seu uso nos processos judiciais não parece ser a opção mais lógica, eis ser esta uma realidade inofismável, mormente depois do isolamento social causado pela pandemia do novo coronavírus. Em condições ideais, com a devida regulamentação legal, com perfeita orientação dos que dela irão fazer uso no Poder Judiciário, valendo-se o Estado-Juiz da sensibilidade necessária, da razoabilidade e da proporcionalidade, os aplicativos de mensagens multiplataforma são, sim, ferramentas idôneas e eficazes para a prática de atos judiciais, visto que permitem rápida e

menos custosa comunicação judicial.

Entrementes, não há como se fulminar os meios de comunicação tradicional previstos em lei. Os aplicativos de mensagens ainda são ferramentas não oficiais, eis que desenvolvidas no âmbito da iniciativa privada, sobre os quais o poder público não tem ingerência e domínio pleno. Além do mais, em um País de dimensões continentais, com cenários sociais tão dispares, com tamanha desigualdade social, pode não ser nada idôneo ou eficaz perpetrar uma comunicação oficial judicial por aplicativo de mensagens. Para tanto, basta um litigante ou jurisdicionado que não disponha destas ferramentas em seu aparelho celular, que não saiba como utilizá-las por ignorância e pouco saber, ou mesmo que nem detenha um equipamento de telefonia móvel.

Por enquanto, só resta aos operadores do direito acompanhar se haverá introjeção do artigo 270-A no CPC, fruto do Projeto de Lei nº 1595/2020 em tramitação, bem como monitorar as decisões judiciais proferidas Brasil afora que, por força deste período pandêmico, se tornaram constantes no sistema judiciário pátrio, aferindo os critérios de validade nelas estabelecidos, o que poderá servir de tabua de salvação para aquisição do mínimo de segurança jurídica em relação a comunicação judicial via aplicativos de mensagens multiplataforma.

264

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Lei nº. 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Lei das Execuções Fiscais. **Lei nº. 14.195** de 26 de agosto de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14195.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 185**, de 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 354**, de 19 de novembro de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 16 out. 2021.

A Tendência do Visual Law – Um Caminho sem Volta

Tarcísio Araújo Kroetz

Maria Amélia Cassiana Mastrorosa Vianna

Flávio Augusto Dumont Prado

Mônica Prado Passos

1. Introdução

Desde os primeiros anos de formação acadêmica até o pleno exercício da profissão no setor privado ou em carreiras públicas, acabamos nos acostumando à maneira tradicional da advocacia de escrever e de apresentar textos ou ideias.

Ocorre que, tal como experimentado em tudo o que não se refere à advocacia, os tempos mudaram, trazendo a premente necessidade de adaptação dos(as) advogados(as) à realidade atual.

Parte importante dessa mudança e adaptação aos tempos modernos está atrelada à própria forma da comunicação jurídica escrita, visando trazer ao interlocutor mais simplicidade, facilidade e compreensão dos temas tratados. Levar a mensagem de forma mais fácil e objetiva, seja para os nossos clientes, seja para os órgãos julgadores, administrativos ou judiciais, é algo bastante importante para nós, advogados(as).

Aliado a isso, vivemos uma verdadeira avalanche tecnológica, em que tudo passou a ser muito rápido e dinâmico, em todos os âmbitos – profissional, social e emocional –, de modo que se torna indispensável uma comunicação objetiva, com qualidade e visual.

Outro ponto relevante é a atual interação das gerações. Pela primeira vez, verificaram-se quatro gerações ativas¹ e interagindo no mercado trabalho: Baby Boomers²

1 Disponível em: <<https://www.siteware.com.br/blog/gestao-estrategica/quais-sao-as-geracoes/Acesso>>. Acesso em: 9 mai 2021.

2 Nascido entre 1945 e 1964

(nascidos de 1945 a 1964); X³ (nascidos de 1965 a 1984); Y⁴ ou Millennials (nascidos de 1985 a 1999); e Z⁵ (nascidos a partir do ano 2000).

Sem dúvida, tais gerações possuem aptidões e talentos diferentes, que, agregados, possuem resultados brilhantes. No entanto, adequar um meio de comunicação e uma peça processual para leitura e simples interpretação por qualquer uma das gerações é uma tarefa árdua.

É por isso que têm ganhado importância cada vez maior os elementos de *design* na escrita, aliados à própria reformulação do linguajar, visando evitar a tradicional prolixidade e o uso de jargões jurídicos arcaicos, sem, é claro, qualquer perda de qualidade. Ao contrário: há importantes ganhos que serão aqui brevemente tratados.

De forma mais ampla, estamos nos referindo ao que vem sendo chamado de *Legal Design*, técnica que consiste não só no repensar da forma de se escrever, como também na utilização de soluções como gráficos, ícones, cores e vários outros elementos visuais na comunicação escrita, de maneira a facilitar a compreensão do interlocutor, gerando, assim, maior valor ao destinatário da mensagem⁶.

Apesar de existir certa divergência nessa conceituação, o *Legal Design* pode ser entendido como um gênero que comportaria ao menos duas espécies: o *UX Writing* e o *Visual Law*.

O *UX Writing* é uma nova abordagem que se dá à escrita de textos jurídicos, visando alcançar a melhor experiência para o leitor, de forma a facilitar a compreensão do conteúdo e reduzir a sua extensão sem perda de qualidade.

Já o *Visual Law* é a técnica que se utiliza de diversos elementos do *design* para a redação de um texto. Esse ramo tem sido aplicado com muita frequência, principalmente com a virtualização dos processos.

Feitas tais considerações, o presente artigo tratará sobre essa tendência de utiliza-

3 Nascido entre 1965 e 1984.

4 Nascido entre 1985 e 1999.

5 Nascidos a partir do ano 2000.

6 Rafaela Vissoky e Marco Jobim destacam ainda que o *design thinking*, o *legal design* e o *visual law* são estratégias de efetiva implementação do “direito à influência”. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/34886/pdf>> Acesso em: 17 set 2021.

ção do *Legal Design*, dando foco especial ao *Visual Law*, já que os resultados da utilização dessa técnica têm sido inequívocos, como se verá. É por isso que nos referimos, logo de início, tratar-se de um caminho sem volta.

2. A Importância da Aplicação Correta das Técnicas do *Visual Law*

Não há dúvida de que um texto mais facilmente compreensível, que traga ao leitor uma experiência mais agradável e prazerosa, colherá melhores frutos, sejam eles na melhor percepção dos elementos trazidos em uma lide, de forma a facilitar o julgamento da demanda, sejam eles na melhor compreensão do assunto tratado para clientes ou mesmo na simples satisfação pela qualidade do trabalho entregue.

É fato que a tela do computador oferece aos seus usuários inúmeros recursos. Diante do fato de que os processos, na sua maioria, estão atualmente tramitando de forma eletrônica, é conveniente a adaptação do uso da tela a um modo mais visual, trazendo recursos que podem auxiliar na compreensão do julgador e da parte.

Note-se que os(as) advogados(as) não se encontram mais diante de máquinas de escrever ou simples editores de texto, razão pela qual se pode pensar de forma mais didática, objetiva e diferente.

O grande objetivo do *Visual Law* é exatamente simplificar e facilitar a comunicação entre advogados(as) e destinatários dos serviços jurídicos⁷, sejam eles os órgãos julgadores ou mesmo nossos clientes, utilizando-se de uma linguagem menos rebuscada, mais ilustrativa e alegre, por meio de elementos que facilitem a compreensão⁸.

Para bem aplicar as técnicas do *Visual Law*, é preciso observar quem será o destinatário do texto jurídico e o objetivo do trabalho. Naturalmente que as técnicas do

7 Karina Matos e Fabio Peixoto destacam que o *Legal Design* é uma abordagem focada no usuário do ambiente jurídico e tem como principal objetivo “*tornar os sistemas legais e seus serviços mais úteis, atrativos e com boa usabilidade*”. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Karina-Denari/publication/345177323_Legal_Design_aplicado_a_Litigancia_Estrategica_em_Direitos_Humanos/links/5fa01beea6fdccfd7b94c490/Legal-Design-aplicado-a-Litigancia-Estrategica-em-Direitos-Humanos.pdf#page=46> Acesso em: 17 set 2021.

8 Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/visual-law-o-que-e-e-como-o-advogado-do-futuro-pode-usar.html>> Acesso em: 30 set 2021.

Visual Law devem ser aplicadas de formas diferentes, a depender da situação específica. Não é esperado que a maneira de aplicar as técnicas seja a mesma quando se elabora uma petição inicial ou um contrato de compra e venda, por exemplo. Essa orientação foi bem apontada por Ana Carolina Maia⁹, para quem os objetivos do trabalho devem ser centrados no usuário.

É também importante destacar que o *Visual Law* não tem por objetivo apenas melhorar a estética de documentos, mas, sim, melhorar a funcionalidade do texto, utilizando-se de imagens, ícones, cores, ou até mesmo de recursos de áudio ou vídeo – presentes em textos através de *link* ou de *QR Code* – visando melhorar a funcionalidade e a interpretação da informação que se deseja transmitir¹⁰.

Assim, a prioridade não deve ser só a estética, mas igualmente o alcance da efetividade da informação individualizada para o destinatário buscado¹¹. Essa técnica é também conhecida como técnica multimodal, por utilizar ferramentas diversas que conectam a linguagem escrita com a linguagem visual ou audiovisual.

Não podemos, porém, também deixar de mencionar a importância do esperado equilíbrio na utilização de ferramentas estéticas, de forma a não distrair o destinatário e tirá-lo do foco no conteúdo¹².

Têm sido visíveis os benefícios colhidos por aqueles(as) que se utilizam das técnicas do *Visual Law* em qualquer trabalho jurídico. No caso dos contratos, por exemplo, facilita-se a compreensão dos termos a serem pactuados entre partes. Já no caso da elaboração de pareceres e de peças processuais, o principal objetivo é alcançar melhores resultados, pois, conforme leciona Bernardo de Azevedo e Souza, textos curtos e mais persuasivos, em trabalhos mais didáticos e interativos, potencializam bastante a possi-

9 MAIA, Ana Carolina. **Legal Design**: criando documentos que fazem sentido para os usuários. Editora Saraiva, São Paulo, 2020

10 FALEIROS JUNIOR, José. CALAZA, Tales. **Legal Design**. Editora Foco, 2021. P. 259.

11 NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (coord.). **Inteligência Artificial e Direito Processual**: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 241.

12 COUTINHO, Rodrigo. **Visual Law e a efetividade da comunicação em petições e documentos jurídicos**. Migalhas, 2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/342197/visual-law-e-a-efetividade-da-comunicacao-em-peticoes-e-documentos>>. Acesso em: 17 set 2021.

bilidade de formação do convencimento¹³.

Sendo o destinatário o Poder Judiciário, como também destaca Bernardo de Azevedo e Souza, quanto mais clara e objetiva, melhor será a peça:

A objetividade é, portanto, uma verdadeira aliada do advogado. Quanto mais objetiva e reduzida a petição, mais chances ela terá de ser lida e realmente analisada pelo magistrado. Por incrível que pareça, a qualidade da jurisdição está diretamente atrelada à clareza e à brevidade com que os pedidos são formulados pelos advogados.¹⁴

A importância do *Visual Law*, ainda dentro do campo do Direito, já tem sido percebida inclusive fora da prestação de serviços jurídicos. Técnicas ligadas ao *Visual Law* já estão sendo implementadas em tribunais, inclusive com o auxílio de *designers* que estão se especializando em *Legal Design*.

Alguns tribunais também já determinam que os textos elaborados por servidores e magistrados observem os princípios do *Visual Law*. O Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 347/2020¹⁵, que trata da Política de Governança das Contratações Públicas no Poder Judiciário, previu expressamente a utilização do *Visual Law*, sempre que possível, em todos os documentos. Já o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e

269

13 Bernardo de Azevedo e Souza, em artigo para o JusBrasil, apresenta dados que motivam a utilização do *Visual Law*, como a demonstração de que a utilização de recursos visuais melhora em até 43% a capacidade de persuasão do texto jurídico. Disponível em: <<https://besouza86.jusbrasil.com.br/artigos/804292299/visual-law-o-que-voce-precisa-saber>> Acesso em: 17 set 2021.

14 Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/visual-law-pode-revolucionar-a-forma-de-peticionar/>>. Acesso em: 17 set 2021.

15 “Art. 32. Compete aos órgãos do Poder Judiciário elaborar o Plano Estratégico de Comunicação para implementação dos ditames desta Resolução, que assegure, além do disposto na Resolução CNJ nº 85/2009, os seguintes objetivos: (...) **Parágrafo único. Sempre que possível, dever-se-á utilizar recursos de visual law que tornem a linguagem de todos os documentos, dados estatísticos em ambiente digital, análise de dados e dos fluxos de trabalho mais claros, usuais e acessíveis.**” (grifo nosso)

Territórios, por exemplo, publicou Portaria¹⁶ que orienta os servidores e magistrados a utilizarem linguagem mais simples¹⁷:

O TJDFT+simples é uma iniciativa institucional que une linguagem simples e direito visual para ampliar o acesso da sociedade à Justiça por meio de comunicações mais claras, acessíveis e inclusivas, conforme disposto na Portaria Conjunta 91/2021 do TJDFT.

Como observação final, é interessante deixar registrado que esse movimento voltado ao *Legal Design* não é apenas nacional, mas também internacional. Apenas a título de exemplo de como o assunto vem sendo retratado fora do Brasil, recomendamos a leitura do trabalho feito pela professora Margaret Hagan¹⁸, cuidadosamente criado sob as técnicas do *Legal Design*, intitulado *Law By Design*.

3. Conclusão

270

O mundo moderno, não só no Direito, mas em todas as áreas do conhecimento, tem exigido constantes mudanças. E, para nós, advogados(as), o *Legal Design* tem sido um importante exemplo da transformação que tem ocorrido na forma de comunicação dos advogados(as), seja com os clientes, seja com outros operadores do Direito.

O mundo moderno tem cobrado cada vez mais de nós, advogados (as), objetividade na escrita, o uso de linguagem fácil e sem rebusco, e a apresentação de textos mais facilmente compreensíveis.

O *Legal Design* vai além do uso de recursos de *design*. Trata-se de uma nova cultura no Direito, levando em conta o destaque de pontos jurídicos relevantes, objetividade, coerência, ausência de repetição, indicação de boa fundamentação e contextualização.

16 Portaria Conjunta nº 91/2021, publicada em 08 de setembro de 2021. Regulamenta o uso de linguagem simples e de direito visual no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2021/portaria-conjunta-91-de-01-09-2021>>. Acesso em: 29 set 2021.

17 Disponível em: <<https://www.auroralab.tjdft.jus.br/tjdft-mais-simples>>. Acesso em: 30 set 2021.

18 Disponível em: <<https://lawbydesign.co/>>. Acesso em: 29 set 2021.

A avalanche tecnológica, aliada ao número inesgotável de informações recebidas, torna o tempo cada vez mais escasso, de modo que a concisão, aliada a uma linguagem de fácil compreensão e com boa qualidade visual, é algo vital na advocacia. Cremos ser este, de fato, um caminho sem volta.

Clientes gostam e querem receber seus trabalhos em uma linguagem mais acessível e compreensível. O mesmo se pode dizer do Poder Judiciário, cujo acúmulo de processos para julgamento também exige de nós um melhor cuidado na abordagem e na facilitação da compreensão dos temas levados a julgamento, o que torna mais fácil a obtenção do esperado sucesso em relação aos interesses de nossos clientes.

O Legal Design, aqui retratado como a combinação das técnicas de *UX Writing* e de *Visual Law*, é um grande aliado nessa tarefa, não só reforçando em nós a importância de abandonarmos as expressões arcaicas que ainda costumam ser utilizadas na advocacia, como também conduzindo nossos trabalhos para uma imagem visual mais leve, mais didática e mais agradável.

Aqueles(as) que ainda não fizeram essa experiência, fica aqui a nossa recomendação: façam. É improvável que venham a se arrepender.

Referências Bibliográficas

COELHO, Lilian. **Visual Law**: o que é e como pode transformar a sua advocacia. Aurum, 2020. Disponível em <<https://www.aurum.com.br/blog/visual-law/>>. Acesso em 17/09/2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução N° 347 de 13/10/2020, publicada no DJe/CNJ n° 335/2020. Ementa**: Dispõe sobre a Política de Governança das Contratações Públicas no Poder Judiciário. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/original170811202010155f8881fb44760.pdf>>. Acesso em: 29/09/ set 2021.

COUTINHO, Rodrigo. **Visual Law e a efetividade da comunicação em petições e documentos jurídicos**. Migalhas, 2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/342197/visual-law-e-a-efetividade-da-comunicacao-em-peticoes-e-documentos>>. Acesso em: 17/09/ set 2021.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. CALAZA, Tales. **Legal Design**. Editora Foco, 2021.

HAGAN, Margaret. **Law by Design.**, 2017. Disponível em: <<https://lawbydesign.co/>>. Acesso em: 29/09/ set 2021.

MAIA, Ana Carolina. **Legal Design**: criando documentos que fazem sentido para os usuários. Editora Saraiva, São Paulo, 2020.

NUNES, Dierle;. LUCON, Paulo Henrique dos Santos;. WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual**: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Editora JusPodivm, Salvador, 2020. p. 227-260.

REUTERS, Thomson. **Visual Law**: o que é e como o advogado do futuro pode usar. **Thomson Reuters**, 2020. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/visual-law-o-que-e-e-como-o-advogado-do-futuro-pode-usar.html>> Acesso em: 30.09. set 2021.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **Visual Law**: o que você precisa saber. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://besouza86.jusbrasil.com.br/artigos/804292299/visual-law-o-que-voce-precisa--saber#:~:text=O%20Visual%20Law%20%C3%A9%20uma,pessoa%20seja%20capaz%20de%20entender>>. Acesso em: 17 set /09/2021.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **Como o Visual Law pode revolucionar a forma de peticionar em juízo. Bernardo de Azevedo**, 2019. Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/visual-law-pode-revolucionar-a-forma-de-peticionar/>> Acesso em: 17 set /09/2021.

272

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Portaria conjunta 91 de 01 de setembro de 2021**. Edição n. 168, fls. 25-27, data de publicação: 08/09/2021. Ementa: Regula o uso de linguagem simples e de direito visual no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. portaria conjunta 91 de 01 de setembro de 2021. edição n. 168, fls. 25-27, data de publicação: 08/09/2021. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2021/portaria-conjunta-91-de-01-09-2021>>. Acesso em: 29/09/ set 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **TJDFT+simples**. Disponível em <<https://www.auroralab.tjdft.jus.br/tjdft-mais-simples>>. Acesso em: 29/09/ set 2021.

VEIGA, F. S.; LEVATE, L. G.; Gomes, M. K. (dirs.). Novos métodos disruptivos no direito, Porto Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Helder, 2020, 886 pgs. Capítulo IV. **Legal Design aplicado à Litigância Estratégica em Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Karina-Denari/publication/345177323_Legal_Design_aplicado_a_Litigancia_Estrategica_em_Direitos_Humanos/links/5fa01beea6fdccfd7b94c490/Legal-Design-aplicado-a-Litigancia-Estrategica-em-Direitos-Humanos.pdf#page=46> Acesso em 17/9/2021.

VISSOKY, Rafaela Sánchez. O contraditório no código de Processo Civil de 2015 e as ações repetitivas decorrentes da pandemia da Covid-19. **Brazilian Journal of Development.**, 2021. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/34886/pdf>> Acesso em: 17/9/2021.

Os Novos Desafios da Advocacia em Propriedade Industrial na Pandemia

*Tarcísio Araújo Kroetz
Maria Inez Araujo de Abreu
Maria Eugênia Kroetz*

1. Introdução

A gradual superação e retorno ao normal depois dos efeitos causados pela pandemia da Covid-19 se deve muito às inovações. Desde a necessidade de aumento da acessibilidade e performance de ferramentas de interação digital, até a busca pela vacina contra o coronavírus foram combustíveis que alimentaram o motor do desenvolvimento tecnológico. Os resultados podem ser vistos nos avanços – em tempo recorde – no campo farmacêutico e médico.

As inovações, por si só demandam constantes adaptações da advocacia de propriedade industrial – a qual já se vê instigada pela flexibilidade das novidades desde seus primórdios. O cenário pandêmico, no entanto, torna-se propício para cabos de guerra entre interesses da indústria e dos governos. Isso torna o momento assaz desafiador para os profissionais do Direito, tendo em vista a gloriosa busca pela melhor disponibilização da tecnologia para sociedade, que não prescinde da defesa da posição dos criadores dos novos produtos e tecnologias, e as erráticas mudanças jurisprudenciais e legislativas. As atualizações quase que diuturnas de posicionamentos judiciais consolidados há anos e alterações legislativas abruptas exigem do advogado equilíbrio para buscar um melhor ambiente de negócios e um sistema sólido e contrabalançado de propriedade intelectual, tão essenciais para o desenvolvimento econômico e social brasileiro.

