

JOÃO GRAÇA
ANA PAULA R. ALVES
ORGANIZAÇÃO E COORDENAÇÃO



UM TRIBUTO EM COMEMORAÇÃO AOS 20 ANOS
DO ESCRITÓRIO GRAÇA ADVOGADOS ASSOCIADOS

COLABORADORES

JOÃO ALBERTO GRAÇA
URBANO VITALINO NETO
VANDERCI ALVAREZ
ROQUE ANTONIO CARRAZZA

RICARDO PIVA
PAULO PELI
PATRICIA AYUB DA COSTA
SEBASTIÃO CÉSAR COELHO



20 ANOS

GRAÇA ADVOGADOS

*UM TRIBUTO EM COMEMORAÇÃO AOS 20 ANOS
DO ESCRITÓRIO GRAÇA ADVOGADOS ASSOCIADOS*



itálico
EDITORIAL

LONDRINA/PR

Graça, João Alberto, Organizador. Alves, Ana Paula Rodrigues, Coordenadora.

20 anos de Graça, João Alberto Graça, Patricia Ayub da Costa, Paulo Peli, Ricardo Piva,

Roque Antonio Carrazza, Sebastião César Coelho, Urbano Vitalino Neto, Vanderci

Alvarez.- -. Londrina: Itálico Editorial, 2021. 160 pgs.

ISBN - 978-65-88957-01-1

1. Direito 2. Advocacia 3. Comemorativo I. Título

CDD (21) 340

1ª edição: outubro/2021

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO: Ana Paula R. Alves

CAPA: Negrituz Produções / Decomm

PROJETO GRÁFICO: Decomm Comunicação Visual

REVISÃO: Decomm Comunicação Visual

IMPRESSÃO: Gráfica Viena



Todos os direitos em língua portuguesa reservados por

GRAÇA ADVOGADOS ASSOCIADOS

Tel.: (43) 3029-4464

Endereço eletrônico: contato@graca.adv.br

Site Institucional: www.graca.adv.br

ÍNDICE

PREFÁCIO | 07

Denize Cabulon Graça

INTRODUÇÃO | 13

José Pedriali

CAPÍTULO 1 | 19

NORMA GERAL ANTILESIVA E O PLANEJAMENTO FISCAL

João Alberto Graça

CAPÍTULO 2 | 35

ODESAFIODA ADVOCACIA EMPRESARIAL NA CONTEMPORANEIDADE

Urbano Vitalino Neto

CAPÍTULO 3 | 51

RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO! QUANTO TEMPO?

Vanderci Alvarez

CAPÍTULO 4 | 63

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A IMPOSSIBILIDADE
DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EXPENDIDA NO RE

574.706-PR

Roque Antonio Carrazza

CAPÍTULO 5 | 79

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA À VISTA
DA ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ricardo Piva

CAPÍTULO 6 | 93

PLANEJAMENTO SOCIETÁRIO E SUCESSÃO

Paulo Peli

CAPÍTULO 7 | 107

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL: ALTERNATIVAS DE
RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE FORMA EFICIENTE

Patricia Ayub da Costa

CAPÍTULO 8 | 125

AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS “A LICITAÇÃO”

Sebastião César Coelho

AGRADECIMENTOS | 149

COLABORADORES | 155



Prefácio

DRA. DENIZE CABULON GRAÇA



E então se passaram 20 anos. Não foi em um piscar de olhos. Cada minuto teve a sua especificidade e relevância. A cada ano fomos presenteados com profissionais comprometidos, que igualmente cresceram e evoluíram conosco. Alguns escolheram outras vias do direito, diferente até mesmo do exercício da advocacia, mas ainda dentro do nosso intrigante, desafiador e contagiante meio jurídico. Tal qual uma frondosa árvore, erguemos nossos galhos em muitas direções, dando frutos e sementes que se espalham em nosso meio, proporcionando amearhar experiências, compartilhar sonhos, construir pontes agregando novos parceiros, conjugando interesses e sempre buscando evoluir na prestação de serviços jurídicos.

É, realmente não foi em um piscar de olhos que geramos este ser tão importante pra nós, houve incontáveis noites mal dormidas, casos difíceis a serem resolvidos mas, lágrimas e sofrimento de nossos clientes, serviram de incentivo para nossa evolução jurídica, norteando a busca pelo conhecimento em nosso constante objetivo.

Geramos dessa luta uma terceira pessoa, a pessoa jurídica: Graça Advogados Associados.