275

2. O Cenário da Propriedade Industrial no Brasil

No campo jurídico da Propriedade Industrial, vive-se um dos movimentos mais intensos de mudanças desde a década de 1990 quando o Acordo sobre Aspectos dos Di-

reitos de Propriedade da Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)¹ alavancou a edição da Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996 – LPI) e as Leis de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998 – LDA) e de Proteção ao Programa de Computador (Lei nº 9.609/1998).

Na área de patentes, por exemplo, o julgamento, em maio de 2021, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5529, que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996, representou um grande marco no debate jurídico, envolvendo diversas bancas de advocacia em um longo julgamento acompanhado com devoção pelos profissionais atuantes na área em função do enorme impacto que a decisão teria, seja ela qual fosse.

O dito parágrafo único do art. 40 previa uma compensação ao titular da patente frente à demora do processamento pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Enquanto a regra geral do caput prevê que uma patente de invenção vigora pelo prazo de 20 (vinte) anos e um modelo de utilidade por 15 (quinze) anos, ambos contados da data de seu depósito, o parágrafo único previa que “o prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão”.

276

Em linhas gerais, o STF declarou por maioria a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI – o qual já estava vigente há 25 (vinte e cinco) anos – sob o fundamento de que a prorrogação do prazo teria caráter “injusto e inconstitucional” por “privilegiar o interesse particular em detrimento da coletividade”. Ainda, modulou os efeitos da decisão apenas a partir da publicação da ata do julgamento, mas com exceção de que a decisão terá efeitos retroativos e imediatos para patentes que tratam de produtos e processos farmacêuticos, equipamentos e/ou materiais em uso de saúde; e patentes discutidas em ações judiciais, propostas até 7 de abril 2021, cujo objeto fosse a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40.

A decisão do STF, embora histórica, implica em controvérsias que poderão gerar consequências no âmbito internacional e nacional. A modulação dos efeitos pode ser vista como afronta ao Artigo 27.1 do TRIPS² de não discriminação pela tecnologia: “[...]”

1 BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Nº 1.355/1994, que promulgou a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, Brasília, 1994.

2 TRIPS Art.27.1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou

as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente”.

Outrossim, a decisão como um todo gerou um cenário de insegurança jurídica aos titulares de patentes independentemente da área técnica, na medida em que um título de propriedade que havia sido expedido com prazo certo de vigência, servindo de base para uma série de decisões empresariais, repentinamente teve seu prazo de vigência alterado, inclusive em alguns casos com efeito retroativo. Pior, de acordo com os dados disponibilizados até 23 de agosto de 2021 pelo INPI³, 42.360 pedidos de patentes depositados em ou antes de 2015 ainda não tinham tido sequer uma decisão em primeira instância administrativa, o que significa que todos esses pedidos, se concedidos, terão um prazo de vigência inferior a 15 anos se não houver uma premente alteração legislativa que corrija o problema causado pela morosidade administrativa e o recente entendimento da Suprema Corte. Vale apontar que há na fila de exames 5.910 pedidos depositados em ou antes de 2010, os quais terão um prazo de vigência menor do que 10 anos se concedidos.

Mesmo medidas do Poder Executivo originalmente voltadas à melhoria no ambiente de negócios do país não atingiram de modo positivo os titulares de patentes no período.

A festejada Lei Ordinária nº 14.195/2021 – originária da Medida Provisória nº 1.040/2021, que visava a simplificar o ambiente de negócios brasileiro, um dos mais absurdos do mundo – jogou uma pá de cal no parágrafo único do art. 40 da LPI, revogando o instituto que já havia sido declarado inconstitucional na inédita decisão do Supremo

de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

3 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil), “Painel de Pedidos de Patentes Pendentes de Decisão Final” disponível em <https://www.gov.br/inpi/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/conjuntos-corporativos-de-dados-abertos/pedidos-de-patentes-pendentes-de-decisao-final/pedidos-de-patentes-pendentes-de-decisao-final> acessado em 9.out.2021

Tribunal Federal. No entanto, essa revogação veio sem correspondente compensação pela demora no exame de patentes, gerando dúvidas sobre eventual violação do art. 62.2 do TRIPS⁴, no que concerne à concessão de patentes pelas autoridades dos países signatários do Acordo/Tratado em um prazo razoável. Como já abordado, sem o dito parágrafo único, e sem uma devida compensação, haverá casos em que as patentes serão concedidas com reduzidíssimo prazo de duração – até mesmo após o término de sua vigência.⁵ Resta ao titular da patente, apenas e, no máximo, o direito da indenização usualmente irrisório face à perda de mercado. Não podendo se olvidar a realidade de que, frequentemente, as indenizações quando iniciadas tardiamente devido à demora na concessão da patente, recaem em uma execução frustrada vez que usualmente os contrafatores já extinguiram a empresa ou se evadiram.

Outra mudança significativa na área de patentes foi a revogação pela Lei Ordinária nº 14.195/2021 do art. 229-C que havia sido incluído na LP pela Lei nº 10.196/2001. Referido artigo que demanda a prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para a concessão de pedidos patentes de produtos e processos farmacêuticos. Tal revogação, que não está isenta de polêmicas, simplifica o processo administrativo e evita o movimento da máquina burocrática estatal, principalmente levando em conta que a maioria dos pedidos eram anuídos pela ANVISA⁶.

Há, ainda, há diversos projetos de lei que no afã da pandemia tratam da licença compulsória de patentes, com destaque à Lei 14.200/2021⁷ recentemente sancionada e

4 TRIPS Art. 62.2. Quando a obtenção de um direito de propriedade intelectual estiver sujeita à concessão do direito ou a seu registro, os Membros, sem prejuízo do cumprimento dos requisitos substantivos para a obtenção dos direitos assegurarão que os procedimentos para a concessão ou registro permitam a concessão ou registro do direito num prazo razoável, de modo a evitar redução indevida do prazo de proteção.

5 De acordo com os dados divulgados pelo INPI atualizados até 23 de agosto de 2021, há 275 pedidos de patentes depositados em antes de 2002 pendentes de decisão de primeira instância. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil), Ob. Cit. acessado em 9.out.2021

6 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil), “Levantamento de Dados sobre Pedidos relacionados ao Art. 229-C” disponível em https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/arquivos-dirpa/Relatorio_Dados_ANVISA_05_06_2017.pdf acessado em 9.out.2021

7 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 14.200/2021, altera a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Pro-

que amplia as hipóteses legais para concessão de licenciamento compulsório para além dos casos de emergência nacional ou interesse público⁸, ao prever que o instrumento também poderá ser adotado nos casos de calamidade pública de âmbito nacional, bem como fixa a remuneração do titular da patente para 1,5% sobre o preço líquido de venda.

Noutra ponta, no campo das marcas o momento parece ser mais auspicioso.

Embora vigente em território pátrio desde outubro de 2019⁹, foi durante a pandemia que vimos o desenvolvimento do Protocolo de Madri relativo ao registro internacional de marcas.

O Protocolo de Madri é um tratado internacional que permite o depósito e registro de marcas em mais de 120 (cento e vinte) países de maneira simplificada. Para melhor adequar o sistema de marcas nacional aos processamentos via Protocolo de Madri os titulares de marcas nacionais, mesmo que sem qualquer interesse de internacionalizar seus negócios, passaram a contar com a possibilidade de requerer marcas em cotitularidade¹⁰. O reconhecimento de marcas em cotitularidade é importante para o bom ambiente de negócios, reconhecendo situações jurídicas que usualmente existiam e antes eram tratadas em acordos entre partes, desconsideradas pelo INPI, gerando muitas demandas que atrapalhavam o desenvolvimento de atividades empresariais.

No início da vigência do Protocolo, foi trazida também a expectativa da implementação do pedido multiclasse¹¹. O pedido multiclasse é relevante pois permite que

279

priedade Industrial), para dispor sobre a licença compulsória de patentes ou de pedidos de patente nos casos de declaração de emergência nacional ou internacional ou de interesse público, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional. Brasília, 2021.

8 Art. 71 da Lei 9.279/1996.

9 BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 10.033/2019, promulga o Protocolo referente ao Acordo de Madri sobre o Registro Internacional de Marcas, firmado em Madri, Espanha, em 27 de junho de 1989, o Regulamento Comum do Acordo de Madri relativo ao Registro Internacional de Marcas e do Protocolo referente ao Acordo e a formulação das declarações e notificações que especifica. Brasília.20219.

10 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil). Portaria INPI nº 323/2020, dispõe sobre a disponibilização do peticionamento relativo ao regime de cotitularidade em registro de marca no Sistema e-INPI. Rio de Janeiro, 2020.

11 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil). Resolução nº 248/2019, dispõe sobre

cada marca que venha a ser registrada proteja várias classes, sem limitação de bens e serviços, permitindo que o titular monitore apenas um registro. Mas, embora já adotado para estrangeiros que designem o Brasil, tal possibilidade infelizmente ainda não está disponível para nacionais¹².

A alteração mais recente no cenário foi a implementação da aceitação das marcas de posição a partir de 1.out.2021¹³. As marcas de posição embora se classifiquem como sinais visualmente distintivos como previsto na LPI¹⁴, se caracterizam pela distintividade na posição do elemento no produto e tinham a proteção usualmente requerida como marcas tridimensionais, mas com frequentes decisões de indeferimento. Com a nova normativa do INPI, posições distintivas que somente eram reconhecidas pelo Judiciário, em longas medidas processuais de concorrência desleal e conjunto imagem, tenderão a ser reconhecidos administrativamente, facilitando o desenvolvimento de negócios.

3 Conclusão

Embora não haja a definição acurada de qual foi a primeira sociedade de advogados criada no Brasil, tem-se notícia de que, aparentemente, as primeiras sociedades constituídas para o exercício da advocacia nos idos de 1882¹⁵ e 1919¹⁶ ofereciam dentre

280

o registro de marca em sistema multiclasse (com redação alterada pela Resolução nº 257/2020 e pela Portaria INPI/PR nº 016/2021). Rio de Janeiro, 2021.

12 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil). Resolução nº 257/2020, revoga dispositivos da Resolução INPI/PR 248/2019, de 9 de setembro de 2019, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 2020.

13 INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil). Portaria INPI/PR nº 037/2021, dispõe sobre a registrabilidade de marcas sob a forma de apresentação marca de posição, à luz do estabelecido pelo art. 122 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro, 2021.

14 LPI. Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

15 Jules Géraud, Leclerc & Cia.

16 Momsen & Harris, e posteriormente em 1927, inclusão de Leonardos.

seus serviços especializados o registro de marcas e patentes¹⁷.

Nesses quase 140 anos a advocacia organizada em propriedade industrial no Brasil convive com os desafios diários, desde o enfrentamento de questões de ordem administrativa do INPI, com o tão combatido backlog, como de questões ordem ideológica contrárias à matéria de mérito.

Os anos de pandemia, já naturalmente desafiadores para todas as sociedades de advocacia no aspecto gerencial e humano, foram especialmente desafiadores para a área de propriedade industrial.

As mudanças não são só grandes em número, mas em impactos. As alterações jurisprudenciais e legislativas brevemente relatadas afetarão diretamente não só aos titulares dos direitos envolvidos – como as marcas e patentes – mas também à economia e à sociedade como um todo. Tais impactos exigirão das sociedades de advogados esforços inovativos não só visando mitigar os riscos para seus clientes, mas também como bem balancear a aplicação do direito para que os efeitos não sejam nefastos no cenário brasileiro.

4. Referências Bibliográficas

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Nº 1.355/1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, 1994.

-. Lei nº 14.200/2021. Altera a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial), para dispor sobre a licença compulsória de patentes ou de pedidos de patente nos casos de declaração de emergência nacional ou internacional ou de interesse público, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional. Brasília, 2021.

-. Lei nº 10.033/2019. Promulga o Protocolo referente ao Acordo de Madri sobre o Registro Internacional de Marcas, firmado em Madri, Espanha, em 27 de junho de 1989, o Regulamento Comum do Acordo de Madri relativo ao Registro Internacional de Marcas e do Protocolo referente ao Acordo e a formulação das declarações e notificações que especifica. Brasília.20219.

17 MERKL, Márcio. Considerações sobre as sociedades de advogados que atuam em propriedade industrial e a respectiva responsabilidade civil. In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 36. Coord. CORRÊA, Estêvão Lourenço. Curitiba: 2008p.337-377, p. p.339 e ss.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil), “Painel de Pedidos de Patentes Pendentes de Decisão Final” disponível em <https://www.gov.br/inpi/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/conjuntos-corporativos-de-dados-abertos/pedidos-de-patentes-pendentes-de-decisao-final/pedidos-de-patentes-pendentes-de-decisao-final> acessado em 9.out.2021

-. “Levantamento de Dados sobre Pedidos relacionados ao Art. 229-C” disponível em https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/arquivos-dirpa/Relatorio_Dados_ANVISA_05_06_2017.pdf acessado em 9.out.2021.

-. Portaria INPI nº 323/2020. Dispõe sobre a disponibilização do peticionamento relativo ao regime de cotitularidade em registro de marca no Sistema e-INPI. Rio de Janeiro, 2020.

-. Resolução nº 248/2019, dispõe sobre o registro de marca em sistema multiclasse (com redação alterada pela Resolução nº 257/2020 e pela Portaria INPI/PR nº 016/2021). Rio de Janeiro, 2019.

-. Resolução nº 257/2020, revoga dispositivos da Resolução INPI/PR 248/2019, de 9 de setembro de 2019, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 2020.

282

-. Portaria INPI/PR nº 037/2021, dispõe sobre a registrabilidade de marcas sob a forma de apresentação marca de posição, à luz do estabelecido pelo art. 122 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro, 2021.

MERKL, Márcio. Considerações sobre as sociedades de advogados que atuam em propriedade industrial e a respectiva responsabilidade civil. In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 36. Coord. CORRÊA, Estêvão Lourenço. Curitiba: 2008p.337-377, p. p.339 e ss.

A Regulamentação da Inteligência Artificial

Ivo Tinô do Amaral Junior

Nathália Grizzi

1. Uma Breve Digressão para Recordar a nossa Função Social

Os princípios que definem o comportamento do mundo jurídico no Brasil e no mundo estão em movimento constante. O surgimento de novos negócios – cada vez mais inovadores e disruptivos – e a conseqüente proliferação de novos sub-ramos jurídicos, a exigência maior dos clientes em relação às informações gerenciais, as demandas com especificidades mais complexas e inventivas, com maior volume e agilidade em processos, exigem a implementação de sistemáticas mais robustas e inovadoras para exercer a advocacia.

Nas últimas décadas, a necessidade de construir novos modelos de atuação jurídica ganhou velocidade exponencial. Com o desenvolvimento econômico e as mudanças de pensamento e de conceitos do mundo pós-moderno, passou a ser exigido um novo papel do Direito, aí incluída a função da advocacia, sobretudo para atender às necessidades da própria sociedade.

Diante desse cenário, parece ser imprescindível que o profissional e os escritórios tenham uma gama nova de competências e habilidades, atuando com criatividade e inovação, para trazer soluções jurídicas eficientes e éticas não só para seus clientes, mas sobretudo para a construção de uma nova ordem social.

O novo contexto ora relatado e vivenciado tem seu início no que se chama de a 3ª Grande Revolução Industrial, surgida em 1950 com o nascimento de computadores digitais e se aprofunda com a 4ª Revolução Industrial, também conhecida como Indústria 4.0, dentre vários outros termos usados para designar o mesmo fenômeno. O fato é que, com o início dessa nova fase da revolução industrial passamos a vivenciar a chamada “Era Digital” ou “Revolução Digital”.

Daniel Bell, sociólogo americano atuante na Universidade de Harvard, chega a dizer, em seu livro “*The Coming of Post-Industrial*”, em 1976, que a mudança vivida é seme-

lhante ao que se passou durante a 1ª Revolução Industrial. Naquela época, as visões do autor podiam parecer até distópicas, mas tal fato, hoje, é inegável, tanto que a Revolução Digital conquistou o topo dos estudos, planos estratégicos e discussões de governos, pessoas e empresas ao redor do mundo, sobretudo com a introdução de novas tecnologias disruptivas aliadas à aplicabilidade de big data, tais como inteligência artificial (IA), computação em nuvem (*cloud computing*), aprendizagem de máquina (*machine learning*), internet das coisas (IoT) e blockchain. Não é possível mais pensar o mundo atual sem pensar em novas tecnologias e os seus impactos na sociedade, em especial diante o contexto da pandemia do covid-19 ora vivenciada.

Embora o termo no momento seja “Digital”, é importante avultar que o significativo que esta palavra carrega não é meramente tecnológico, mas também – e sobretudo – comportamental. Isto é, não estamos falando apenas de uma migração dos sistemas analógicos para os digitais, mas sim em uma alternância no comportamento, no que tangue a cultura, postura, relações humanas, sociais e organizacionais. Estamos, portanto, numa zona de transição e, muito provavelmente (aí só a História dirá), vivendo uma profunda transformação.

284

Falando em transformações, há um dado interessantíssimo trazido por Silvio Meira, co-fundador do Porto Digital, polo tecnológico localizado em Recife, Pernambuco. Ele contou, no RECnPlay Festival, em 5 de outubro de 2019¹, que, em 1909, os EUA produziram 2 milhões de carruagens e 80 mil carros. Em 1923, pouco menos de duas décadas depois, os EUA produziram 10 mil carruagens e 4 milhões de carros. E o mais interessante: nenhuma empresa de automóveis produzia carruagens antes. Ou seja, as empresas que antes produziam carruagens simplesmente desapareceram nessa transformação!

A partir da análise desse episódio histórico, qual lição (uma das, naturalmente!) se pode extrair, pensando especialmente no papel dos advogados e dos escritórios de advocacia? A necessidade de se dar a devida atenção à Revolução Digital não apenas como um fenômeno tecnológico e de mercado, mas, principalmente, como a força motriz para uma grande reorganização social.

“Num mundo inundado de informações irrelevantes, clareza é poder. Em teoria, qualquer um pode se juntar ao debate sobre o futuro da hu-

1 Para acessar a íntegra do conteúdo, assistir: <https://www.youtube.com/watch?v=bLX4BBYjaOA>. Último acesso em: 10 de outubro de 2021.

manidade, mas é muito difícil manter uma visão lúcida. Muitas vezes nem sequer percebemos que um debate está acontecendo, ou quais são suas questões cruciais. Bilhões de nós dificilmente pode se permitir o luxo de investigá-las, pois temos coisas mais urgentes a fazer, como trabalhar, tomar conta das crianças, ou cuidar dos pais idosos. Infelizmente, a história não poupa ninguém. Se o futuro da humanidade for decidido em sua ausência, porque você está ocupado demais alimentando e vestindo seus filhos – você e eles não estarão eximidos das consequências. Isso é muito injusto, mas quem disse que a história é justa?”²

Aos advogados e advogadas, um lembrete: é preciso estar atento(a) e lembrar, de forma insistente, a função social da advocacia e a importância do nosso papel para a construção de uma ordem social cada vez mais justa e inclusiva, tal como preconizado pela nossa Constituição Federal.

2. Encarando o Desafio das Máquinas

285

Na atualidade do mundo jurídico, já se compreendem novas modelagens de profissionais, sendo mais famoso o Engenheiro Jurídico. Esse novo tipo de profissional, já bastante ativo na Europa, ainda tem uma atuação incipiente no cenário brasileiro, porém com perspectiva de crescimento exponencial.

Na prática, esse novo profissional tem a capacidade de ligar dois mundos (aparentemente) distintos: o Direito e a Tecnologia. O Engenheiro Jurídico funciona, pode-se dizer, como um tradutor das regras jurídicas e da lógica de programação. Mas para quê? Para trazer, sempre que possível, cada vez mais mecanismos de automação, muitas vezes usando inteligência artificial, almejando aumento de produtividade e subtração das atividades burocráticas, repetitivas e demoradas, substituindo-as por resultados ao alcance de um clique em segundos.

Há um grande frisson em torno dos chamados cavaleiros do Apocalipse que bradam aos quatro ventos que as *legaltechs* ou *lawtechs* e os robôs irão acabar com os advogados e as advogadas. Indubitavelmente, isto não os extinguirá, mas impactará

2 HARARI, 2018, posição 53.

– como de fato já está impactando – significativamente a profissão. O(a) advogado(a) moderno(a) certamente será instado(a) a exercer atividades mais intelectuais e criativas e cada vez menos repetitivas, em face da impossibilidade criativa, construção crítica e independente e até intuição das máquinas.

Nessa mesma linha, Alexandre Zavaglia Coelho, coordenador do IDP em São Paulo, também não descarta a possibilidade de a tecnologia afetar advogados, contudo declara que isso afetará principalmente aqueles ligados a tarefas repetitivas, ao mesmo tempo em que surgirão diversas outras áreas de atuação e até mesmo outros tipos de advogados, como o engenheiro jurídico já mencionado. Segundo ele, “além disso, há um componente da estratégia profissional que nunca poderá ser substituído por robôs”³.

Além do desafio para o exercício da profissão em si, outro desafio se apresenta de maneira ainda mais substancial no contexto da Era Digital: o impacto dessa revolução tecnológica no Direito e na construção de uma nova lógica de governança global, a partir de uma sociedade tecnorregulada (MAGRANI, 2019) e orientada por dados. Atualmente, assiste-se às discussões sobre a regulação da tecnologia pela própria tecnologia, fenômeno denominado por Lessig de “*Code is Law*” (LESSIG, 2006) – referência mais famosa – e por Joel Reidenberg de *Lex Informatica* (REIDENBERG, 1998).

286

Independentemente da nomenclatura adotada, o que importa observar é a própria essência do fenômeno, qual seja: com a ascensão dessas novas manifestações tecnológicas, sobretudo da Inteligência Artificial (IA), há um crescente fortalecimento de movimentos legiferantes para além do Estado, criados no próprio ambiente da rede e materializados nos códigos computacionais, seja sob a forma de análise de dados, contratos eletrônicos, termos de uso, standards técnicos que devem ser observados ou regras de conduta em rede.

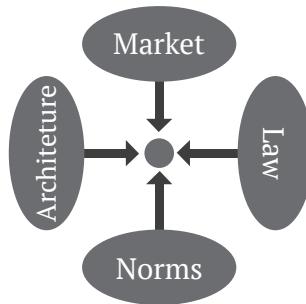
Quanto mais as nossas interações são regidas por softwares, cada vez mais nós nos apoiamos na tecnologia não apenas na tomada de decisões, mas também como um meio de diretamente fazer cumprir regras. Dessa forma, o software acaba impondo o que pode ou não ser feito

3 Importante destacar que a Europa já segue bem avançada nesse tipo de estudo, com debates precisos na Comissão Europeia, aplicação nos Tribunais, reflexos nos julgamentos e até estudo do impacto social. No Brasil ainda é algo recente e que requer, portanto, uma atenção maior a toda esta descoberta, porém que já possui como base a experiência europeia para furtrar-se de erros e métodos ultrapassados.

em um ambiente virtual específico com mais frequência que a lei de regência e, frequentemente, de maneira mais efetiva⁴.

A questão que se põe é até que ponto esses códigos carregam efetivamente os valores das tradições constitucionais dos Estados ou acomodam o processo democrático de produção normativa. Segundo Lessig, a menos que entendamos como o ciberespaço pode incorporar ou substituir valores de nossa tradição constitucional, perderemos o controle sobre esses valores. A lei no ciberespaço – código – irá substituí-los (LESSIG apud CHAMBERS, 2012).

Para Lessig, há quatro forças diferentes que existem e contribuem – em maior ou menor grau – para moldar o comportamento dos indivíduos. São elas:



287

As quatro forças de regulação, segundo Lawrence Lessig (Fonte: LESSIG, 2006, p.123)

1. O Direito: cria barreiras normativas, baseadas em leis e regulamentos, para limitar as ações dos indivíduos;
2. As normas sociais: regulam comportamentos sociais por meio de pressões e influências dos próprios grupos sociais;
3. O mercado: encorajando ou desencorajando certos comportamentos baseando-se nos mecanismos da oferta e da procura; e

4 Tradução livre do original: “As more and more of our interactions are governed by software, we increasingly rely on technology not only as an aid in decision-making but also as a means to directly enforce rules. Software thus ends up stipulating what can or cannot be done in a specific online setting more frequently than the applicable law, and frequently, much more effectively”. DE FILIPPI e HASSAN, 2016, p. 3.

4. Natureza e Arquitetura: são limitações da natureza ou características do mundo que, de alguma maneira, limitam as ações dos indivíduos. É nessa força que Lessig enquadra a arquitetura das tecnologias, equiparando-as às arquiteturas do mundo real, com as mesmas características de plasticidade e capacidade de adaptação por ações humanas.

Adentrando nessa problemática da arquitetura, o autor americano sustenta que as tecnologias – por sua própria natureza – são de difícil regulação, não sendo, contudo, impossível regulá-las. Ele defende ainda que, partindo da premissa de que a lei do ciberespaço é uma realidade, é necessário que os governos atuem de forma efetiva para garantir que o código tenha os valores corretos – isto é, aqueles que reflitam os interesses constitucionais – e não que simplesmente tais normas sejam emanadas de qualquer autoridade legislativa não detentora das prerrogativas democráticas e dos valores constitucionais balizadores da sociedade. Explica ainda Lessig que a estrutura do código – sua arquitetura – pode e deve ser adaptada para refletir corretamente tais valores.

288

O filósofo e eticista italiano Luciano Floridi recentemente declarou: “Estamos entrando na Era do Design e devemos fazer de tudo para que seja a Era do ‘bom’ design’. Anos antes, na obra *Code 2.0*, o professor de Harvard e especialista em tecnologia Lawrence Lessig já havia decretado: “*Code is Law*”. Ambas as declarações possuem uma mesma linha de argumentação: somos hoje regulados e influenciados pela arquitetura das plataformas digitais (pelo seu design), tanto quanto por outras regulações como, por exemplo, o Direito, as normas sociais e a economia⁵.

Um caso recente e bem emblemático serve para ilustrar o problema do viés tecnológico e da necessidade de um bom design: em 2015, o algoritmo de reconhecimento facial utilizado pelo Google Photos começou a identificar humanos negros como sendo gorilas. A IA usada aparentemente não foi ensinada a reconhecer pessoas de diferentes etnias, mas sim a adotar o padrão branco-europeu para quaisquer seres humanos, o que

5 MAGRANI, 2019, p. 247.

fez com ela se tornasse racista, na essência. Não bastasse essa aplicabilidade claramente parcial, a solução encontrada pela gigante tecnológica para resolver o problema se mostrou ainda mais questionável: os desenvolvedores simplesmente retiraram do algoritmo a capacidade de reconhecer qualquer grande símio.

Essa questão é apenas uma na vastidão das outras que permeiam a utilização da tecnologia para a construção de uma sociedade cada vez mais global e conectada e representa tão somente uma pequena fatia do problema. A situação se mostra muito mais desafiadora ao se pensar num contexto amplo e tecnorregulado, em que os códigos computacionais passam a desempenhar um papel fundamental na regulação de determinados comportamentos, relações sociais e transações das mais diversas naturezas.

Dessa feita, para se pensar na possibilidade de utilização da tecnologia, em especial da IA, para assegurar a construção de uma nova ordem social mais integrada e colaborativa, parece imprescindível se compreender que, atualmente, *Code is Law* e que o design de códigos desempenha um papel fundamental na nossa sociedade.

Mas então o que é IA? John McCarthy define Inteligência Artificial como: “*It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but Artificial Intelligence does not have to confine itself to methods that are biologically observable*”⁶.

289

Uma definição mais simples apresenta a IA como uma disciplina que tem por objetivo o estudo e a construção de entidades artificiais com capacidades cognitivas semelhantes às dos seres humanos (COSTA & SIMÕES, 2008). Há várias definições e especificidades relacionadas à IA, tais como tipo de IA, forma de aprendizagem, características dos algoritmos, dentre outras, mas que, por uma questão de pertinência temática e, naturalmente, de limitação técnica, não serão abordadas nesse breve ensaio.

Independentemente do aprofundamento de tais questões técnicas, o fato é que, hoje, a IA se apresente como uma alternativa para quase qualquer tarefa intelectual. Seja em veículos autônomos (como drones e automóveis autônomos), diagnóstico médico, criação de arte, na prova de teoremas matemáticos, jogos, assistentes virtuais, reconhecimento de imagens e vídeos, previsão de decisões judiciais, dentre vários outros.

Vê-se, portanto, que a IA vem ganhando espaço, apesar de toda a repercussão divergente inicial. Diante de tal cenário, não se pode adotar uma postura negacionista e

6 Fonte: <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html>.

considerá-la o Leviatã do século, sob pena de ter como provável destino a derradeira fatídica das indústrias de carruagem no começo do século XXI. O que precisa ser feito é entender a IA e aprender a utilizá-la a favor da sociedade.

Fica clara a necessidade de debates interdisciplinares sobre assuntos relevantes que tendem a contribuir com as práticas desejáveis no âmbito jurídico é fundamental. Para que haja integração entre a Inteligência Artificial e o mundo jurídico, parece fundamental que haja a incorporação, na arquitetura dos códigos, dos princípios éticos norteadores das normas sociais e do Direito (*ethics by design*).

3. Afinal, há Necessidade de Regulamentar a Ia?

Até o presente momento, nenhum país regulamentou o uso da Inteligência Artificial de modo amplo. Há naturalmente algumas normas aplicáveis à tecnologia, como, por exemplo, na Alemanha em que houve a criação de regras relacionadas aos carros autônomos e na França, onde houve a proibição do uso de dados da Justiça para individualizar o perfil de atuação de cada juiz, sendo apenas uma limitação da extração e uso dos dados, mas não há uma regulamentação da atividade.

290

Não há, até o momento, nenhum diploma normativo exclusivamente sobre Inteligência Artificial, tal como o Marco Civil da Internet ou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil. Existe, contudo, uma tentativa de regulamentação em andamento no Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 21/2020, de autoria do Deputado Eduardo Bismarck – PL 21/20), que foi, recentemente, aprovado na Câmara dos Deputados e agora segue para tramitação no Senado.

Na prática, o PL 21/20, com as alterações propostas e já incorporadas, funciona sobretudo como uma matriz regulatória, seguindo o movimento observado globalmente de estabelecer parâmetros e standards para o uso da IA, centrados principalmente na perspectiva humanística do uso da tecnologia. Há, inclusive, previsão expressa de estímulo à autorregulação, com adoção de códigos de conduta e guias de boas práticas em IA. A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o G-20 têm encabeçado movimentos nesse sentido, numa clara tentativa de trazer algum nível de padronização e governança para o uso da tecnologia (*soft law*), sem, contudo, criar normas jurídicas rígidas (*hard law*) por antecipação, correndo o risco de abafar o desenvolvimento tecnológico em toda a sua potencialidade.

Esse dilema é antigo e se aplica a praticamente todos os casos em que há inovação.

Em regra, observa-se o comportamento legislativo de esperar para entender melhor os reflexos da novidade, para só depois verificar a real necessidade de regulamentação. Essa abordagem, inclusive, tem sido a mais assertiva, pois termina evitando que a tecnologia seja estagnada antes mesmo de crescer. A fase embrionária é crucial para determinar como a sociedade vai incorporar e reagir a cada nova transformação.

Sob uma perspectiva global, observa-se a existência de certos princípios éticos e boas práticas no uso da IA, impulsionados pela OCDE e já amplamente difundidos na comunidade internacional, quais sejam⁷:

1. **Beneficência:** a utilização da IA deve ser *human centered*, isto é, deve ser utilizada para beneficiar a humanidade.
2. **Não maleficência:** como consequência do primeiro princípio, decorre que a utilização da IA não deve ser utilizada para causar prejuízos.
3. **Autonomia:** o uso da IA deve ser voltado para reforçar e não aniquilar a autonomia humana. Esse princípio parece basilar para tratar dilemas envolvendo o uso de máquinas como fator de geração de desemprego.
4. **Justiça:** apesar de amplo e com uma denominação em certa medida utópica, este princípio visa a indicar que a utilização de IA deve servir para promoção do desenvolvimento sustentável e como ferramenta de inclusão social.
5. **Accountability:** deve haver transparência e explicabilidade em toda utilização de IA como forma de garantir eventuais responsabilizações e prestações de contas.

291

No Brasil, foi instituída pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), por meio da Portaria MCTI nº 4.617/2021 e da Portaria MCTI nº 4.979/2021, a Estratégia Brasileira em Inteligência Artificial (EBIA). A EBIA serve, em linhas gerais, para orientar as ações governamentais acerca do desenvolvimento de soluções em Inteligência Artificial e está alinhada com as diretrizes da OCDE, cuja adesão pelo Brasil ocorreu em maio de 2019.

7 Para maiores informações, acessar o “Guia de Boas Práticas em Inteligência Artificial” produzido por DEMAREST. Acesso em: <https://online.fliphtml5.com/hbkzh/vusa/#p=22>.

“Alinhada às diretrizes da OCDE endossadas pelo Brasil, a EBIA fundamenta-se nos cinco princípios definidos pela Organização para uma gestão responsável dos sistemas de IA, quais sejam: (i) crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar; (ii) valores centrados no ser humano e na equidade; (iii) transparência e explicabilidade; (iv) robustez, segurança e proteção e; (v) a responsabilização ou a prestação de contas (*accountability*)”⁸.

A EBIA foi antecedida pela Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital) – Decreto nº 9.319/2018 e Portaria MCTIC nº 1.556/2018 – que já sinalizava a importância de se tratar de maneira prioritária o tema de IA em decorrência dos seus impactos transversais, principalmente na sociedade.

Os objetivos da EBIA são: (a) contribuir para a elaboração de princípios éticos para o desenvolvimento e uso de IA responsáveis; (b) promover investimentos sustentados em pesquisa e desenvolvimento em IA; (c) remover barreiras à inovação em IA; (d) capacitar e formar profissionais para o ecossistema da IA; (e) estimular a inovação e o desenvolvimento da IA brasileira em ambiente internacional; e (f) promover ambiente de cooperação entre os entes públicos e privados, a indústria e os centros de pesquisas para o desenvolvimento da Inteligência Artificial.

Além dessas diretrizes nacionais e internacionais sobre a matéria, na Europa, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia permite, que dentre outras atribuições, o Parlamento solicite à Comissão propostas legislativas. Com base em tal prerrogativa, foi possível que o Parlamento aprovasse, em 2017, resolução contendo recomendações à Comissão relativas ao direito civil sobre robótica.

Todavia, estamos aqui falando em recomendações, que se caracterizam como propostas, sem poder determinante sobre os estados membros. Portar-se irrefutável na realidade jurídica mundial, iniciada na Europa, de caráter profundamente inovador, exalando poder de alterar o rumo das relações sociais ocasionando situações ainda inimagináveis. Ainda sobre esta ótica, é meritório reforçar que cada país europeu detém ainda sua autonomia e regulação política sobre o assunto, e assim a Comissão age norteando desde logo os Estados-membros sobre os standards a serem seguidos.

Vale esclarecer que tal posição advém após dois anos de debates e estudos com-

portamentais e reflexiológicos, inclusive mediante consulta pública, findada em 2017, contudo iniciada em 2015.

Sob a ótica jurídica, parece ser claro que o Parlamento Europeu parte dos seguintes postulados: as normas e princípios jurídicos atuais podem não ser suficientes ou adequados para solucionar as hipóteses em que os atos ou omissões de um robô não podem ser atribuídas a um humano específico; as normas e princípios jurídicos atuais não contemplam a responsabilidade autônoma e direta de um robô por condutas lesivas a terceiros; as normas e princípios jurídicos atuais implicam que a responsabilidade por danos causados por robôs ou IA recaia sobre um humano específico; insuficiência das normas jurídicas em matéria de responsabilidade contratual perante cenários em que IA tomam decisões; possível insuficiência das atuais regras de responsabilidade extracontratual particularmente pela necessidade de comprovação de um nexo de causalidade entre o defeito do produto e os danos efetivamente provocados.

4. Divagações Finais

Observando os movimentos legiferantes em IA até este momento e arriscando um palpite sob uma perspectiva otimista colaborativa, pode-se pensar que, num futuro de médio ou longo prazo, haverá um deslocamento da regulamentação de parte do Direito para o âmbito internacional, em que os Estados soberanos passarão a regular apenas o mínimo necessário (questões atinentes à soberania e ordem pública, por exemplo, isto é, relacionadas essencialmente ao sistema político) e deixarão as questões econômicas sob a guarida de uma nova Ordem Pública Global, cada vez mais integrada e lastreada em regras de governança, princípios éticos, numa verdadeira manifestação de *soft law*.

Essa nova ordem global será amparada, sobretudo, pelo movimento econômico da sociedade civil ao transacionar, cada vez mais, de forma direta e integrada e a tecnologia detém um poder relevante nesse cenário, pois se comporta como um agente facilitador e catalisador dessa nova onda integracionista. Partindo-se do ideal iluminista aplicado ao contexto atual, é possível enxergar a tecnologia como uma representação da razão e que, portanto, pode libertar o ser humano e conseqüentemente democratizar instituições.

Dessa feita, para se pensar na possibilidade de utilização da tecnologia para assegurar a construção de uma nova ordem social mais integrada e colaborativa, parece imprescindível se compreender que, atualmente, *Code is Law* (LESSIG, 2006) e que o design de códigos desempenha um papel fundamental na nossa sociedade. O Direito está sendo

influenciado – cada vez mais e de uma forma sem precedentes – pelos códigos computacionais, seja criando Termos e Regras de Uso, Standards Técnicos ou até mesmo ditando certos comportamentos em rede pela arquitetura tecnológica adotada.

Assim, reconhecendo essa realidade e os desafios dela advindos, é preciso avaliar como a tecnologia está sendo efetivamente utilizada e adotar todas as medidas possíveis para que ela represente os valores sociais almejados pela sociedade e representativos do Estado de Direito. Para que haja integração entre a inteligência Artificial e o mundo jurídico, faz-se necessário que esta última passe a ter a cultura de análise de dados regida pela ética by design.

Para que tais exigências consigam ser satisfeitas, o mercado precisa absorvê-las e entendê-las em seu contexto, estudando sua aplicabilidade, ocorrência e de que forma ela se apresenta. A advocacia precisa sentir os novos conceitos, verificar como a impacta e, a partir daí, os advogados, advogadas e os escritórios passarão a ser constituídos com uma visão “além-direito”, entendendo o papel basilar da advocacia na construção dessa nova ordem social, pautada, sobretudo, pelos princípios da inclusão e do desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, imperioso é que o tema seja discutido desde a vida acadêmica e nas bancas das faculdades e universidades, local adequado à formação da doutrina e do pensamento científico, tão presente, veloz e inovador nos dias atuais. A tecnologia é uma ferramenta-meio para a realização do trabalho do advogado contemporâneo e deve ser sempre usada a favor do humano e da construção de uma sociedade cada vez mais justa e como forma de fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Alexandre Lopez Rodrigues de. Para a Constituição Federal, pós-graduação não é atividade jurídica. Direito News, Ceará. Disponível em: <https://www.direitonews.com.br/2020/08/constituicao-federal-pos-graduacao-atividade-juridica.html>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

ANDERSON, Chris. The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete.

CHAMBERS, Clare. Virtual economies and financial crime: Money laundering in cyberspace. Inglaterra: Edward Elgar, 2012.

DE FILIPPI, Primavera; HASSAN, Samer. Blockchain Technology as a Regulatory Technology: From Code is Law to Law is Code. 2016. First Monday, vol 21, n. 12, University of Illinois at Chicago Library. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3097430>. Acesso em: 16 nov. 2019.

DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. Blockchain as Law: The rule of code. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

DIFERENÇAS ENTRE RPA, IA E MACHINE LEARNING. Data Science Academy. Disponível em: <http://datascienceacademy.com.br/blog/diferencas-entre-rpa-ia-e-machine-learning/>.

FERREIRA, Tiago. A Deontologia Jurídica e a sua Aplicação no Âmbito do Direito Moderno. Portal Portal Jurídico Certo, Bahia. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/tiago-ferreira/artigos/a-deontologia-juridica-e-a-sua-aplicacao-no-ambito-do-direito-moderno-4268>. Acesso em: 9 de Agosto de 2021.

HARARI, Y.N. Homo Deus: uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Y.N. 21 Lições para o Século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LESSIG, Lawrence. Code version 2.0. New York: Perseus Book Group, 2006.

295

MAGRANI, Eduardo. Entre Dados e Robôs. Ética e Privacidade na Era da Hiperconectividade. 2ª Ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MAGRANI, Eduardo. Democracia Conectada. A Internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

Inteligência artificial: Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. Disponível em: <https://elidajeronimo.jusbrasil.com.br/noticias/337845267/inteligencia-artificial-escritorio-de-advocacia-estrea-primeiro-robo-advogado-nos-eua> Acesso em: 20 de Agosto de 2021.