A consciência de que não existe limite para o conhecimento nos enche de ânimo e vigor. Saber que nossa evolução deve estar integrada com a evolução da sociedade, fincado seus preceitos no direito, na justiça, suas leis e julgados nos enche de motivação e esperança. Vivemos em evolução!

Evoluir é tarefa árdua é viver o presente com atenção a cada passo do seu negócio e dos profissionais que atuam nele, e principalmente, com você.

Os últimos anos mudou significativamente procedimentos e relacionamentos no ambiente corporativo e em nossa sociedade.

Ora, o que dizer da comunicação após a criação do Google, em 1998, *Facebook* em 2004, *Whatsapp* em 2009, *Instagram* em 2010, reuniões via *Zoom* e tantas outras ferramentas que se fazem presentes em nosso dia-a-dia.

O trabalho do profissional do direito, igualmente

acompanhou toda essa evolução.

Dos passos iniciais do processo digital eletrônico, em 1999 com a lei 9.800, lendária Lei do Fax, responsável por introduzir o primeiro dispositivo tecnológico de recebimento de petições pelo Judiciário, até 2006, ano em que realmente foi instituído o processo eletrônico em nosso Judiciário, por meio da Lei 11.419/2006, a inovação aproximou os agentes jurídicos encurtando o percurso na busca da tal almejada Justiça.

Todos os procedimentos de acessos ao Poder Judiciário foram alterados, inovados e desburocratizados. Da propositura de uma peça inicial, passando pelas audiências virtualizadas aos julgamentos nos tribunais de instâncias superiores, igualmente virtualizados, devido a pandemia mundial do covid, deve-se reconhecer, é de fato inegável que o acesso dos operadores do direito, dentre eles, os advogados, tornou-se mais célere e econômico, para todos, agentes jurídicos e para o Estado.

A nossa advocacia andou lado a lado com todas as inovações até então ocorridas, nossa preocupação sempre foi estarmos preparados para prestar nossos serviços da forma mais atual e célere, com participação personalíssima de cada profissional de nossa equipe, aproximando os anseios de nossos clientes com a responsabilidade do exercício e entrega de nosso trabalho.

Aos profissionais, coautores deste livro, deixamos nossa admiração e gratidão pela parceria com a qual fomos honrados durante todos esses anos de entrega de resultados jurídicos exitosos aos nossos clientes, enaltecendo sobremaneira a participação de cada um para nosso aprimoramento intelectual, profissional e negocial, sem os quais, nosso trabalho deixaria de ser externado e ecoado no meio jurídico e empresarial pelos quais trilhamos.

Durante esta caminhada, em 2018 fomos surpreendidos com a premiação publicada pela Revista Análise Advocacia 500, como um dos escritórios de advocacia mais admirados do Estado do Paraná, e desde então, 2019, 2020, temos recebido a honra de sermos lembrados e citados no setor empresarial, por diretores, coordenadores jurídicos e proprietários de empresas e grupos

empresariais, o que muito nos orgulha, aumentando nossa responsabilidade e compromisso com a entrega diária e com o futuro de nosso trabalho.

Com os pés fincados ao chão, atentos ao nosso presente, elevamos nossos olhos aos céus de onde recebemos a força e a intrepidez para darmos continuidade ao nosso trabalho, olhando para o novo e para o horizonte, onde o futuro nos aguarda e com o qual estamos compromissados a alcançá-lo, de forma permanente e tenaz.





Introdução

JOSÉ PEDRIALI



Vinte anos em busca da Justiça!

A austeridade da fachada revestida com pedras é atenuada em sua parte frontal pela parede e porta de vidros que revelam a sala de espera, elegante como todos os ambientes do imóvel. A lateral, envidraçada, permite a contemplação de beija-flores atraídos pelas helicônia-papagaio, espetáculo oferecido do lado externo do muro pelas asclepias. A caminho da sala da espera para a de reunião, o visitante terá a visão da piscina com churrasqueira – acessórios incomuns em escritórios de advocacia. Solidez, leveza, aconchego e respeito à natureza, colaboradores e clientes estão expressos na sede central do Graça Advogados Associados, em Londrina, um dos mais renomados escritórios do país, condição reconhecida pelo Anuário Advocacia 500.

O Graça Advogados Associados foi formalizado em 2001 por João Alberto Graça e Denize Aparecida Cabulon, ambos formados pela UEL - Universidade Estadual de Londrina. A causa que os despertou para a necessidade de uma sociedade formal foi a defesa jurídica de um candidato a prefeito de Arapongas, cidade onde Fortunato Coelho Graça, pai de João, se estabeleceu na década de 1960 para se dedicar ao comércio de café, então o principal produto do Norte do Paraná. Foi uma disputa acirrada, no campo de convencimento do eleitor e na área jurídica, expressa na diferença de votos do vencedor, o candidato representado por Denize e João, sobre seu adversário - apenas 237. E pelo grande número de processos que se estenderam até depois da diplomação do eleito. Os debates jurídicos chegaram aos tribunais superiores.