MARTELLI, Daniela. Advocacia 4.0 e uma nova visão de Contencioso. Portal Âmbito Jurídico, São Paulo. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/noticias/advocacia-4-0-e-uma-nova-visao-de-contencioso/>. Acesso em: 21 de Agosto de 2021.

MENDES, Felipe. Pesquisa exclusiva: como será o consumo no Brasil depois da pandemia. Portal VEJA, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/por-que-voce-nunca-mais-vai-comprar-como-antes-depois-da-pandemia/>. Acesso em: 6 de Agosto de 2021.

NASCIMENTO JR., C. L. e Yoneyama, T. (2009). Inteligência Artificial em Controle e Automação., 1st edn, Edgard Blucher.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Going Digital. OECD Principles on AI. Disponível em: <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

REIDENBERG, Joel. Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology. Texas Law Review, v. 76, n. 3, pp. 553–593. Estados Unidos, 1998.

RUSSEL, S.J.; NORVIG, P. Artificial Intelligence: A Modern Approach. New Jersey: Prentice Hall, 2009 (3º Ed.).

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Trad.: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

YIGIT, Gorkem and COOPERSON, Dana. De autônoma a adaptativa: a próxima evolução das redes. 2018.

A Tendência do Visual Law

Álvaro Fernando da Rocha Mota

Atribui-se a Winston Churchill, primeiro-ministro do Reino Unido, a assertiva segundo a qual para escrever devem ser escolhidas as palavras mais simples e, dessas, as mais curtas. Quanto mais frugal for o modo de se expressar, maior será a chance de se ser compreendido. Vale tal possibilidade para todas as ações humanas – e no Direito não pode nem deve ser diferente.

O uso de uma linguagem objetiva e precisa e que se vale de elementos visuais para apresentar, construir ou sustentar argumentos se encaixa nesta perspectiva. Pode guiar-nos a uma melhor compreensão do Visual Law. Porém, antes que se discorra mais demoradamente sobre o tema, cabe a necessidade de situar a tendência e defini-la.

A massiva utilização da tecnologia da informação tem transformado todas as atividades humanas, encerrando-as em ambientes virtuais, algo acelerado nos últimos dois anos em razão da pandemia, que fez do teletrabalho ou home office menos uma tendência e mais uma necessidade.

A pandemia, por conseguinte, acelerou os estágios de interação dos advogados com tecnologia, demandando de muitos profissionais da área do direito uma readequação no formato de trabalho de modo que a prática de atos processuais e comunicação com os clientes tem se dado de maneira virtual em larga escala.

Essa aceleração não planejada do trabalho em ambientes virtuais obviamente trouxe consigo maior uso de todas as ferramentas de texto e imagens disponíveis em plataformas digitais. O Visual Law, assim, foi deixando a condição de uma tendência para se encaminhar para um uso recorrente, já que se presta a tornar as informações mais claras e compreensíveis, por meio da utilização de imagens, ícones, cores, gráficos.

Cabe, assim, passarmos a definir o tema. Segundo as palavras de Bernardo Azevedo e Souza, o ‘Visual Law’ é uma subárea do ‘Legal Design’ que emprega elementos visuais para tornar o Direito mais claro e compreensível. O que se busca, em síntese, é transformar a informação jurídica em algo que qualquer pessoa consiga entender. As técnicas são as mais variadas e envolvem a utilização de vídeos, infográficos, fluxogramas, ‘story-

boards’, ‘bullet points’, gamificação, entre outros recursos.

Nesta mesma linha de argumentação, Guaracy Carlos da Silveira e Sílvia Gomes Piva destacam o Visual Law no artigo “Fundamentos do Legal Design”, publicado na doutrina da Revista dos Tribunais Online:

“Visual Law consiste na produção ou conversão de documentos jurídicos em apresentações gráficas e formatos mais amigáveis para facilitar a compreensão dos usuários, de modo que é especialmente importante compreender o poder retórico do design gráfico.

Assim, é razoável que se veja o Visual Law como um processo retórico de comunicação do advogado, resultando em impacto das tecnologias da informação no exercício profissional, que fez surgir e consolidar o processo eletrônico. Isso não somente criou facilidades. Contribuiu para uma dilatação do conceito de tempo para a realização de tarefas, ou seja, não há mais uma jornada horária fixa no espaço de um dia. Neste sentido, outra repercussão deste processo é ter trazido um maior e crescente volume de trabalho para advogados e magistrados, o que pode elevar a produtividade. No entanto, é fundamental observar que o Visual Law não pode prescindir do texto, de sua interpretação e interconexões, face à complexidade da lei e dos contextos e conjunturas em que sua aplicação se dá.

Portanto, outra abordagem possível do Visual Law é vê-lo como um caminho de retórica e comunicação, que, de modo eficiente, traga mais e melhores resultados para o cliente ou para o usuário dos serviços judiciários.

Essa nova forma de comunicação adequa-se à realidade dos processos, mas em se tratando mais de ferramenta de trabalho, ela não altera o que é fundamental, que é manter o advogado e demais operadores do Direito adstritos às regras da ética, aos fatos, ao estudo intelectual. A tecnologia facilita o trabalho, ampliando a produtividade, mas ela sozinha não basta para o bom desempenho profissional.

Com efeito, devemos ter em mente que este é um processo presente em contratos, petições, em todo o processo de trabalho do advogado. Sobre o tema, Carlos Alberto Claro, em “Breve ensaio sobre a pós-modernidade e o recurso visual – visual law – na comunicação jurídica”, publicado no site Jus Brasil, em abril de 2021, assim se expressa:

“Novos instrumentos tecnológicos, variadas ferramentas digitais fo-

ram colocados ao alcance da mão do profissional da área jurídica, justamente para “facilitar”, por assim dizer, a compreensão de seu discurso escrito ou oral. O objetivo é se fazer compreender de forma mais simples, mais clara e objetiva, mediante a utilização de novas técnicas de persuasão. Nessa linha, o legal design cada vez mais se faz presente no cotidiano jurídico, especialmente entre os que denominam as técnicas computacionais.”

Mas, como já posto, o autor alerta que, mesmo sendo salutar, o uso de variados elementos temos que ter em mente a combinação do visual com a fundamentação escrita. Não podem os advogados descuidarem de apresentar fundamentos jurídicos do pedido, em petição inicial, por esse ser requisito inafastável, previsto no Código de Processo Civil, em seu art. 319, inc. III, sob pena de indeferimento.

Afirmção dessa natureza decorre do fato de que, em um processo judicial, para o controle da inicial pelo magistrado o ponto fundamental da análise é o texto escrito pelo representante processual, isso porque é da essência dessa estirpe da postulação em juízo a forma escrita.

Por outro lado, é de se considerar que, tal como o texto, todas as espécies de Visual Law carecem de interpretação, e dessa forma a peça processual que utiliza técnicas de Visual Law não poderá contradizer a da causa de pedir do processo, por isso, é preciso atenção entre o Visual Law e o texto das petições constantes do processo.

O uso massivo de sistemas eletrônicos de formatação de texto e inclusão de elementos pictóricos em um documento destinado a um magistrado evidencia que não podemos falar mais de Visual Law como uma tendência e sim como realidade irrefreável, com a qual se tem que conviver doravante – o que implica, por exemplo, na possibilidade de se avançar para além de instrumentos visuais atualmente disponíveis para rotineiro uso, com inevitável avanço na sua utilização. Assim, o que temos é uma aplicação contemporânea e recorrentemente atualizada sobre forma e conteúdo, ou seja, cada vez mais o discurso jurídico aplicado em peças submetidas à apreciação de um magistrado estará mais sujeita ao uso de itens pictóricos para leitura imediata (fotos, infográficos, tabelas etc.) ou ainda elementos que poderão inclusive remeter eletronicamente a uma consulta fora do arquivo eletrônico gerado, como é o caso do QR-CODE.

O que se depreende dessa possibilidade de uso de elementos visuais num documento jurídico eletrônico é a sintetização das argumentações, apoiada em padrões não

textuais – o que, de modo algum, pode ou deve ser entendido como uma simplificação mediocrizante do Direito, porque em que pese a força e habitualidade dos usos de tais elementos não textuais, seguem firmes a complexidade das normas jurídicas, a força do argumento, a construção de hipóteses dentro do escopo da lei, o que nos faz acreditar que o Visual Law pode performar um resumo das ideias expostas na petição e no processo de forma que na imagem foram apresentados os argumentos principais desenvolvidos. Os ícones e as cores chamam a atenção para os pontos mais importantes da argumentação contida na petição e podem evitar que essa seja compreendida de forma errônea, facilitando a comunicação entre o judiciário e as partes.

Vale destacar que a busca por mecanismos para facilitar o entendimento e promover a acessibilidade é uma característica do debate processual, com a ajuda da tecnologia.

Assim sendo, o maior desafio dos advogados e das sociedades de advogados é se fazer representar com um conteúdo plausível, ainda que a forma se mostre como um mecanismo facilitador da compreensão deste. Portanto, o uso da tecnologia, com o suporte de um sistema legal, ajuda o advogado a entender melhor o problema e as implicações de cada caso. Na prática, esse é o ponto de partida para a transformar a prestação de serviços jurídicos.

300

Cabe, portanto, lembrar sempre que a tecnologia sozinha não garante os resultados e nem a eficiência esperada. O Visual Law nos leva ao uso das metodologias e técnicas necessárias para direcionar as inovações, mas na construção de qualquer peça jurídica, devem os operadores do Direito seguir uma série de outros conhecimentos – incluindo os da semiótica, já que estamos lidando com imagens na composição e apresentação de um conteúdo jurídico.

Em resumo, podemos afirmar que o Visual Law é a camada final de projetos elaborados por advogados. É ele que se prestará à definição tanto da forma quanto do conteúdo a ser entregue, simplificando a comunicação e tornando-a mais eficaz e acessível. E, também, com melhores perspectivas de obtenção dos resultados esperados, até porque numa peça processual elaborada utilizando-se de técnica de Visual Law encerra uma espécie de prova documental.

Voto Plural nas Sociedades por Ação

Francisco Antunes Maciel Müssnich

1. A Inserção do Voto Plural nas Sociedades Anônimas Brasileiras

O voto plural consiste em uma técnica de organização do poder de controle^{1[2]} já difundida em ordenamentos jurídicos de diversos países. Por meio do instituto, admite-se que o estatuto social das sociedades divida as ações em mais de uma classe e atribua às ações de determinada classe o direito a mais de um voto por ação, concentrando o poder de controle nas mãos de uma classe de acionistas.

Em recente alteração promovida pela Lei nº 14.195/21, a Lei nº 6.404/76 passou a autorizar a criação de uma ou mais classes de ações ordinárias com atribuição de voto plural, nos termos do novo art. 110-A. Antes de tal alteração, a Lei das S.A., em seu art. 110, §2º, excluído pela Lei nº 14.195/21, vedava a possibilidade de se atribuir voto plural a qualquer classe de ações, seguindo a lógica restrita do “one share, one vote”.

Pela Lei nº 14.195/21 o sistema jurídico brasileiro passa a contar com uma regulamentação clara e segura sobre o assunto com o objetivo principal de desenvolver o ambiente de negócios no Brasil, por meio da modernização da legislação societária, dentre outras medidas. A partir dela, volta-se a permitir o voto plural, que até 1932 não era vedado no Brasil. A meu ver, a antiga vedação era prejudicial ao ambiente de negócios brasileiro, ainda mais no atual cenário mundial, em que se observa uma mudança estratégica nos negócios globais, já havendo a flexibilização da regra nos mais diferen-

301

1 Fáblio Ulhôa Coelho. “Nota sobre a proibição do voto plural”. *Revista de direito das sociedades e dos valores mobiliários*. V. 12. São Paulo: Almedina, nov. 2020, pp. 91-92.

tes ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, Estados Unidos,² Argentina,³ França,⁴

2 Nos Estados Unidos é recorrente a adoção de ações com voto plural. A título de exemplo, buscando afastar pressões de curto prazo, Facebook, LinkedIn, Groupon, Google, entre outros nomes do Vale do Silício, adotaram, em seus IPO's, o modelo de duas classes de ações (*dual-class shares*), dando a seus fundadores poder de voto até 150 vezes maior do que o concedido aos novos investidores. A razão da adoção deste modelo acionário está no fato de que os acionistas fundadores seriam os com o maior interesse e comprometimento com o sucesso de longo prazo da companhia. Optaram então pelo sistema em que haveria dois grupos de ações, em que o grupo das ações de classe A estaria submetido ao sistema de voto proporcional, estando essas ações livres para serem negociadas no mercado, enquanto o grupo das ações de classe B de titularidade de investidores de longo prazo estaria sob o sistema do voto plural. Nesse último caso, as ações de classe B poderiam ser negociadas no mercado, mas, caso transferidas, perderiam o benefício do voto plural. Atualmente, dispositivos como o §313.00 do *NYSE Listed Company Manual*, proíbem a emissão de nova classe de ações sob o regime de voto plural que venha a diminuir o poder de voto dos acionistas. Todavia, esse mesmo dispositivo permite que ações com poder de voto diferenciado possam ser emitidas (i) antes de um IPO; (ii) após a companhia ter realizado um IPO desde que tenham as mesmas características das ações já emitidas; (iii) respeitando a composição pré-existente do capital votante; e (iv) sob certas condições, em caso de aquisição da companhia.

302

3 A Argentina permite que o estatuto social confira a cada ação ordinária o direito de até cinco votos. No entanto, veda-se a emissão de ações de voto privilegiado após a companhia ter sido autorizada a realizar oferta pública de suas ações (art. 216 da Lei nº 19550, Lei de Sociedades Comerciales da Argentina).

4 A legislação francesa, que em 1933 havia abolido o voto plural, voltou a aceitá-lo por meio da Lei *Florange* (Lei nº 2014-384, de 29 de março de 2014, que leva o nome da cidade situada na Alsácia, onde as circunstâncias impulsionaram a sua criação) como reação à crescente perda de espaço das empresas francesas no mercado. Com tal mudança legislativa, hoje é possível conferir o direito ao voto duplo (dois votos para cada ação) (i) ao acionista que mantiver seus papéis por, no mínimo, dois anos em uma companhia fechada e (ii) ao acionista que mantiver suas ações por 4 anos em uma companhia aberta, desde que haja previsão estatutária autorizativa. Observa-se que a França adotou uma única espécie de voto plural denominada de *loyalty shares*, que conferem poder de voto “turbinado” aos acionistas com maior compromisso com a companhia, independentemente de serem fundadores ou não. Para os franceses, o benefício do voto plural não está relacionado à ação objetivamente considerada, mas, sim, a um aspecto subjetivo do acionista titular. O grande beneficiário das *loyalty shares* é o Estado francês. De toda a sorte, em caso de transferência a ação não carrega a prerrogativa do voto plural.

Itália,⁵ Singapura e Hong Kong.⁶

2. A regulamentação do voto plural estabelecida pelo art. 110-A da Lei das S.A.

Ao concretizar a possibilidade de inserção do voto plural, o legislador brasileiro vislumbrou ser necessário resolver, por meio da própria lei, as preocupações com os possíveis impactos que essa inserção poderia causar ao mercado. A solução encontrada foi a criação de salvaguardas que trouxessem mais segurança aos investidores, com atenção especial aos acionistas minoritários.

Como requisito de entrada, prevê o novo art. 110-A da Lei das S.A., com respeito às companhias fechadas, que a criação da ação de voto plural fica condicionada à aprovação de acionistas que representem: (i) metade, no mínimo, do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto; e (ii) metade, no mínimo, das ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, se emitidas, reunidas em assembleia especial convocada e instalada com as formalidades na lei (art. 110-A, §1º). Assegurado aos acionistas dissi-

5 A Itália, por sua vez, em 2014, por meio do Decreto nº 91/2014 (convertido posteriormente na Lei nº 116/2014), também passou a permitir a inclusão de disposição estatutária que assegure o voto plural. Contudo, o fez de forma mais ampla e detalhada. Para as companhias listadas, foi imposta a lógica das *loyalty shares*, limitando-se o número de votos por ação a dois, só podendo obter tal benefício os acionistas com mais de dois anos de investimento na companhia. Se transferidas as ações para terceiros, a prerrogativa do voto plural não as acompanhará. Para as companhias fechadas, possibilitou-se a emissão de ações com até três votos, com circulação livre, sem restrição quanto ao tempo que o acionista deve manter seu investimento na companhia para que usufrua do voto plural. No entanto, nos termos da lei italiana, a inserção dessa cláusula em companhias fechadas deve ser aprovada por mais de dois terços dos sócios, sendo ainda necessária oferta pública de ações aos demais acionistas, caso um acionista reúna mais de 30% do poder deliberativo.

6 Historicamente, tanto a Bolsa de Singapura, como também a de Hong Kong, não admitiam a listagem de companhias com estruturas acionárias que não respeitassem a regra do “*one share, one vote*”. No entanto, em abril de 2018, a Bolsa de Hong Kong, a fim de justamente aumentar competitividade e atrair setores do mercado que haviam preferido serem listados em outras bolsas, mudou sua posição, passando a admitir companhias com modelo dual de ações (*dual-class shares*). Logo em seguida, em junho de 2018, a Bolsa de Singapura fez a mesma mudança, para adequar-se à tendência internacional.

dentes dessas deliberações o direito de se retirarem da companhia mediante reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45 da Lei das S.A., salvo se a criação da classe de ações ordinárias com atribuição de voto plural já estiver prevista ou autorizada pelo estatuto (art. 110-A, §2º).

Veda-se, contudo, a adoção do voto plural pelas companhias com ações já negociadas em Bolsa. Isto é, companhias que já estejam listadas ficam impedidas de migrar para uma estrutura de capital com voto plural (art. 110-A, inciso II).⁷ Apesar de o voto plural ser admitido tanto em companhias abertas, quanto em companhias fechadas, a restrição existente com respeito às companhias abertas que já negociam suas ações na Bolsa, desloca o foco dos investidores para as companhias fechadas que pretendam abrir o seu capital, que serão aquelas que poderão adotar o nosso velho conhecido “*dual class*” com a atribuição de voto plural a uma ou mais classes de ações.

O número máximo de votos por ação ordinária de qualquer classe com voto plural foi fixado em, no máximo, 10 (dez), embora seja expressamente permitida a criação de várias classes de ações com voto plural com quantidades de votos diferentes. Facilita-se, com isso, uma ponderação dos investimentos realizados por cada grupo investidor, criando uma possível proporcionalidade entre capital investido e poder político. Essa previsão permite que os acionistas com super direitos de voto tenham mais voz sobre o funcionamento da empresa e sua estratégia de longo prazo, e possam implementar a sua visão idiossincrática nos negócios da companhia. A determinação de um teto de votos por ação é relativamente comum nas diversas jurisdição que adotam o sistema do voto plural. Em Singapura e Hong Kong, por exemplo, o limite também é de 10 votos por ação. Já na Argentina, o art. 216 da Lei nº 19550 estabelece que “el estatuto puede crear clases que reconozcan hasta cinco votos por acción ordinária”.

A nova regra também introduz um limite temporal inicial, de até sete anos, para a vigência do voto plural nas companhias brasileiras. Esse limite temporal poderá ser prorrogado por qualquer prazo, ainda que superior a sete anos, caso aprovado por acionistas titulares de ações sem direito a voto plural e desde que garantido o direito de saída com reembolso aos acionistas divergentes (art. 110-A, §7º). Além do limite temporal de vigência do voto plural, pode-se prever no estatuto social o fim da vigência do voto

7 Nada impede, evidentemente, a realização de uma ou mais ofertas públicas, inclusive de permuta, que resultem na migração da base acionária da companhia sem ações com voto plural para compor a base acionária de uma companhia com ações com voto plural, observada a regulamentação vigente da B3.

plural condicionado a um evento ou a termo (art. 110-A, §6º), como, por exemplo, a morte do fundador ou o atingimento de uma receita bruta significativa.⁸

Também nessa linha de fim da vigência do voto plural, a nova regra prevê duas hipóteses em que as ações com voto plural serão automaticamente convertidas em ações ordinárias sem voto plural. A primeira em caso de transferência, a qualquer título, a terceiros. A segunda na hipótese de celebração de contrato ou acordo de acionistas, entre titulares de ações com voto plural e acionistas que não sejam titulares de ações com voto plural, para regular o exercício conjunto do direito de voto.

Com respeito a primeira hipótese, são excepcionados da automática conversão em ações ordinárias sem voto plural os seguintes casos: (a) quando o alienante permanecer indiretamente como único titular das ações e no controle dos direitos políticos por elas conferidos, como, por exemplo, a criação de uma *holding* onde todas as suas ações pertencerão ao alienante embora o possa haver outros acionistas com poder político sem controle; (b) quando o terceiro adquirente for titular da mesma classe de ações com voto plural a ele alienadas; (c) quando a transferência ocorrer no regime de titularidade fiduciária para fins de constituição do depósito centralizado.

A nova regra também traz algumas vedações como salvaguardas.

Em primeiro lugar, é vedada, após o início da negociação das ações ou dos valores mobiliários conversíveis em ações em mercados organizados de valores mobiliários, a alteração das características de classe de ações ordinárias com atribuição de voto plural, exceto para reduzir os respectivos direitos ou vantagens (art. 110-A, §5º), como por exemplo reduzir o prazo de sua vigência ou criar uma *sunset clause* para extinguir o voto

8 Sobre a perpetuidade do voto plural, reforça a doutrina estrangeira que: “even those who believe that dual-class structures are often efficient at the time of the IPO, and the period following it, should have substantial concerns about dual-class structures that provide perpetual or lifetime control. All participants in the debate should accept taking such structures off the table. Going forward, the debate should focus on the choice between (1) precluding dual-class IPOs altogether, and (2) permitting IPOs with a dual-class structure that sunsets after a fixed period of time (such as ten or fifteen years) unless its extension is approved by shareholders unaffiliated with the controller. The case for indefinite dual-class structures is untenable” (Lucian A. Bebchuk; Kobi Kastiel. “The Untenable Case for Perpetual Dual-Class Stock”. *Virginia Law Review*. V. 103, jun. 2017. Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper No. 905, Harvard Law School Program on Corporate Governance Discussion Paper 2017-6, p. 631. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2954630>. Acesso em 14 de setembro de 2021).

plural com a morte do fundador da companhia.

Em segundo lugar, observa-se que algumas operações são vedadas, como as (i) de incorporação, de incorporação de ações e de fusão de companhia aberta que não adote voto plural, e cujas ações ou valores mobiliários conversíveis em ações sejam negociados em mercados organizados, em companhia que adote voto plural (art. 110-A, §11, inciso I) e; (ii) de cisão de companhia aberta que não adote voto plural, e cujas ações ou valores mobiliários conversíveis em ações sejam negociados em mercados organizados, para constituição de nova companhia com adoção do voto plural, ou incorporação da parcela cindida em companhia que o adote (art. 110-A, §11, inciso II). Busca-se, com isso, impedir que as companhias abertas (anteriores à alteração legal) busquem, por meio dessas reestruturações societárias implementar a adoção do voto plural.

Em terceiro lugar, o art. 110-A proíbe, em seu §12, a utilização do voto plural nas deliberações sobre (i) remuneração dos administradores; e (ii) transações com partes relacionadas que atendam aos critérios de relevância a serem definidos pela CVM. Essas disposições, que na minha opinião se enquadrariam como benefícios particulares e que não constavam originalmente no Anteprojeto, serão melhor compreendidas com a prática societária e com eventual pronunciamento da CVM.

306

Por fim, veda-se, ainda, a utilização do voto plural pelas empresas públicas, de economia mista, suas subsidiárias ou controladas direta e/ou indiretamente pelo poder público (art. 110-A, §14) e ainda as sociedades em comandita por ações.

Todos esses requisitos e salvaguardas demonstram que a adoção da estrutura do voto plural pelo ordenamento brasileiro está sendo desenvolvida de forma bastante ponderada, de modo que o nosso sistema possa absorver todas as vantagens e flexibilidades dessa estrutura. Note-se que, a total liberdade na adoção da estrutura de voto plural pelas companhias brasileiras poderia gerar um cenário de muitas inseguranças e riscos aos investidores, sendo, neste momento, bem-vindo um modelo mais restritivo, com previsões legais que agregam maior segurança e proteção aos investidores.

3. A evolução que acompanha a mudança

A mudança realizada na Lei das S.A. não só se mostra bem-vinda, como também está indo ao encontro da tendência global, representando um incentivo para que os investimentos sejam realizados cada vez mais de forma simples e objetiva, contribuindo para a evolução do mercado brasileiro, principalmente no que se refere ao mercado das

startups. Não mais será necessária a adoção de diversas “gambiarras” jurídicas para se proteger o empreendedor de perder o controle de sua companhia, objetivo que é muito mais facilmente atingido pelo voto plural.

Não se ignora os argumentos – inclusive empíricos – que podem desencorajar a adoção do voto plural. Contudo, em uma economia de mercado deve prevalecer a oportunidade de os próprios agentes precificarem a adoção dessa estrutura de voto, e, logicamente, a conveniência, ou não, de sua adesão a tal modelo de companhia.

A relativização do princípio do “*one share, one vote*” não é ameaça se inserido no ordenamento com ressalvas expressas, como foi realizado na legislação brasileira. Ainda mais se levarmos em consideração o atual cenário econômico brasileiro, em que as práticas de governo corporativo estão muito mais consolidadas e oferecem vários instrumentos e remédios para proteger os acionistas minoritários e investidores.

Embora com algum atraso, o mercado de capitais brasileiro tem se desenvolvido no sentido de sua ampliação e democratização. Suas importantes funções econômicas e sociais, totalmente relacionadas com o desenvolvimento nacional, vêm sendo conjugadas com a necessária observância aos princípios ético-jurídicos que devem orientá-lo.

O legislador brasileiro, a Comissão de Valores Mobiliários e as próprias iniciativas de autorregulação têm se mostrado fortes aliados nesse processo paulatino de aperfeiçoamento, tanto no fortalecimento do arcabouço normativo que possibilita que o mercado opere, quanto na coibição de abusos e excessos.

Mesmo no que se refere à coibição aos abusos praticados por controladores e administradores, são diversos os instrumentos legais e regulatórios empregados na garantia da higidez do mercado de capitais. Diante desse sistema já estruturado de deveres e responsabilidades, voltado à coibição de práticas abusivas, é tempo de abrir o leque de opções ao alcance dos acionistas para garantir às companhias a possibilidade de traçar, conforme suas necessidades e particularidades, os seus próprios rumos. É tempo de reconhecer que o incentivo à autonomia empresarial, desde que combinado a mecanismos eficientes na prevenção e sanção de ilegalidades – como os que temos no Brasil –, é fundamental para que o mercado de capitais brasileiro siga em constante desenvolvimento.

O voto plural é um desses importantes instrumentos de autonomia que agora é assegurado de forma expressa às companhias brasileiras. Trata-se de um mecanismo de organização do poder de controle que, ao permitir que o poder se concentre nas mãos de certa classe de acionistas, possibilita que a companhia chegue racionalmente ao arranjo mais benéfico àqueles que a integram.

A inserção do voto plural na legislação pátria, longe de implicar a *imposição* de uma forma particular de organizar o controle, é, em realidade, o reconhecimento da “*liberdade na determinação da estrutura de capital ótima*”⁹ e acredito que o mercado de capitais brasileiro muito se beneficiará com esta liberdade e com toda a evolução que ela trará no âmbito societário.

9 Daniela Neves Reali Fragoso e Gustavo Akkerman. Ações preferenciais: evolução ou retrocesso? In: Marcelo Vieira Von Adamek (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 295.

Disciplina Necessária e Descobertas no Trabalho Remoto

Ricardo Jobim Faraco de Azevedo

Ainda que integremos uma entidade de sociedades advogados e que, pois, trata preponderantemente do Direito e da Lei, o tema proposto não será percorrido com um especializado olhar jurídico, visto que o trabalho remoto, o home office, o teletrabalho e ainda outras designações já se encontram de forma clara regradados na lei e já na jurisprudência, às quais todos temos fácil acesso. Além de não se tratar de tema de alta elucubração jurídica. Deve ser observado pelos empregadores, por nossos Escritórios e igualmente respeitado no tratamento a nossos colaboradores, notadamente neste período pandêmico, que já vai longe.

O que me parece seja de interesse aqui perquirir, até em respeito ao título deste singelo artigo, é a forma como as empresas, de um modo geral, e os Escritórios e sociedades de advogados, de maneira especial, lidaram e lidam com esse repentino trabalho remoto. Claro que o trabalho remoto já era praticado pelas empresas com alguns de seus colaboradores, mesmo antes das alterações da Reforma Trabalhista de 2017. Prática essa sem maiores dificuldades.

De uma hora para outra, a partir do MAR 2020, fomos surpreendidos por uma coata segregação sanitária, social e profissional. Em um primeiro momento segregação profissional total, quando não podíamos ter empregados dentro de nossos costumeiros e oficiais ambientes de trabalho. Segregação que impôs inovatórias práticas e rotinas. Determinou imediatas atitudes e condutas para as empresas advocatícias e para seus empregados, estagiários, sócios e advogados associados. Tudo exigido pelas oficiais cautelas sanitárias da hora, para que houvesse uma “reclusão”, com o fim de todos escapassem do contato e da grave contaminação, que lá se anunciava e confirmava para o planeta todo e para o nosso país.

Imagine-se: repentinamente um sócio, que tenha permanecido trabalhando solitariamente dentro de um Escritório vazio, como teve que passar a encaminhar suas demandas? Das mais mezinhas, como ter um cafezinho ou um copo d’água, ou a obtenção de precedentes para um caso. O que até então vinha sendo solicitado para uma

servente ou para um estagiário do Escritório. E como resolveu seus pedidos para os empregados mais graduados, como o responsável pelo financeiro ou como o chefe da Central de Processos/Controladoria Processual? Como isso tudo teve que funcionar?

Para os processos judiciais não foi um grande problema. Ações, Varas, Tribunais, nos primeiros tempos da pandemia/reclusão, tiveram suas movimentações processuais suspensas. E assim ficaram por vários meses. Mas o resto do Escritório continuava e tinha que continuar funcionando como, obviamente, a parte financeira da sociedade ou a Central de Processos que precisava, v.g., atentar para quais prazos foram suspensos, em quantos dias seriam retomados e quando os processos voltariam a ser movimentados. Tanto para empresas clientes, como para Escritórios parceiros, esses cuidados precisaram ser tomados.

Mas como e onde passariam a ser feitas essas tarefas e trabalhos que não podiam parar? Por quem? Aqui, pois, entrou o trabalho remoto “salvador”. Providencial.

O trabalho remoto, geral e abrangente, foi um mundo novo que se apresentou, sobretudo com inovações de ferramentas e de processos. Não os processos judiciais, nem os processos/procedimentos operacionais antes já implantados no Escritório. Mas, sim, novos processos e novas rotinas para os empregados lidarem “de fora” do Escritório com os processos e rotinas que já funcionavam pré-pandemia. Rotinas que tiveram que ser modificadas porque os colaboradores já não estavam entre as paredes e sob o teto de cada banca. Passaram a estar em suas casas, teoricamente disponíveis e trabalhando.

Aqui justamente começaram as dificuldades e a conseqüente necessidade de maiores disciplina e rotina dos sócios. Porque a eficiência dos controle e fiscalização do empregador, que passou a se utilizar do trabalho remoto, era discutível. Poderia ser não muito efetiva, eis que não se poderia ter a certeza de que o colaborador estava em casa trabalhando, frente ao seu computador fornecido pela banca e carregado da banca para casa. Quem poderia afiançar se, em dado momento, o empregado não teria dado uma corridinha até a padaria, ou uma fugidinha até o parque para se exercitar? Ou se não estava trabalhando em não autorizada jornada suplementar? Difícil, não é verdade? Essa sensação de desconfortável insegurança certamente ocorreu com os donos e gestores do negócio. Mas o Escritório precisava confiar e, ao mesmo tempo, também cobrar do empregado em trabalho remoto que realmente efetuasse e continuasse a efetuar suas tarefas (e pelas quais permaneceu, e permanecem muitos, sendo remunerados ao longo da pandemia).

Então, o primeiro passo foi dotá-los de ferramentas de informática e de internet,

ágeis e funcionando, para que pudessem fazer o trabalho de casa. E sempre linkados em “espelho” com o Escritório empregador. A chefe da Central de Processos e sua equipe tinham que estar em suas casas vendo o mesmo Outlook que o sócio via em seu computador, enxergando os mesmos e-mails ou tendo acesso aos mesmos arquivos de WORD que até então visualizavam e recebiam em suas estações de trabalho, no Escritório, se toda essa encrenca sanitária não tivesse ocorrido.

Para o sócio foi mais ou menos como estar sentando no assento de uma avião, o piloto ter ido ao toalete, o copiloto ter ido tomar um café e o avião estar voando “sozinho”, no piloto automático. E o sócio tendo que crer que tudo estava certo e o avião na rota programada.. Como poder-se-ia “ver” a condução dos trabalhos do empregado? Sócios de “olhos fechados” e o colaborador lá de sua casa, dando em tempo hábil informação de seus trabalhos. O primeiro desafio foi de tecnologia, para munir, em suas casas, os empregados e advogados com ferramentas para desenvolverem seus trabalhos. Às vezes com computadores inteiros levados, com torres e tudo; outras vezes com laptops e ou até mesmo com celulares, dependendo das funções. Oferecer-lhes os links, roteadores, WIFI, webcams necessários para que a casa deles virasse a sala e a bancada em que antes trabalhavam no Escritório. Sem esse suporte informático nada funcionaria e o Escritório ficaria “congelado”! Mas as coisas andaram e lograram funcionar bem, nessa inusitada forma remota. Era o que se tinha. Suficiente.

Em um Escritório, a diferença no trabalho entre o antes e o depois da pandemia deu-se e dar-se-á principalmente na comparação entre o sistema convencional de trabalho presencial com o sistema remoto desse artigo. Empregados que até então estavam geograficamente dentro do Escritório, presencialmente, às vezes dentro da própria sala do advogado ou sócio, passaram trabalhar à distância de seus chefes, que ou não se afastaram do Escritório, ou que também se isolaram em suas casas. Por isso todos passaram a ficar distantes entre si. Ainda que tenham sido oferecidas todas as ferramentas para que os empregados se comunicassem com a sede do Escritório ou com os sócios onde estivessem, tais medidas não eram de integrais suficiência e segurança para que os superiores tivessem plena certeza de que trabalho e como estava efetivamente acontecendo.

Mas essa dupla situação — empregado distante e sem contato físico/visual — trouxe preocupação aos sócio porque ele não mais podia ver, chamar, conferir, reunir os colaboradores ali na sala do lado, ou no andar de baixo, como antes, v.g. Era humanamente compreensível que aos sócios viessem dúvidas: como será que eles estão fazendo os trabalhos? E dessas dúvidas e da distância resultou a **primeira consequência** do recém

chegado trabalho remoto, qual a que tenha ocorrido uma aproximação muito maior dos advogados sócios ou chefias com os colaboradores, que passaram a trabalhar em casa. O sócio se aproximou muito dos empregados que antes o atendiam dentro da sede, em seus setores, áreas ou equipes. Porque ele precisava cuidar como passaram a ser feitas as coisas em casa e auxiliá-los nas dúvidas e problemas para que tudo continuasse andando. Mas sempre próximo, como nunca antes.

Sucedeu-se, todavia, um **paradoxo**, porque justo a distância, peculiar ao trabalho remoto, acabou por impor uma paradoxal proximidade que não existia antes. O paradoxo é de um empregado estar distante, dentro de sua casa, mas ficar próximo, eletronicamente “grudado” ao seu superior, o qual poderia olhar suas tarefas como se estivessem no Escritório, um na sala do outro. Ficaram longe, mas paradoxalmente mais perto. Mas isso foi somente uma contradição aparente porque, no trato das tarefas e dos resultados, acabaram por ficar mais perto. E o empregador mais próximo, pode melhor ver, olhar, ajudar e fiscalizar. Consequência dessa inesperada proximidade (que não foi só para Escritórios de advocacia, mas também para empresas e até para a parte de serviços em indústrias) foi o efeito de que os donos do negócio puderam passar a ver melhor e detalhadamente até os “intestinos operacionais” do seu negócio. Coisa que até então não era observado com tamanha profundidade e com a nova frequência ocorrente. Porque alguém, lá atrás, já tinha desenhado singelamente os processos e a rotina operacionais do Escritório, processos com os quais a banca vinha se conduzindo. E vinha-se fazendo toda essa anterior operação do Escritório, cristalizada, quase que meio “de ouvido”. Muitas vezes, em muitas tarefas, funcionando bem. Mas o trabalho remoto obrigou o dono a se aproximar criticamente dos colaboradores em seus processos e procedimentos.

E propriamente daí processou-se a descoberta para os donos do negócio, uma **segunda consequência** do trabalho remoto: constataram que havia colaboradores que pouco colaboravam; identificaram colaboradores que muito se dedicavam e outros que nada, nadinha ofereciam para os seus processos! Esses sequer precisavam ser colaboradores. E assim o sócio descobriu que não precisava de todo aquele *staff* para “girar a roda”. Em suma, tinha gente de mais! Porque aí revelaram-se os que faziam muito, ou que nada ofereciam e os que faziam menos do que podiam mas também menos do que o negócio precisava!

Bem difícil que em uma peculiar prestação de serviço de um Escritório de advocacia, possa ingressar e perdurar alguém que fizesse ZERO. Esse zero apareceria logo, com ou sem pandemia. Mas pode então ser concluído que, eliminado dito “excesso de

contingente”, daria para funcionar e atender clientes do mesmo jeito ou de uma forma até mais “redonda” e eficiente. Tal situação de algum inchaço da força de trabalho causou surpresas. Primeiro para o empregador que tinha montado ou que permitiu fosse montada uma máquina de dimensão e envergadura maiores do que o necessário; e em segundo surpreendeu aos empregados que foram mantidos, bem como aos que foram ou virão a ser dispensados; os que ficaram terão que cumprir e vão ter tempo para as tarefas que eram dos empregados dispensados. Essa conseqüente redução do custo na folha de pagamento pode significar a sobrevivência de um Escritório pequeno ou mediano. E economia nas bancas maiores.

Dentro de um segmento de prestação de serviços a fatia folha de pagamento e nosso conhecido *custo CLT*, são muito significativos. Se o Escritório tiver 100 empregados e forem reduzidos 15 trabalhadores ociosos ou subutilizados, importará numa redução de 15% no custo trabalhista e dos custos indiretos com equipamentos, suprimentos, energia elétrica, até mesmo água e cafezinho, o que evidentemente é também é considerável. Essa consequência de descoberta e de melhor conhecimento do Escritório na pandemia — não buscada mas acontecida, e acontecida com o melhor conhecimento da atividade propiciada pelo trabalho remoto — maior e melhor não poderia ter sido. Mas outra consequência adveio do trabalho remoto.

A **terceira consequência** apreciável deu-se nos custos imobiliários, ou imobilizados. Assim, não só apareceu o custo conseqüente dos empregados que estavam e foram descobertos em excesso. Os custos imobiliários envolvendo a estrutura, no mais amplo sentido: o sócio descobriu v.g. que não precisava de tanta área; necessitava quem sabe somente de uma recepção física e de uma sala presencial para reuniões (muitas reuniões acabavam acontecendo na sede do cliente); e para o resto de área original, “todo mundo em casa”. Importante que tenha sido visto que não era preciso manter toda a sede do imóvel; se for sede própria, poderia ser parcialmente alienada ou locada; se fosse locada, diminuída a área de locação. Tudo em razão dos colaboradores não estarem mais na sede. Decorre acessoriamente, mas de forma também importante, que o fornecimento mais controlado de material de expediente, de equipamentos, de suprimentos, de papel, material de higiene pessoal, etc. etc. igual e consideravelmente passou a ser reduzido. E controlado, porque, por exemplo, dar para cada colaborador um cartucho de impressão, ou envelopes postais para outros, passa a ser de fácil conhecimento e controle, porque terão que pedir reposição e o sócio poderá indagar se está sendo solicitado mais papel ou de forma muito seguida. Em um Escritório com todos os colaboradores trabalhando na

sede, como antes, ficava mais difícil o conhecimento e o controle efetivo desse consumo, porque diluído de forma impessoal. Sem nome e sobrenome.

Dessarte, somando e dividindo, o trabalho remoto oportunizou um melhor conhecimento dos processos de trabalho e dos colaboradores necessários, propiciando a descoberta pelo sócio do que funcionava bem o do que nem tanto. Além de, como corolário operacional, uma eventual redução de área, um controle e uma fiscalização de custos e materiais antes incorrente ou difícil. Isso a parte boa de um cruel problema de saúde.

A parte péssima, fica na conta da inclemente e perversa pandemia, que a todos ainda fustiga.

Desafios do *Compliance* para a Advocacia em Tempos de Pandemia

Bruno Teixeira Peixoto
Douglas Anderson Dal Monte

1. Introdução

Além de exigir mudanças estruturais da política e da economia, a magnitude dos efeitos da pandemia da Covid-19 vem atingindo sensivelmente não apenas o direito, como também a gestão e a governança de todo tipo de organização no cumprimento à integridade e à responsabilidade corporativa.