A experiência projetou Denize e João no campo da advocacia eleitoral, tornando-os referência no Paraná. Entre outros clientes, tiveram dois candidatos a governador. O casal soube compatibilizar essa frente de trabalho com outras áreas do Direito, com destaque para a empresarial, pública, tributária, trabalhista e criminal.

A graduação em Direito foi o primeiro passo de um processo de evolução permanente do casal.

Denize tem pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual

Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e cursou, entre outros: Gestão de Projetos, pela TOP Eventos; Liderança, pelo Dale Carnegie; Planejamento Estratégico para Escritórios de Advocacia, pelo International Business Communications; Capacitação em Administração Legal, pela Fundação Getúlio Vargas; e Gestão de Projetos, ministrado pelo professor Luis César de Moura Menezes. Admiradora de temas como Negociação Corporativa, participou desde 2005 dos diversos Fórum Mundial de Negociação promovidos pelo HSM. O aprimoramento na área de negociação, despertou seu interesse pelo estudo da Governança Corporativa, proporcionando a atuação jurídica no assessoramento de Conselhos de Administração de empresas privadas e de economia mista, tendo inclusive nos anos de 2019 e 2020, integrado o Conselho da empresa Sercomtel, sediada na cidade de Londrina, voltada para o setor de telefonia, internet, iluminação, e outras atividades.

João especializou-se em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidad Complutense, de Madri, e Universidade Federal de Santa Catarina, de Florianópolis; em Direito Comunitário pela Universidade de Coimbra e Estruturas e Operações Empresariais na Fundação Getúlio Vargas; e concluiu os créditos de doutoramento em Direito Tributário Europeu pela Universidad de Castilla-La Mancha, de Toledo, Espanha. Os títulos o capacitaram para ser professor palestrante, em diversos períodos, na Utah University, Utah Valley University e Westminster College, dos Estados Unidos. João fundou o Instituto Paranaense de Relações Internacionais e, entre as funções públicas que desempenhou, estão a de procurador-geral do município de Arapongas, vereador, assessor especial do Ministério do Trabalho e Emprego e superintendente regional do Trabalho e Emprego no Paraná. Foi conselheiro do Fundo de Investimentos do FGTS e integra o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, órgão da Secretaria de Fazenda do Paraná.

O Graça Advogados Associados venceu causas de repercussão nacional, como o atendimento aos clientes do Banco Santos, que teve a falência decretada em 2005, e a recuperação dos créditos

presumidos de uma grande produtora de rações do Paraná. E registra êxitos emblemáticos, como a indenização a consumidores de uma multinacional de refrigerantes e a nomeação de um professor-assistente para um aluno da UEL com má formação dos membros em decorrência do uso da talidomida por sua mãe.

Para atender os clientes - mais de 700, 95% deles pessoas jurídicas -, o Graça Advogados Associados conta com diversos colaboradores formados em instituições renomadas, distribuídos em sua sede de Londrina e sucursais de Curitiba, Brasília e São Paulo. Arapongas sediou a primeira unidade do Graça Advogados Associados, desmobilizada devido à proximidade com Londrina, que concentra os processos, sob a supervisão de Denize, responsável pela formação e coordenação das equipes. João se encarrega do trabalho de prospecção de mercado e relacionamento com os clientes.

A localização do Graça Advogados Associados, na confluência das ruas Ana Néri e Almirante Tamandaré, próximo ao Fórum de Londrina, reverencia a nobre missão da advocacia. Pioneira da enfermagem brasileira, Ana Néri serviu como voluntária na Guerra do Paraguai (1864-1870), que teve numa de suas fases Joaquim Marques Lisboa, o almirante Tamandaré, como comandante da frente naval. As origens e condução do conflito são controversas, mas a atuação desses dois personagens, movidos pelo patriotismo e amor ao próximo, simboliza o exercício do Direito, cujas frentes principais são a ofensiva em busca da Justiça e o atendimento aos que se sentem desamparados por ela.