Sinais desses reflexos são as variadas investigações acerca de contratações públicas emergenciais e o relacionamento entre o setor privado e agentes políticos no que diz respeito ao desenvolvimento de atividades de combate à pandemia, visando o bem comum e, mais especificamente, a estabilidade das instituições públicas, a segurança jurídica e a confiança no mercado e na economia nacional, fatores cruciais para a desejada superação da crise pandêmica.

Por essas razões, cada vez mais se exigirá das organizações, públicas ou privadas, medidas de conformidade legal ou *compliance*, somadas às de gestão e governança, de integridade e de responsabilidade corporativa, diretrizes indispensáveis ao exercício das atividades de qualquer pessoa jurídica, independentemente de sua natureza ou dos fins a que se destina.

Nesse sentido, importantes instrumentos voltados ao fomento da integridade e da responsabilidade corporativa são os programas de integridade e *compliance*, que, se bem aplicados e desenvolvidos, possibilitam a melhoria contínua de atos, processos e serviços, bem como o engajamento probó de integrantes, parceiros, fornecedores e clientes do setor privado, além do amadurecimento de sua relação com a Administração Pública e a sociedade como um todo.

Com o exercício da advocacia não é diferente, na medida em que os programas de integridade e *compliance* detêm papel importante para as sociedades de advogados na gestão de riscos e conflitos, bem como no aprimoramento da respectiva atividade e de

sua função social, consagrada pelo Estatuto da Advocacia (Lei Federal nº 8.906/1994)¹ e pela Constituição Federal de 1988.²

Em tempos de pandemia e de seus desafios paradigmáticos para as instituições e sociedade, os programas de integridade e *compliance* se tornaram valiosos, verdadeiros diferenciais competitivos e ferramenta de aprimoramento do exercício das atividades e serviços jurídicos desempenhados pelos escritórios de advocacia.

2. O lugar das sociedades de advogados na regulação de *compliance*

Enquanto a conformidade ou *compliance*, em uma pessoa jurídica, representa o nível de seu cumprimento às leis e aos demais regulamentos, internos ou externos, incidentes sobre suas atividades e serviços, a integridade indica a condição de inteireza, completude e retidão de tais atividades em relação a valores éticos e de honestidade.

A evolução do debate relacionado à conformidade legal e à integridade das instituições, organizações e empresas é de ampla notoriedade, isso em razão dos princípios consagrados pela própria Constituição Federal de 1988,³ bem como face aos avanços legislativos ligados ao tema, principalmente no combate à corrupção, exemplificada pela publicação da Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013) até a recentíssima Nova Lei Geral de Licitações Públicas (Lei Federal nº 14.133/2021).

A doutrina especializada chega a apontar a emergência de um novo ramo do direito, o *Direito da Conformidade*, como o conjunto de regras, de institutos e de estruturas que se articulam sob um sistema, cuja finalidade é o expurgo da desconformidade, concebida como a inobservância a comandos de normas jurídicas com consequências

316

1 Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

2 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

3 Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

danosas à Administração Pública ou à própria pessoa jurídica.⁴

Independentemente do seu porte ou do tipo, atualmente toda a sociedade de advogados necessita do desenvolvimento e da aplicação continuada de um programa de integridade e *compliance*, ainda que não possua o Direito Público como área principal de atuação e/ou se relacione com agentes públicos e, mais amplamente, com a Administração Pública em geral.

Isso porque, conforme prevê o seu art. 1º, parágrafo único, a Lei Federal nº 12.846/2013 aplica-se “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”, sendo certo que em tal rol estão incluídas as sociedades de advogados.

Não bastasse isso, os arts. 2º e 3º da mesma lei preveem, respectivamente e expressamente, que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”, assim como que “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”.

Dessa maneira, há razões evidentes e suficientes para a implementação de programas de integridade e *compliance* em escritórios de advocacia, considerando-se, como visto, a sua sujeição à responsabilização, civil ou administrativa, por eventuais infrações ou atos ilícitos contra a Administração Pública e ao ampliado rol de sujeitos, diretos ou indiretos, envolvidos na configuração desses atos ilícitos.

Para além disso, o art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção, ainda dispõe que “serão levados em consideração na aplicação das sanções” a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Importante destacar a iniciativa do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), apoiado pelo Instituto Internacional de *Compliance* (INCOM), com a dispo-

4 WARDE, Walfrido; SIMÃO, Valdir Moysés. Leniência: elementos do Direito da Conformidade. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 15.

nibilização do “Manual de *Compliance* aplicado às Sociedades de Advogados”,⁵ representando importante referencial para o desenvolvimento e implementação de programas de integridade e *compliance* nos escritórios de advocacia no país.

Segundo o Manual, estar em *compliance* é, acima de tudo, uma obrigação individual dos sócios, administradores, associados e colaboradores da sociedade de advogados, de modo que o risco de não conformidade implica sanções legais e/ou regulatórias, perdas financeiras e de reputação.

Como requisitos mínimos a todo o programa de integridade e *compliance* para sociedades de advogados, o CESA indica: i) a identificação do risco de corrupção na sociedade; ii) a política de interação com entidades públicas; iii) a política de interação com parceiros, clientes e fornecedores do setor privado; iv) o canal de denúncias; e v) a responsabilização por desvios.

Dentre os potenciais riscos de integridade e *compliance* em escritórios de advocacia, o manual divulgado pelo CESA elenca, dentre outros: i) a representação de clientes com conflito de interesses; ii) falha na representação de clientes; iii) relacionamento com a Administração Pública; iv) ausência de sistema de gestão; v) questões ético-disciplinares junto à OAB; e vi) gestão de conflitos de interesses.

318

Em conjunto com a gestão dos riscos de integridade, dotada de um programa de integridade e *compliance*, a sociedade de advogados agregará oportunidades em relação à gestão da qualidade dos seus serviços jurídicos, reunindo meios para organizar os seus procedimentos e dimensionar e avaliar a melhoria contínua de seus advogados, colaboradores e demais parceiros e fornecedores.

São razões que confirmam a importância de possuir um programa de integridade e *compliance* estruturado e efetivo, tanto para a proteção da própria pessoa jurídica contra eventuais atos danosos internos ou de terceiros, ainda que por eventual omissão, como também para a manutenção de um ambiente de segurança jurídica e institucional, pautado pela integridade nas relações entre a pessoa jurídica, advogados, clientes, Administração Pública e sociedade.

5 Disponível em: <<http://www.cesa.org.br/media/files/Cesa-Compliance-ManualdeOrientacao-web.pdf>> Acesso em 3 out. 2021.

3. Elementos de *compliance* e integridade no Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução n. 02/2015 do Conselho Federal da OAB)

Delineado o contexto de desafios públicos e institucionais gerados pela pandemia, que vem confirmando a importância dos programas de integridade e *compliance*, e destacado o lugar das sociedades de advogado no âmbito da Lei Anticorrupção brasileira – principal regulamento de *compliance* no país –, pertinente sublinhar os elementos específicos de *compliance* e integridade exigidos para o exercício profissional da advocacia no Brasil.

Por meio da Resolução n. 02, de 19 de outubro de 2015, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou o Código de Ética e Disciplina da OAB, considerando, dentre outras premissas, que o “advogado é indispensável à administração da Justiça, devendo guardar atuação compatível com a elevada função social que exerce, velando pela observância dos preceitos éticos e morais no exercício de sua profissão”, além da necessidade de “modernização e atualização das práticas advocatícias, em consonância com a dinamicidade das transformações sociais e das novas exigências para a defesa efetiva dos direitos de seus constituintes e da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito”.

Como diretrizes que devem necessariamente integrar os padrões de conduta em todo e qualquer programa de integridade e *compliance* para sociedade de advogados estão os “deveres do advogado”, elencados no parágrafo único, do art. 2º, do Código de Ética e Disciplina da OAB, dentre eles, em especial: i) a vedação à utilização de influência indevida em benefício do advogado ou de seu cliente; ii) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana; iii) ingressar ou atuar em pleitos administrativos ou judiciais perante autoridades com as quais tenha vínculos negociais ou familiares; entre outros.

Ademais, a previsão do art. 27 do mesmo Código de Ética representa outra premissa indispensável de integridade e *compliance*, na medida em que exige de todo advogado que observe, em seu relacionamento com agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral, “o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará seus direitos e prerrogativas, devendo exigir igual tratamento de todos com quem se relacione”.

Da mesma forma, um dos desafios inerentes à implementação e estruturação de um programa de integridade e *compliance* em um escritório de advocacia é a ampliada

difusão dos canais de denúncias e representações formais, especialmente em face das disposições exigidas pela respectiva Resolução 02/2015 e pelo Estatuto da Advocacia (Lei Federal nº 8.906/1994).

Os programas de integridade e *compliance* estabelecidos nas sociedades de advogados devem possuir articulada simetria com as disposições do Código de Ética e Disciplina da OAB, possibilitando servirem como instrumento de fomento às regras de atuação da advocacia, resguardada a competência dos Tribunais de Ética e Disciplina existentes nas respectivas seccionais pelo país.

Em síntese, por meio do desenvolvimento e da aplicação continuada de um programa de integridade e *compliance*, devidamente articulado em consonância com as previsões da Constituição Federal de 1988 e do Código de Ética e Disciplina da OAB, é possível que sociedades de advogados possam ter uma gestão e governança cada vez mais pautadas pela conformidade legal, integridade, combate à corrupção, responsabilidade corporativa e profissional, observando o interesse público e a função social adjacentes a todo e qualquer exercício da advocacia.

4. Conclusão

Como delineado, os reflexos da crise social, política e econômica advindos da pandemia da Covid-19 atingem sensivelmente a gestão e a governança de organizações públicas ou privadas, especialmente quando se trata do cumprimento legal e de valores éticos, de integridade e de responsabilidade corporativa.

Tendo em conta o avanço de investigações acerca casos de corrupção e fraude no relacionamento entre empresas, organizações públicas ou privadas e a Administração Pública, causando potenciais prejuízos ao bem comum e, mais especificamente, ao combate à pandemia da Covid-19, toda e qualquer pessoa jurídica, independentemente de sua natureza ou finalidade, precisa de medidas de integridade e *compliance* para o desempenho seguro de suas atividades.

As sociedades de advogados não escapam de tal realidade, especialmente quando verificada a sua sujeição às responsabilizações previstas pela Lei Anticorrupção brasileira (Lei Federal nº 12.846/2013), assim como as consequências positivas advindas da implantação e desenvolvimento contínuo de um programa de *compliance* e integridade, tais como a melhoria contínua da prestação de seus serviços jurídicos e da atuação de seus advogados, colaboradores, parceiros e fornecedores.

Observando-se o referencial disponibilizado pelo CESA, foram destacados os elementos mínimos a serem observados na estruturação de um programa de integridade e *compliance* para uma sociedade de advogados, de qualquer porte e/ou tipo.

Da mesma forma, foram asseveradas as disposições mínimas a serem intercaladas entre o eventual programa de integridade e *compliance* para sociedade de advogados e as diretrizes do atual Código de Ética e Disciplina da OAB, cuja aplicação e interpretação, evidentemente, deve se dar à luz da Constituição Federal de 1988.

Notadamente em tempos de pandemia, grandes são os desafios para um exercício da advocacia pautado pela conformidade legal, pela integridade, pela ética e pela responsabilidade corporativa, pautas melhor geridas e desenvolvidas por meio de efetivos programas de integridade e *compliance*, indispensáveis ao aprimoramento da própria advocacia e de sua função social.

A comunicação do advogado com as autoridades públicas durante a pandemia e as lições aprendidas¹

Fábio Brito Fraga

Estamos enfrentando a maior crise sanitária que o mundo já vivenciou, sendo que além dos diversos impactos em nossas vidas, também trouxe transformações em nossa atividade profissional.

A despeito de todo o cuidado e apreensão por conta dos efeitos do vírus SARS-CoV-2, responsável pela Covid-19, a atividade advocatícia teve que assumir seu protagonismo no intuito de resolver novas demandas, e que exigiam novas soluções.

O advogado do Direito Médico, por exemplo, teve que se debruçar com a nova demanda que surgia para os planos de saúde e os seus usuários diante de uma patologia tão devastadora, cujo tratamento, ainda prematuro, intrigava os cientistas e estudiosos do tema, e que colapsava as redes hospitalares, pública e privada.

O advogado do Direito do Trabalho se deparava com uma novel legislação que previa, dentre outros pontos, a possibilidade da suspensão do contrato de trabalho durante a pandemia do coronavírus com o espreque de preservar empregos e evitar o fechamento de empresas.

No Direito Penal, o criminalista teve de agir rápido, seja nos pleitos de liberdade de seus clientes reclusos, tendo em alça de mira a observância das recomendações do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, seja na necessidade de continuar visitando seus clientes nas unidades prisionais para melhor aparelhar sua defesa, servindo de elo, ainda, para municiar de informações os familiares dos reclusos.

Quanto ao tema, a doutrina assim pontua, *verbis*:

1 Fábio Fraga, Advogado há 15 anos. Sócio da banca Evânio Moura Advogados Associados. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Autor de artigos jurídicos publicados na revista de EJUSe e na Revista do TRE/SE. Palestrante. Secretário-Geral do CESA/SE.

Com a Covid-19 e suas consequências práticas e jurídicas, vimos algumas áreas clássicas ganharem novo fôlego: direito do trabalho (especialmente pelas possibilidades de alterações decorrentes da edição de muitas Medidas Provisórias ao longo da pandemia), direito civil (especialmente pelos questionamentos referentes à aplicação de teorias aos contratos firmados em tempos de normalidade) e M&A (Mergers and Acquisitions, ou seja, fusões e aquisições, área aquecida pelas vendas de empresas no período)².

Não se olvida que todos os ramos do Direito sofreram, em maior ou menor grau, com os efeitos da pandemia, mas nada disso poderia impedir a atuação do profissional da advocacia, sob pena de inviabilizar o direito do seu constituinte.

Silenciar a advocacia é silenciar o cidadão³.

Pois bem. E como compatibilizar a atuação do advogado com o fechamento dos fóruns, da maioria das repartições públicas, da limitação de acesso às unidades prisionais?

Para melhor compreensão da controvérsia posta, convém que resgatemos o disposto no art. 7º, VI, da Lei nº 8.9094 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), *verbatim*:

Art. 7º. São direitos do advogado:

VI – ingressar livremente:

- a) nas salas de sessões dos tribunais**, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;
- b) nas salas e dependências** de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, **mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;**

2 Justiça Digital / Coordenação Isabela Ferrari – Organizadores Ênfase Instituto Jurídico Ltda., Isabela Ferrari – Coordenadores da Coleção Isabela Ferrari, Bruno Barata, Erik Navarro, Érico Teixeira – 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 190. Vários Autores.

3 Art. 2º, § 1º, do Estatuto da Advocacia – “No seu ministério privado o advogado presta serviço público e exerce função social”.

- c) **em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público** onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;
- d) **em qualquer assembleia ou reunião** de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais. (Realce por nossa conta).

Evidentemente que nenhum direito é absoluto e a necessidade de se observar regras sanitárias, como por exemplo, o distanciamento social, impossibilidade de aglomeração, isolamento (medida que visa separar as pessoas doentes), quarentena (separação de pessoas expostas ao contágio) devem se compatibilizar com o exercício da atividade advocatícia.

Os grandes líderes são forjados em tempos de crise, e para garantirem uma participação no sistema jurídico do futuro, os advogados devem adaptar suas práticas de trabalho.

De uma forma geral, e fazendo o recorte das autoridades públicas com jurisdição e/ou competência no Estado de Sergipe, podemos perceber que houve uma rápida adaptação exigida pelo novo momento posto.

Nas unidades prisionais sergipanas⁴ passou-se a exigir a necessidade de prévio agendamento para que o advogado pudesse ter contato com o seu cliente recluso, sob a custódia estatal, de modo a impedir a aglomeração de pessoas, e otimizar o atendimento. Claro que em situações de urgência essa regra era superada, como nos casos em que o advogado precisava entrevistar seu cliente para participação de audiência de custódia, por exemplo, sendo inviável a marcação prévia.

A atuação do advogado na fase do inquérito policial também sofreu adaptações. A Superintendência da Polícia Federal no Estado Sergipe passou a realizar vários atos de instrução inquisitorial (oitivas, acareações, interrogatórios etc.) através do sistema de videoconferência, além de disponibilizar cópia dos inquéritos ou mesmo promover a intimação dos advogados, testemunhas e investigados através de aplicativo de conversa instantânea, a exemplo do WhatsApp.

4 https://sejuc.se.gov.br/?page_id=368. Consultado em 7 de setembro de 2021, às 17:57hs.

O Poder Judiciário do Estado de Sergipe editou portarias normativas e alterou seu Regimento Interno de modo a prever a possibilidade de realização de audiências e sessões de julgamento por videoconferência.

No julgamento dos processos perante os tribunais, passaram a ser realizadas as sessões virtuais e as sessões presenciais por videoconferência.

As sessões virtuais são realizadas em um ambiente online onde não há a participação do Ministério Público e da defesa, sendo que os julgadores lançam seus votos, sem a possibilidade de sustentação oral, destacando-se que ao final do prazo regimental o resultado do julgamento é publicado.

As sessões presenciais por videoconferência, por sua vez, ocorre em plataformas digitais (CNJ orientou, inicialmente, o uso do App Cisco Webex, sendo atualmente difundido do uso do App Zoom), onde há a possibilidade de sustentação oral, ou mesmo que o advogado acompanhe o julgamento do seu processo com pedido de preferência.

O acesso aos magistrados, tão importante para os advogados, que se dava do modo presencial, passou a ocorrer através do telefone, videoconferência, sendo que em alguns casos o acesso ficou restrito ao envio de correspondência eletrônica.

De um modo geral as repartições públicas, especialmente aquelas que compõem a administração pública federal, implementaram mecanismos e ferramentas tecnológicas que pudessem atender o cidadão e a advocacia.

Também não podemos deixar de destacar que alguns órgãos, ou mesmo pontualmente algumas autoridades públicas, seja por despreparo, inércia, incompetência ou descaso, criaram toda sorte de dificuldade para o exercício da atividade advocatícia, exigindo do advogado uma atuação firme, contundente, seja acionando o Poder Judiciário, ou mesmo os órgãos de controle interno.

A forma de “fazer o direito” mudou drasticamente.

E quais as lições aprendidas pela advocacia no que diz respeito às comunicações com as autoridades públicas nesse período de pandemia?

- a) Com o distanciamento social, as ferramentas tecnológicas assumiram papel de destaque, seja na aquisição de equipamentos de ponta, qualificação profissional, utilização de ferramentas e metodologias do *Legal Design* e *Visual Law*;
- b) A rotina do escritório precisou passar por adaptações, devendo ser delimitadas as atribuições de cada integrante da equipe, seja do

- BackOffice⁵, seja do Front Office, até porque a impressão que se tem é que em muitos casos a atuação remota do advogado exigia mais tempo para a resolução do problema;
- c) O advogado continua sendo imprescindível, mas o *new lawyer* deve ser um *lifelong learner*, sempre com os olhos e ouvidos abertos para a nova realidade do mercado, sendo que temas como Direito Digital, Compliance, Proteção de Dados, Inteligências Artificial etc. estão na ordem do dia e que não podem ser descuidados pelo profissional da advocacia;
 - d) A Resolução nº 345, de 9 de outubro de 2020⁶, é um verdadeiro divisor de águas com a implementação do “Juízo 100% Digital”, notadamente em razão do efeito cascata que pode gerar nos demais órgãos da administração pública.

O profissional da advocacia se deu conta que a sua atuação profissional é imprescindível, mas que precisa se adaptar aos novos procedimentos, notadamente os tecnológicos, implementados pela administração pública.

5 “O conceito de backoffice significa, em tradução livre, “parte de trás do escritório”. Seu conceito diz respeito aos processos importantes e necessários para o funcionamento de qualquer negócio, mesmo que não sejam muito vistos. Essa retaguarda funciona como uma solucionadora de problemas imediatos, agindo para que a operação principal, ou seja, aquela que lida diretamente com os clientes, atenda suas necessidades perfeitamente. A parte de trás do escritório dá total suporte ao **front office**, ou seja, áreas que se relacionam diretamente com o público. Um pagamento, por exemplo, precisa que o sistema de caixa esteja funcionando perfeitamente para fechar uma compra, e isso só é possível graças ao profissional de TI”. Consultado no sítio <https://blog.omie.com.br/blog/o-que-e-backoffice-e-qual-a-importancia> em 7 de setembro de 2021, às 18:40hs.

6 Alterado pela Resolução nº 378, de 9 de março de 2021.

MONOGRAFIA

A Diversidade nas Carreiras Jurídicas – Negros na Magistratura

Dante de Souza Nóbrega

Monografia apresentada ao Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), para o XIV Concurso Nacional de Monografia “Orlando Di Giacomo Filho”.

1. Introdução

“O futuro dependerá daquilo que fazemos no presente”, esta frase do famoso ativista e advogado indiano Mahatma Gandhi, traz à tona diversas perspectivas sobre diferentes temas abordados no cotidiano, incluindo, dentre esses, a diversidade nas carreiras jurídicas. Em sua trajetória, Gandhi tinha como missão principal a defesa dos direitos humanos, conseqüentemente, objetivava a diminuição da desigualdade social existente. Seus pensamentos e citações se enquadram na realidade da época e servem de respaldo até os dias atuais.

Diante disso, esta colocação se encaixa intimamente com o tema “Negros na magistratura”, ao afirmar que as atitudes das pessoas, englobando boa parte da população, refletem os acontecimentos futuros, visto que, de geração em geração os costumes, tradições e crenças são passadas entre os descendentes, quanto mais educarmos as futuras gerações, tenderemos a menores graus de desigualdade racial com o passar dos anos.

Os negros, em sua esmagadora maioria, sofrem com preconceitos e exclusão social desde os primórdios das sociedades humanas, incluindo o Brasil.

“A escravidão no Brasil foi implantada no início do século XVI. Em 1535 chegou a Salvador (BA), o primeiro navio com negros escravizados. Este ano é o marco do início da escravidão no Brasil que só terminaria 353 anos depois em 13 de maio de 1888, com a Lei Áurea.” (GOMES, 2019)

A partir disso, foi sendo criada e, posteriormente, cultivada, dentro da sociedade brasileira, a ideia da inferioridade dos negros em relação aos brancos, tanto o homem

negro quanto a mulher negra sofriam e sofrem todos os dias comentários, atitudes, dentre outras formas de expressão, racistas advindo, na maioria das vezes, de pessoas brancas que se sentem superiores hierarquicamente.

Ainda,

“No Brasil, negros e negras constituem a maioria da população carcerária, respondem por uma parcela ínfima das posições de poder, são pouco vistos nos bancos das universidades e recebem salários menores que a população branca.” (CONJUR, 2020).

Apesar de alguns avanços nos últimos anos, a realidade dos negros continuam marcada pelas inúmeras faltas oportunidades, não se tratando somente da perspectiva no mercado de trabalho. A vida do negro no dia a dia no Brasil não é das mais fáceis, seja no âmbito escolar, seja no âmbito de cursos superiores. Para se ter uma noção:

“A proporção de pessoas pretas ou pardas (que compõem a população negra) cursando o ensino superior em instituições públicas brasileiras chegou a 50,3% em 2018. Apesar desta parcela da população representar 55,8% dos brasileiros, é a primeira vez que os pretos e pardos ultrapassam a metade das matrículas em universidades e faculdades públicas.” (NITAHARA, 2019).

Passa a ser visível a disparidade entre negros e pardos e brancos na esfera superior de ensino, somente em 2018 foi vista uma significativa, mas não suficiente, melhora dos números em instituições públicas de ensino.

Um dos grandes desafios da comunidade brasileira atual é a diminuição das disparidades sociais, tendo como um dos enfoques a redução do preconceito racial perante a população negra e parda, com enfoque também na esfera jurídica. Este tema vem ganhando cada vez mais força dentro da coletividade, sendo a questão central deste trabalho, a análise da situação dos negros e pardos dentro do âmbito jurídico, mais especificamente, na estrutura do Poder Judiciário.

Diante do relatado, no primeiro capítulo será abordado o contexto do Brasil e sua dívida histórica com os negros e pardos, trazendo pontos importantes sobre o momento após a escravidão e a importância da diversidade racial dentro das universidades. Ainda,

tratará do movimento chamado “Vidas Negras Importam”, o qual vem ganhando cada vez mais força dentro das pessoas e mídias sociais, inclusive dentro do mundo futebolístico mundial.

Após, exporá sobre a realidade dos negros e pardos dentro do Poder Judiciário brasileiro. Desde a possibilidade de fazer uma faculdade de direito até entrar de fato no mundo jurídico, trazendo uma realidade da qual deveríamos fazer de tudo para mudar.

Já no terceiro capítulo, versará sobre uma das mais importantes personalidades negra do mundo jurídico, o primeiro homem negro a tomar posse da presidência do Supremo Tribunal Federal. Trará um pouco da história de vida dele, dentre outros aspectos, como o fato de ele ter se tornado um cidadão tão importante para a época.

Por último, realizar-se-á sobre um tema que já vem há um certo tempo ganhando enorme relevância, as ações afirmativas, com enfoque principal para duas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Abordando a importância da promoção deste ato perante a estrutura conservadora da atualidade.

Isto posto, o presente trabalho visa trazer à tona algumas dificuldades que a pessoas negras e pardas sofrem perante o mundo jurídico. Considerando que o curso de Direito é admitido como um dos cursos de excelência no mundo contemporâneo, os negros são pouco representados e, ainda menos, no exercício de cargos no Poder Judiciário, com maior gravidade nas carreiras mais prestigiosas deste poder.

333

DESENVOLVIMENTO

CAPÍTULO 1 – O Brasil, a dívida histórica com os negros e o movimento “Vidas Negras Importam”.

É interessante, antes do desenvolvimento do tema, entendermos o significado da expressão “dívida histórica”, a qual pode ser entendida como uma sucessão de momentos históricos em que ficam marcados por algo importante, dando um ponto de partida para as tentativas de soluções a curto prazo, como as cotas raciais, e mudanças de comportamento mais evidentes no futuro.

“Conceitualmente, a noção de dívida histórica ainda não foi trabalhada de fato pela historiografia, tendo sua origem na reivindicação prática dos movimentos sociais. Porém, cada vez mais historiadores pensam na questão, atrelada a pautas objetivas em que o conceito é necessário.

(...) Normalmente, a questão da dívida histórica é tratada em termos puramente morais, se referindo à lógica do bom e do mau. Ou seja, é comum que os debates sobre esse tema fiquem na camada inicial do problema.” (AH HISTÓRIA, 2020)

O Brasil tem esse débito com a população negra por um motivo claro, a escravidão. Esta que durou até o ano de 1888, quando a Princesa Isabel, por meio da Lei Áurea, a aboliu. Este período manchou a história do Brasil, e, conseqüentemente, influenciou diretamente nos problemas que enfrentamos hoje no país, sendo dois deles o racismo e preconceito estrutural.

A Europa, como o continente mais desenvolvido do que as Américas foi adotando “as ideias do liberalismo e do Iluminismo”, (GOMES, 2019) assim, “a escravidão passou a ser severamente questionada. Afinal, a privação de liberdade não combinava com a nova etapa do capitalismo industrial”. (GOMES, 2019)

A partir da Lei Áurea, que

“encerrava décadas de discussão em torno de várias questões. Porém, a mais importante era: se os escravos fossem libertados, o governo pagaria indenização aos proprietários? Por fim, venceu a tese de que os donos de escravos não receberiam nenhuma compensação financeira”. (GOMES, 2019)

Aqueles antes escravizados passaram a ter a possibilidade de ir e vir, podendo fazer suas próprias escolhas e trilharem seus próprios caminhos dali em diante. A partir desse passo importante para um futuro próspero, houve diversas comemorações em diferentes capitais do Brasil. Contudo, em primeiro lugar, é certo destacar a perpetuação do preconceito, mesmo após a abolição da escravidão. Muitos dos libertos começaram a se locomover dentro das terras, situação que afetou os olhares brancos escravizadores.

É evidente no Brasil, desde momentos bem anteriores a Lei Áurea, que os negros e negras sofrem diariamente com a falta de oportunidades de melhorarem a qualidade de vida, existindo ainda o cerceamento à educação de base e a enorme falta de qualificação profissional, passaram a viver uma realidade marcada por injustiças.

Se tornando aparente a dificuldade dos negros no tocante à qualificação de base e superior, este último ainda mais visível atualmente. No entanto, como citado anterior-

mente, houve uma melhora dos números de negros nas universidades, fator de grande importância para a prospecção de um futuro diferente.

É um benefício que a sociedade brasileira ganha ao englobar cada vez mais a população excluída nos lugares que promovem desenvolvimento intelectual e psicológico.

“A chegada de mais pessoas negras à universidade provocou a mudança nas agendas de pesquisa e deu visibilidade para a causa, colocando o debate na ordem do dia. De uma forma ou de outra, toda a sociedade foi provocada a pensar sobre racismo de uma maneira nunca vista antes.” (PALAMRES, 2021)

Pluralidade sempre foi um elemento bastante necessário em todos os âmbitos da coletividade, quanto mais diversidade e cabeças diferentes pensando, se torna ainda maior a tendência de evolução racional.

Vale destacar que, os diversos movimentos em prol da mudança da realidade dos negros vêm se desenvolvendo e sendo cada vez mais aplicados à realidade, ganhando, assim, maior visibilidade:

“Em 2020, com o Movimento “Vidas Negras Importam”, serviu de lente de aumento e catalisador da luta do Movimento Negro. O país foi tomando um pouco mais de consciência da necessidade de ouvir as narrativas e prestar atenção às histórias de pessoas negras. Elas, então, conquistam destaque nos Reality Shows, Thelminha vence o BBB 20, Jojo Todinho, conquista o prêmio máximo em “A Fazenda”, Lucy Ramos é campeã na Dança dos Famosos, Jenifer, em 2019 tinha conquistado o “Pop Star”.” (PALMARES, 2021).

Diante desse movimento, os clubes brasileiros de futebol também se posicionaram dando ainda mais força ao movimento, devido ao fato de o futebol ser um dos esportes mais famosos e praticados dentro do Brasil,

“Após os protestos contra o racismo e pela valorização da vida dos negros (...) no Brasil durante o fim de semana, os clubes brasileiros se manifestaram pelas redes sociais apoiando a causa.” (UOL, 2020).

Isso posto, é visível que o Brasil tem uma grande dívida histórica com os negros desde a escravidão, e existe a necessidade de diversas mudanças para conseguirmos alcançar um patamar positivo sobre esse tema, conseqüentemente, aparecerão maiores números de negros nas universidades e, posteriormente, na atuação jurídica. A promoção da educação é um dos pontos chaves para o desenvolvimento da sociedade, assim como a pluralidade, para remarmos na construção de um futuro diferente para os maiores afetados com o racismo.

Ainda, é visível a ascensão de movimentos importantes dentro do país e do mundo, onde mobiliza diversas pessoas que tem o objetivo de mudar a disparidade racial e social. Não podemos esquecer que o movimento “Vidas Negras Importam”, mesmo sendo um dos ponta pés para solução do problema, por si só não conseguirá mudar e conscientizar a população, precisamos de muito mais.

Analogicamente, o racismo e preconceito podem ser vistos como uma pandemia, igualmente a que sofremos hoje em dia do COVID-19. Devido ao problema ser tão intenso e constante no nosso cotidiano, muitas vezes disfarçado sob diversas formas, inclusive de piadas que as vezes podem ser ditas sem a intenção de ferir o outro, terminam ferindo, com uma conotação preconceituosa. Ao falar “a coisa tá preta”, como uma forma de dizer que a situação não está boa, traz consigo uma carga de preconceito implícito.

336

CAPÍTULO 2 – Os negros dentro do mundo jurídico, em especial no Poder Judiciário, e suas dificuldades.

Inicialmente, é notório que os negros, homens e mulheres, estão em minoria em quase todos os setores da sociedade, o que é paradoxo pelo fato de serem maioria da população brasileira atualmente.

No curso de direito, se torna ainda mais evidente a disparidade entre as pessoas que se consideram negros e pardos e as pessoas que se consideram brancas, a predominância é clara, pessoas brancas estão em maior número. Se torna evidente que, com essa disparidade inquestionável nesta graduação, os números tendem a cair mais drasticamente quando se tratar de negros ocupando cargos de excelência no Poder Judiciário.

Ao analisarmos com maior profundidade, as proporções são ainda mais ínfimas, do que imaginamos, “(...) os negros ainda são minoria em diversas áreas, **inclusive no mundo jurídico.**” (ANDRADE, 2019), ainda não conseguimos alcançar números significativos na esfera jurídica de pessoas negras alcançando cargos de excelência.

“Se fossemos tirar uma foto da magistratura brasileira, teríamos um quadro sobretudo branco. Uma ínfima parte negra, e a outra com alguns pontinhos isolados de indígenas. Para se ter uma ideia, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem uma pesquisa – divulgada em 2018 – que revela que apenas 18.1% dos magistrados são negros. Dentre eles, 1.6% são pretos e 16,5% pardos do total de entrevistados, 80,3% são brancos e somente 11 se declaram indígenas.” (NACARETTE, 2020).

O racismo institucional e estrutural ainda está sendo recepcionados pelo Poder Judiciário, implicando uma exigência maior para as pessoas que estão postulando tais cargos de conseguir provar que são dignas daqueles postos de atuação, no mesmo sentido do que ocorre com a sociedade como um todo, situação que não deveria ocorrer de hipótese alguma.

É visível que os concursos públicos para a magistratura são igualitários, onde, na teoria, todos dispõem das mesmas oportunidades de ingresso para ocupar tal cargo. Contudo, contrastando a essa afirmação, a população negra, em regra, enfrenta objeções mais significativas do que os brancos para o ingresso nessa profissão, situação que ocorre desde o nascimento, com o preconceito estrutural atuando com tamanha intensidade na vida dessas pessoas.

“A população negra já começa na disputa por uma vaga em carreiras públicas em desvantagem, posto que inserida em um contexto historicamente precário e subalternizado que vem se renovando sistematicamente desde a abolição da escravatura até os dias de hoje.” (RAMOS, 2020)

Antes dos concursos públicos, durante a preparação, até mesmo no desenvolvimento ao longo dos períodos do curso de direito, o negro já encontra dificuldades claras e objetivas, sendo uma das principais a disponibilidade financeira para custear tal educação jurídica. O contexto familiar e a necessidade de livramento dos estereótipos convencionais da sociedade brasileira são outras grandes dificuldades vividas.

Ademais, nesta mesma toada, a Emenda Constitucional nº 45/2004, alterou o art. 93, I, da CF/88, instituindo o prazo de, no mínimo, três anos de atividade jurídica para o ingresso na carreira da magistratura.

Visto isso, é necessário que o negro, além de ultrapassar todas as dificuldades existentes para se formar bacharel em direito, tenha oportunidades de emprego que concedam essa necessária experiência jurídica, o que nem sempre acontece na realidade. Até pelo fato de que, além de todo o racismo e preconceito vivido no dia a dia, erroneamente, existe o pensamento de desumanização da pessoa negra, a qual foi acostumada, desde os primórdios, a acreditar que não é competente para ocupar espaços de grande porte, de grande destaque e de grande responsabilidade, cultivando em algumas pessoas bloqueios mentais e emocionais.

Além disso, pela disparidade educacional, na maioria dos casos, o negro necessita suprir esse déficit durante a preparação para os concursos. Geralmente os próprios cursos preparatórios são elitizados e custam caro, se tornando lugares em que a população branca é bem mais comum do que a população negra.

“Os atuais processos seletivos para as altas carreiras jurídicas (Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública) privilegiam aqueles que podem economicamente investir em estudos preparatórios por longo prazo, os grandes escritórios de advocacia do país contratam quase exclusivamente alunos das universidades de elite com composição majoritária branca, e, por fim, é notório o peso que frequentar determinados círculos sociais detém para a escolha aos tribunais superiores – círculos normalmente restrito à quem tem origem familiar dentro da elite ou que tenha poder econômico de acessá-los.” (CARVALHO e SILVA, 2020).

No que tange os concursos propriamente ditos, de antemão, é necessário salientar o pagamento para a inscrição, custando muito aos bolsos dos interessados.

Ao ser aprovado em de provas e títulos, o negro ingressa na carreira da magistratura, e uma das primeiras dificuldades a ser enfrentada é a “adequação ao paradigma vigente como forma de sobrevivência dentro desse espaço eminentemente branco e masculino.” (RAMOS, 2020). Os pardos, antes de tudo, tem a missão de adequarem e se adaptarem em uma profissão em que não são maioria e, no âmbito feminino, as negras ainda têm as dificuldades mais acentuadas, por entrarem em um meio predominantemente do sexo masculino. Sofrem em dobro, o fato de serem mulheres e de serem negras.

Olhares, questionamentos de desconfiança e o tratamento diferente marcam os dias dos negros no Poder Público, inclusive existe discriminação até nas decisões prola-

tadas. Em 2020, em entrevista para o migalhas, José Vicente, reitor da Faculdade Zumbi dos Palmares e advogado, relatou a preocupante baixa representatividade dos negros no Poder Judiciário, afirmando que

“Negros restam apagados e invisibilizados em toda a estrutura do poder Judiciário. Nós não temos juízes, desembargadores, negros nos Tribunais Superiores.” (...) “Quando questionado sobre a discriminação em condenações, justamente pela falta de negros na magistratura, José Vicente afirmou que a estrutura contribui, sim, para entrega de Justiça de forma “contaminada”. Para ele, o racismo no poder Judiciário gera no negro uma sensação frustração e dúvida em relação à imparcialidade e legitimidade das decisões.” (MIGALHAS, 2020).

“A partir disto, se torna evidente a situação atual do Judiciário brasileiro no que tange a magistratura, lugar onde falta pluralidade, diversidade e representatividade. Sendo, esses três elementos, de suma importância para o desenvolvimento e compartilhamento da visão de mundo de diferentes pessoas que vivem diferentes realidades no Brasil.” A ausência de diversas perspectivas de vida, experiências e participações conduz à jurisdição falha, partindo de realidades distorcidas, o que acaba por ser percebido claramente pela sociedade, quando exteriorizadas no essência das decisões.” (RAMOS, 2020).

A diversidade vem, há muito tempo, tornando um bem jurídico para nossa sociedade, quanto maior número de pessoas de realidades diferentes compoem um determinado ambiente, passamos a ter mais pontos de vistas a serem levados em consideração, mudando, assim, o espectro de avaliação dos casos que ocorrem em âmbito dos diversos tribunais ao redor do país. Com isso, existirão maiores considerações por parte de cada um dos envolvidos dos membros dos tribunais até chegarem a um veredicto sobre determinada situação, além da troca constante de experiências sobre as dificuldades enfrentadas durante situações cotidianas, fazendo cada indivíduo se situar perante as realidades vividas nas diferentes regiões do país.

O Conselho Nacional de Justiça, como uma instituição que busca aprimorar/aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, fez um levantamento sobre qual seria o lapso temporal em que existiria uma equidade de raça na magistratura brasileira, che-

gando a uma conclusão assustadora. Para se ter noção da gravidade do assunto atualmente, o CNJ tinha a perspectiva de projeção, baseado nos seus estudos sobre o tema, que “em 2014, o estudo projetava que essa representatividade estaria próxima de ser atingida em 2018, mas a meta precisou ser revista.” (CONJUR, 2020). Diante de todas as evoluções alcançadas pela sociedade brasileira nos últimos vinte anos, essa projeção deveria ter virado realidade bem antes de 2014, porque, de que adianta uma evolução em todos os vieses da vida humana, menos na diminuição da desigualdade social e racial.

O órgão necessitou rever essa projeção, devido a diversos fatores, e passou a “apontar que a equidade racial na magistratura brasileira só será alcançada no ano de 2044. Ou seja, somente daqui um quarto de século o quadro de juízes no país será composto por, pelo menos, 22,2% de pessoas negras e pardas.” (CONJUR, 2020).

Atualmente é vistosa a necessidade e obrigação de reformular diversos preceitos no Poder Judiciário, com o intuito de minimizar essa grande assimetria entre os negros e os brancos no âmbito da magistratura. Mudanças para melhor trarão maior igualdade racial dentro de um dos mais importantes e influentes Poder no Brasil. Ao confrontar a realidade vendo dados concretos a inquietude por mudanças aumenta.

CAPÍTULO 3 – A vida do primeiro presidente negro do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos.

Este capítulo não tem a pretensão de desenvolver uma biografia do primeiro negro presidente do Supremo Tribunal Federal. Tem como objetivo trazer um pouco da sua história de vida e sua trajetória até alcançar um dos cargos mais importantes do Brasil.

Ser negro no Brasil não é fácil, como na maioria dos países do mundo. Contudo, quando um homem negro, filho de pedreiro e dona de casa, consegue alcançar uma posição tão prestigiada no Poder Judiciário brasileiro, cria-se uma esperança sobre o futuro da magistratura no Brasil.