Ad vocatus: a expressão latina que significa “aquele que foi chamado” e nomeia desde os primórdios do Direito Romano o profissional imprescindível à administração da Justiça, como reconhece a Constituição Federal em seu artigo 133, incorpora para Denize e João o sentido de missão. À qual procuram corresponder com ética, responsabilidade e inovação, princípios que movem o Graça Advogados Associados. Missão que pretendem sublimar quando se aposentarem da advocacia, exercendo plenamente o vocábulo “doutor”, pelo qual os advogados são chamados e

derivado do latim *docere* – ensinar. Ensinar às futuras gerações a essência, a prática e a beleza do Direito.

Este livro, produzido por amigos, colaboradores e clientes, conta um pouco da trajetória de duas décadas do Graça Advogados Associados.



Capítulo 1

NORMA GERAL ANTILESIVA E O PLANEJAMENTO FISCAL

DR. JOÃO ALBERTO GRAÇA

INTRODUÇÃO

A concepção de direito tributário tem obtido avanços no sentido de proporcionar práticas de redução da carga tributária e, ao mesmo tempo, restringir a prática elisiva e planejamentos fiscais abusivos.

Um grande marco para essa maior regularização ocorreu com o advento da Lei Complementar nº 104/01, que acrescentou ao Código Tributário Nacional o parágrafo único do Art. 116.

Neste contexto, e não obstante o caráter restritivo do dispositivo em referência, fundamentado no princípio da legalidade e em conceitos abertos, há uma certa ineficiência na sua aplicação, tendo em vista o confronto principiológico e os impasses da aplicação da norma geral ou especial.

Ademais, os princípios constitucionais autorizam o contribuinte a planejar e a realizar práticas lícitas que não gerem ou que reduzam o pagamento de tributos, assim como a abster-se de práticas que importem no adimplemento tributário, sob pena de que, sem lançar mão desses expedientes, perder-se competitividade.

CONCEITOS

A relação de adaptação entre o conceito jurídico e a realidade é relevante quando se trata de discutir a eficácia das normas jurídicas.

Marco Aurélio Greco preleciona em sua obra que:

“O significado de um conceito vai depender da “concepção” que se adote relativamente à realidade em consideração. Não há uma relação de inexorabilidade entre realidade e conceito. A imagem será construída em função da maneira pela qual a realidade é vista; vale dizer, da concepção que se tenha daquela parcela do mundo, o que faz

com que se pode ir desde uma fotografia precisa, até uma caricatura.”¹

Então, definir um conceito deve ser compreendido como a apresentação das características básicas que certos objetos ou situações têm em comum.

Dessa forma, os temas são os mais variados, isto é, conceitos que interferem no direito como um todo e, por consequência, influenciam a problemática tributária.

Isso posto, como em toda norma jurídica, diferente não seria a norma tributária, existindo um confronto entre o universo dos fatos e a previsão legal que procura captar parte deste universo.

DO FATO JURÍDICO NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Deve-se entender que a regra jurídica, enquanto forma de proposta originária, prevê fatos de possível ocorrência no mundo. A esses elementos, previstos anteriormente, de forma abstrata, ou seja, de forma que possa ocorrer em um futuro, dá-se o nome, para a doutrina de Pontes de Miranda, de “suporte fático”².

Quando o que fora previsto no plano normativo, ocorre no plano existencial, pode-se falar que há a “incidência”, de modo que o fato passará a ser considerado jurídico.

Nesse raciocínio, diz-se que o fato foi subsumido à norma, ou seja, previsto na norma, e ele ocorrendo, tornar-se-á um fato jurídico.

Da perspectiva exposta, decorre a divisão no mundo jurídico em três partes, quais sejam: existência, validade e eficácia.

Como cita em sua obra, Pedro Henrique Nogueira³, no plano de existência, entram todos os fatos jurídicos sem exceção; composto o suporte fático, com a incidência da norma, o fato jurídico já existe. No plano da validade, entram somente fatos jurídicos com ausência de vícios invalidantes. Já no plano da

¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2004. p. 64.

² MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações, I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 21.

³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais, Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 29.

eficácia, entram os fatos jurídicos aptos a produzirem os seus efeitos típicos. Contudo, deve-se ter em mente que, antes de qualquer incidência, precisam existir no mundo jurídico.

A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA X PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Antes ainda de adentrar ao tema proposto no presente capítulo é de igual importância a necessidade de se exemplificar e demonstrar duas ideias atuantes e ligadas diretamente com o Planejamento Tributário, quais sejam, os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada, assim como suas eventuais expansões que lhes são dadas pela legislação brasileira.