Joaquim Barbosa, primogênito de oito filhos, nasceu em uma pequena cidade localizada no estado de Minas Gerais, cidade esta que possui um pouco mais do que noventa mil pessoas. Com uma infância marcada pela pobreza, “Quando seus pais se separaram, no início de sua adolescência, Barbosa passou a cuidar da família, assumindo função de chefe de família.” (SOUZA, 2015, p. 7). Desde cedo Joaquim Barbosa teve que tomar a frente da família, exercendo atividades que nem sempre seriam adequadas para sua idade, sendo um dos muitos exemplos de pessoa parda atuando ativamente para o sustento

da sua casa e sua família.

Aos dezesseis anos ele se mudou para Brasília para morar com uma tia, passando a trabalhar em um jornal local, tendo como principal ponto negativo, até então, o cerceamento à educação de base. Barbosa sempre estudou em escolas públicas e, com muito esforço e dedicação, graduou-se em Direito na Universidade de Brasília, onde, em seguida, obteve mestrado em Direito do Estado.

Na Administração Pública, Barbosa exerceu diversos cargos até chegar ao STF. Sua formação acadêmica sempre foi bastante elogiada, e, junto aos cargos públicos, manteve também sua carreira acadêmica, concluiu diversos mestrados e até mesmo um doutorado na França. Com livros publicados, o ex-ministro se distanciou há pouco tempo da sala de aula, atuando nessa área até o ano de 2015.

“O Supremo Tribunal Federal foi criado, com essa denominação, pela primeira Constituição republicana brasileira, promulgada a 24 de fevereiro de 1891, que dispunha, em seu art. 56, sobre a composição e a forma de nomeação de seus membros.” (O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1976).

341

O ano de criação do STF traz uma curiosidade, somente mais de dez anos depois foi visto o primeiro negro no rol de julgadores do supremo, “O mineiro Pedro Lessa é apontado como o primeiro negro do STF, onde ficou de 1907 a 1921, quando morreu.” (COLON, 2014). Trazendo à tona a dificuldade sofrida por pessoas negras para ingressarem nesse âmbito de atuação, ressaltando ainda mais o preconceito que existia e continua existindo até os dias atuais.

Além de Pedro Lessa, outros dois juristas negros conseguiram alcançar um cargo de Ministro da mais alta corte do Judiciário brasileiro, são eles: Hermenegildo de Barros e Joaquim Barbosa, objeto principal deste capítulo.

Em 25 de junho de 2003, o então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, nomeou Joaquim Barbosa Ministro do STF, sendo o terceiro negro a alcançar este cargo de enorme excelência dentro do Judiciário brasileiro.

Após mais de 9 anos exercendo e julgado casos no STF, Barbosa

“Assumi a presidência da mais alta Corte da Justiça brasileira no dia 22 de novembro de 2012 e renunciou ao cargo em 31 de julho de 2014.

Foi reconhecido como o primeiro presidente negro do STF.” (SOUZA, 2015, p. 8),

após mais de 100 anos de criação do órgão somente no ano de 2014 houve um negro como presidente.

O ex-ministro, em sua passagem pelo Supremo, recebeu grande destaque, muito mais do que os negros anteriores que passaram pelo mesmo cargo. Isso porque, dentre outros julgamentos, foi o Relator do caso Mensalão do PT, o que o colocou em evidência na mídia e nas redes sociais.

Segundo Diniz Marques (2012), citado por Barbara de Jesus Souza (2015, p 19), “Os ministros do Supremo Tribunal Federal condenam os mensaleiros, denunciam a corrupção e caem nas graças dos brasileiros (...)”. Além disso, ele era considerado, pela opinião das pessoas no geral, como um exemplo de ética e tinha uma carreira jurídica bastante elogiada.

Barbosa teve uma saída precoce do STF, fato que deixou as pessoas sem entender muito o que estava acontecendo, visto que saiu aos 59 anos, sendo o teto máximo até os 70 anos. Ao longo de sua trajetória ele sofreu bastante com dores crônicas no quadril, motivo este que o fazia participar, com alguma frequência, das sessões em pé.

“Barbosa, de 59 anos, sofre de sacroileíte, uma inflamação nas articulações da região lombar que provoca forte dores e lhe impede de permanecer sentado por horas seguidas.” (BBC, 2014).

Sendo este um dos grandes motivos para a deixada precoce do STF por Joaquim.

Diante desta contextualização, é visível que os negros não são bem representados no STF, não por falta de qualidade técnica, mas sim por falta de oportunidades. Durante mais de 100 anos de Supremo, somente três negros assumiram cargos de Ministro, tendo o último, Joaquim Barbosa, conseguido alcançar à presidência do órgão. Infelizmente Barbosa não continuou por mais tempo representando a diversidade racial na mais alta corte do país.

A variedade de pessoas diferentes nos Tribunais ao redor do país é ínfima,

“Atualmente, temos apenas um ministro negro, Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dentre o grupo de 88 ministros

distribuídos por cinco cortes superiores: Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Superior Tribunal Militar (STM). Mesmo com o período de redemocratização e suposta democratização do país, nada se alterou na disparidade de representatividade da composição dos tribunais superiores em relação à sociedade brasileira.” (CARVALHO e SILVA, 2020).

“O que a composição da Suprema Corte, e o manifesto conforto da Presidência da República em não indicar pessoas negras, revela o que sobre nosso país? Primeiro, que a teoria, na prática, é outra coisa. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha como missão a defesa da constituição e defenda a necessidade da busca por representatividade nos espaços de poder (como no Legislativo, Universidades e concursos públicos), o objetivo fundamental da República de promoção da igualdade racial não se aplica as indicações ao Supremo Tribunal Federal.” (CARVALHO e SILVA, 2020).

Com isso, indaga-se: Se desde sempre o STF tem “dado” certo como julgador, porque, hoje em dia, seria necessário mudar a essência desse órgão para englobar também as pessoas negras como ministros e ministras?

Existe uma resposta simples para essa pergunta, várias ações que tramitam no STF,

“se caracterizam pela necessidade de reconhecer e viabilizar a luta pela sobrevivência da população negra brasileira. (...)” e as ações “necessitam de uma sensibilidade ímpar para que a realidade seja trazida para análise do Tribunal, razão pela qual se faz tão necessário que essas vivências possam ser também representadas no âmbito da Suprema Corte. **A diversidade racial deve ser defendida não só como solução para diversificar o Supremo Tribunal Federal em termos numéricos, mas para, qualitativamente, de ampliar horizonte interpretativo do pacto civilizatório presente na Constituição Brasileira.**” (CARVALHO e SILVA, 2020).

Isso posto, a diversidade racial no âmbito do poder judiciário, ou em qualquer âmbito do Poder Público, só trará benefícios para toda a sociedade. O incentivo pela promoção da pluralidade é cada vez mais necessária por todos, principalmente por aqueles que tem o poder em suas mãos para indicar, por exemplo, pessoas para ocuparem os cargos de excelência.

CAPÍTULO 4 – As chamadas ações afirmativas, o que são e para que servem dentro da discussão sobre diversidade social.

Com o intuito de situar no que seja essas ações afirmativas, termo que surgiu nos Estados Unidos, segundo Joaquim Barbosa:

“Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.” (GOMES, 2001)

Complementando a definição citada, a Gema – Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa – expõe que essas ações são políticas usadas por diversos órgãos em razão das pessoas que pertencem aos diversos grupos discriminados, violentados e excluídos durante anos dentro da sociedade brasileira.

Vale salientar que essas ações, geralmente elaborada e praticada pelo governo, visam combater não somente a discriminação racial, e sim étnica, de gênero, religiosas, dentre outras que está presente no dia a dia de muitas pessoas brasileiras. Englobando todos os tipos e subtipos de discriminação.

A partir do momento em que essas ações vão sendo criadas e incorporadas pelos órgãos necessários, a propensão é de aumento na participação das minorias nos diversos âmbitos da vida, como: educação, saúde e emprego. Para citar um exemplo concreto, de acordo com pesquisa realizada pelo IBGE,

“O desemprego atingiu mais fortemente a população de cor preta no Brasil no segundo trimestre, quando a quarentena para combater a pandemia foi mais restritiva. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PnadC), divulgada nesta sexta-feira pelo IBGE, a taxa de desocupação dos pretos foi 71,2% maior que a dos brancos.” (IG, 2020).

345

A desigualdade racial está ainda mais presente durante a pandemia que vivenciamos, sendo considerada a maior série histórica desde o primeiro levantamento desses dados, no ano de 2012. Os negros são os maiores afetados durante este período histórico que estamos passando nas taxas de desemprego, ficando mais uma mancha na história do Brasil sobre o tema da desigualdade racial.

“Entre os pretos, a taxa de desemprego subiu de 15,2% para 17,8%. Entre os brancos, a subida na desocupação foi mais suave: de 9,8% para 10,4%. Entre os pardos, o índice subiu de 15,4%. Segundo a técnica do IBGE, quando se faz o recorte por idade, os jovens foram os mais afetados. Entre 18 e 24 anos, a taxa de desemprego subiu de 27,1% para 29,7%, mais que dobro do índice médio de 13,3%.” (IG, 2020).

O que esperamos a partir desses dados é uma resposta para mudarmos esse panorama para o futuro. E a resposta para isso está no passado, por todo preconceito e desigualdade que resistem de geração em geração, por isso a grande importância das ações afirmativas, as quais realizam a efetivação dos direitos constitucionais, e a conscientização das gerações vindouras por meio da educação.

Um dos pontos mais relevantes no tocante a esses tipos de ações é que não somente tentam promover uma igualdade de direitos, oportunidades e vivências, também englobam formas de valorização cultural e étnica. Sendo de grande relevância o segundo aspecto, porque vai se tornando uma forma de ensinamento para a própria população sobre a importância da diversidade que existente em nosso país. Objetivando sempre um futuro em que as pessoas sejam tratadas ao máximo em pé de igualdade, independentemente de quem sejam.

No Brasil,

“A partir da década de 2000, foram desenvolvidas ações afirmativas para a população negra, com a qual o Brasil tem uma dívida histórica pelos quase quatro séculos de escravidão e por não ter formulado políticas específicas para os ex-escravizados após a abolição, relegando-os à pobreza e precariedade, principalmente nas grandes cidades, o que prejudicou de forma crucial a eles e a sua descendência.” (REZENDE, {200-})

346

No que tange ao Supremo:

“Em 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade que as ações afirmativas são constitucionais e de suma importância na correção das desigualdades. O Estado brasileiro tem avançado nessa pauta, ainda que haja muito por fazer.” (REZENDE, {200-})

A ação afirmativa é considerada diferente das políticas antirracistas em alguns aspectos,

“por atuar preventivamente em favor de indivíduos que potencialmente são discriminados, o que pode ser entendido tanto como uma pre-

venção à discriminação quanto como uma reparação de seus efeitos. Políticas puramente anti-discriminatórias, por outro lado, atuam apenas por meio de repressão aos discriminadores ou de conscientização dos indivíduos que podem vir a praticar atos discriminatórios.” (GEMAA, {20-?})

Nos dias atuais já existem diversas legislações em que o tema principal são as ações afirmativas, sendo uma das principais o Estatuto da Igualdade Racial, a qual entrou em vigor no ano de 2010, além de leis estaduais que instituem programas de ação afirmativa no ensino superior público e respectivas universidades.

Além das leis que versam sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução n° 336/2020, que dispõe no art. 2° sobre a promoção de um “percentual mínimo de 30% de vagas oferecidas nos programas de estágio nos órgãos do Poder Judiciário para estudantes negros”.

Do mesmo órgão de excelência, temos também a Resolução n° 203/2015 retratando sobre a percentagem de 20% das vagas nos concursos públicos de cargos efetivos e cargos para ingresso na magistratura reservadas para os negros.

A tomada de iniciativa pelo CNJ foi de suma importância, a divulgação dessas duas resoluções poderia alcançar um número maior de pessoas, muitas delas não sabem desses percentuais que dispõem ao seu favor.

Conforme demonstrado nesse capítulo, o incentivo e a promoção das políticas afirmativas é de suma importância para, com o tempo, ir mudando a realidade social do Brasil, sempre com o intuito de englobar todas as minorias que são amplamente desfavorecidas nos moldes da sociedade brasileira atual.

Conclusão

O presente trabalho abordou como questão principal os negros, englobando homens e mulheres, na atuação dentro do mundo jurídico. Na presente pesquisa, buscou-se analisar os tópicos considerados mais relevantes para a discussão do tema, dentre eles, foi trazido diversos dados estatísticos sobre a participação dos pardos no Poder Judiciário brasileiro.

De antemão, realizou-se uma contextualização do assunto a ser abordado, tratando, principalmente, sobre a dívida histórica que o Brasil, como país e civilização, tem

perante os negros. Boa parte pelo fato de ter existido, em grande escala, a mancha histórica proporcionada pela escravidão, momento que durou por anos até a sanção da Lei Áurea, em 1888. Vale destacar que esta lei não mudou de forma radical a forma de viver das pessoas por ela “favorecidas”, a contínua perpetuação da discriminação ocorreu e, em muitas vezes, os considerados “ex-escravos” se mantiveram na situação que viviam, visto que não havia meios contundentes de mudarem suas realidades, devido ao fato de a população da época ser extremamente escravocrata e preconceituosa.

A Constituição Federal traz, em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Contudo, nesse caso específico, mesmo estando expresso na nossa Lei Maior, a igualdade e equidade não estão inseridas no dia a dia da maioria das pessoas que vivem no país. Principalmente aquelas que são consideradas, de forma absurda, diferentes por fatores diversos como: cor de pele, gênero e religião.

Em segundo plano, comentou-se sobre a vida dos negros no mundo jurídico, com enfoque para a área de concursos públicos para cargos efetivos e, em especial, de ingresso na magistratura. Mostrou as diversas dificuldades enfrentadas durante a preparação e até mesmo após a aprovação, onde muitos sofrem com problemas de adaptação e integração naquele meio hegemonicamente branco.

348

Ainda, de acordo com dados do CNJ, o momento em que chegaremos em uma equidade na magistratura, somente no ano de 2044. Situação está que nos deixa apreensivos, o dialeto entre pessoas diferentes se torna um artifício para conseguirmos resultados melhores e mais justos dentro dos processos distribuídos na justiça. Menos pluralidade acarreta visões mais equivalentes e, conseqüentemente, decisões mais parecidas, reduzindo bastante o espectro de interpretação de cada caso concreto.

Na seguinte oportunidade, enfatizou a vida de um dos negros com maior representatividade do país. O ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, o qual teve a vida marcada de esforço e objetivos alcançados. Sendo considerado um ícone por estar presente em diversos julgamentos que trouxeram muita repercussão dentro da coletividade brasileira.

Infelizmente Barbosa não seguiu por muito tempo servindo o mais alto escalão do Poder Judiciário brasileiro. Foi acometido por uma doença que o fazia sacrificar muito seu bem-estar e qualidade de vida para continuar servindo ao STF, esperamos que num futuro próximo venham mais negros como Joaquim Barbosa representar esse povo marcado por falta de oportunidades, mostrando mais visibilidade às causas pro igualdade racial.

Por último e não menos importante, abordou-se sobre as ações afirmativas, movi-

mento que vem ganhando cada vez mais força, englobando todos os tipos de discriminação. A exemplo do “Movimento Vidas Negras Importam”, o incentivo à concretização destas ações se torna importante para a realização das mudanças necessárias na estrutura da sociedade brasileira.

Assim, diante do exposto durante todo o trabalho, necessitamos de mais incentivos não só por parte do governo, conscientizando e promovendo ainda mais as ações afirmativas ao redor do país. No tocante a população em geral, é imprescindível a defesa dos direitos de igualdade e equidade dispostos em diversas letras de lei, promovendo ainda movimentos próprios com o intuito de levantar a bandeira da igualdade racial.

Por meio da promoção da educação promovida pelos entes públicos, poderemos ter uma mudança significativa de cenário a médio longo prazo, colocando a população brasileira em um patamar de maior desenvolvimento pessoal e intelectual, intentando o exercício da tolerância para com todas as pessoas. A efetivação dos direitos dispostos na Constituição Federal de 1988 são imprescindíveis para o desenvolvimento da coletividade brasileira.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, juliana. “Juízes negros se reúnem para discutir baixa representatividade”; Portal Geledés, 2019. Disponível em: https://www.geledes.org.br/juizes-negros-se-reunem-para-discutir-baixa-representatividade/?gclid=EAIaIQobChMI_qDAhojO7gIVkoaRCh25zwhyEAAYASAAE-gIotFd_BwE. Acesso em 3 de fevereiro de 2021.

CARVALHO e SILVA, sheila de e allyene andrade. “STF e a diversidade racial: o que perdemos sem um ministro negro?”, JusDh, 2020. Disponível em: <http://www.jusdh.org.br/2020/11/20/stf-e-a-diversidade-racial-o-que-perdemos-sem-um-ministro-negro/>. Acesso em 17 de fevereiro de 2021.

Clubes brasileiros fazem corrente contra o racismo; UOL, São Paulo, 1 de jun. de 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2020/06/01/clubes-brasileiros-fazem-corrente-contra-o-racismo.htm>; Acesso dia 19 de fevereiro de 2021.

COLON, Leandro. “Primeiro negro do STF, Pedro Lessa sofria ataques de Epitácio Pessoa”. Folha de São Paulo. Disponível em: O mineiro Pedro Lessa é apontado como o primeiro negro do STF, onde ficou de 1907 a 1921, quando morreu.

Em seminário, CNJ lança grupo de trabalho sobre questões raciais; CONJUR, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/seminario-cnj-lanca-grupo-trabalho-questoes-raciais>; Acesso em 5 de fevereiro de 2021.

Equidade racial na magistratura só será alcançada em 24 anos, diz CNJ; CONJUR, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/equidade-racial-magistratura-alcancada-24-anos-cnj>; Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

FELLET, João. “Joaquim Barbosa anuncia saída do STF”; BBC, 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140523_barbosa_joao_ru. Acesso em 17 de fevereiro de 2021.

GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001, p.40-41.

Gomes, Laurentino – Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi de Palmares. Globo Livros, 2019. Rio de Janeiro.

MELO, Jefferson. “Cotas em estágio ampliam ações afirmativas no Judiciário”; Conselho Nacional de Justiça; 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cotas-raciais-em-estagio-ampliam-acoes-afirmativas-no-judiciario/>. Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

NACARETTE, Jonathas. “Cadê o juiz?” Representatividade importa”; Associação dos Magistrados Brasileiros, 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/cade-o-juiz-representatividade-importa/>. Acesso em 4 de fevereiro de 2019.

Negros são apagados do poder Judiciário, diz advogado e reitor da Faculdade Zumbi dos Palmares; Redação do Migalhas, 16 de jul. de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/330751/negros-sao-apagados-do-poder-judiciario--diz-advogado-e-reitor-da-faculdade-zumbi-dos-palmares>. Acesso em 8 de fevereiro de 2021.

NITAHARA, Akemi. “Pela primeira vez, negros são maioria no ensino superior público”; Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/pela-primeira-vez-negros-sao-maioria-no-ensino-superior-publico>. Acesso em 3 de fevereiro de 2021.

O desemprego afeta mais população negra; IG, 28 de jul. de 2020. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2020-08-28/desemprego-afeta-mais-populacao-negra-diferenca-de-brancos-e-a-maior-desde-2012.html>; Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

O que é uma dívida histórica? Entenda essa reivindicação; AH História, 2020; Disponível em:

<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/o-que-e-divida-historica-entenda-essa-reivindicacao.phtml>; Acesso em 5 de fevereiro de 2021.

O que são ações afirmativas?; GRUPO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES DA AÇÃO AFIRMATIVA, GEMAA. Disponível em: <http://gema.iesp.uerj.br/o-que-sao-acoes-afirmativas/>. Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; O Senado Federal, Brasília 1976. Disponível em: file:///C:/Users/dante/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/Plaqueta__O_Supremo_Tribunal_Federal_1976.pdf. Acesso 12 de fevereiro de 2021.

PALMARES, dandara. “A genialidade da Rede Globo”, Mídia 4p, 2021. Disponível em: <https://midia4p.cartacapital.com.br/a-genialidade-da-rede-globo/>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

RAMOS, patricia almeida. “O negro e o poder judiciário”; TRT2, 2020. Disponível em: https://ww2.trt2.jus.br/fileadmin/ejud/1.eventos/CFC/2020/materiais/Material_J_Patricia_Almeida_Ramos.pdf. Acesso 7 de fevereiro de 2021.

REZENDE, milka de oliveira; “Ações Afirmativas”; Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/acoes-afirmativas.htm>; Acesso em 17 de março de 2021.

SOUZA, barbara de jesus. A CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA PELA REVISTA VEJA, Tese (monografia jornalismo) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p.71. 2015.



Apoio:

Migalhas