Neste panorama, o princípio da autonomia privada é uma evolução histórica que fora conquistada pelo “respeito a palavra dada”, podendo ser estabelecido como uma herança dos contratos romanos e da expressão de contrato como fonte obrigacional.⁴

Sendo assim, pode-se dizer que o princípio da autonomia privada é a liberdade que as partes têm, em determinado contrato, assunto ou planejamento, pelo exercício de sua própria vontade, de estabelecer o conteúdo e a disciplina jurídica em tutela. Nesse raciocínio é a faculdade que a pessoa detém para regular seus próprios interesses.

Pela ideologia e análise desse princípio chegamos à vertente de que a palavra dada, ou o agente que deseja realizar algum negócio, tem grande validade dentro dos limites estabelecidos pela legislação e desde que não contrarie a mesma. Esse juízo se dá pelo contexto histórico e evolutivo que se obtém no direito, com grandes influências ao ordenamento jurídico francês e alemão, sem contar do grande arcabouço advindo do Direito Romano, principalmente em questões de negócios jurídicos.

Não bastasse, a teoria jusnaturalista defende que o direito existe antes mesmo do homem nascer em sociedade, e este direito se sobrepõe às leis do homem na busca de um ideal de justiça.

⁴ MENDONÇA, Manuel Inácio de Carvalho de. Contratos no direito brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. i. p. 7.

Para Thomas Hobbes, o contrato social (pacto) cria o soberano (Estado), e todos os adeptos deste pacto legitimam o poder emanado deste, viram seus súditos, logo, devem-lhe obediência, não apenas pela legitimidade dada ao assinar o contrato, mas também por toda força concentrada no Estado, haja vista a renúncia dos homens. Ainda, Hobbes sugere em seu trabalho que, “o homem é o lobo do homem”, e sem a existência de uma convenção que “regre” a vida social, estariam todos fadados ao caos.

Esta introdução objetiva mostrar que, o agente, por si só, quando posto em convívio em sociedade, está fadado a realizar negócios (no caso, equipara-se a elisão abusiva) com o enfoque na liberalidade da autonomia privada, esquecendo-se das normas limitadoras, focando, tão e puramente, na econômica tributária.

Contudo, a autonomia da vontade pode ser definida em três princípios: liberdade contratual, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade; a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento e relatividade contratual, pactuada pela noção de vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação dos negócios jurídicos.

Assim, pode-se dizer que a autonomia da vontade é a liberdade das partes de ajustarem entre si seus regramentos para determinadas situações jurídicas, respeitando, acima de tudo, os limites da legislação vigente.

ELISÃO FISCAL E A COMPLEXIDADE DE SEUS CONCEITOS: DAS CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS E LEGALIDADE DA ELISÃO

É importante destacar, antes de tudo, que os conceitos de elisão fiscal não se encontram confluentes na doutrina, pois vários autores procuram defender que o correto seria utilizar elusão ao invés de elisão, ou então evasão lícita, entre outros.

A elisão possui inúmeros sinônimos⁵, como os quais: *economias de imposto, economia fiscal, poupança fiscal, elusão,*

⁵ VAZ, Carlos. Evasão tributária. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 12.

evasão fiscal, evasão legal, evasão legítima, negócio fiscalmente menos oneroso, elisão induzida, permitida ou organizada pela lei, elisão resultante de lacuna da lei, transação tributariamente favorecida, dentre outros.

A conceituação aos léxicos da língua portuguesa traz que o termo *elidir* é sinônimo de omitir, ao passo que *eludir* tem como sinonímia o verbo evitar.

Esta discussão levantada pela doutrina é útil, mas o importante é que esteja de acordo com o objeto a qual se refere.

Embora não haja definição jurídica própria, entende-se que a utilização de um termo ou outro é mera questão de caráter terminológico. No entanto, há necessidade de verificar as particularidades de cada conceito.

Fábio Fanucchi⁶ traz certas particularidades sobre o conceito de elisão afirmando que:

“A elisão consiste essencialmente na escolha do caminho mais econômico, sob o aspecto tributário, pelo qual o particular conduz os seus procedimentos potencialmente tributáveis; segundo, que ela só se legitima quando o particular, atingindo um mesmo resultado econômico, escolhe, em vez de forma jurídica tributada, ou mais gravosamente tributada, uma outra forma jurídica, legítima e não tributada, ou menos gravosamente tributada; terceiro, que a escolha do caminho mais econômico se faça antes da prática do ato caracterizador de fato gerador de obrigação tributária.”

A doutrina atual e a legislação, com maior relevância para as legislações internacionais (tratados e afins), vêm conseguindo resultados importantes no tratamento e formalização de conceitos jurídicos e de normas tributárias de incidência que

⁶ FANUCCHI, Fábio. Curso de Direito Tributário Brasileiro. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Editora Resenha Tributária Ltda, 1975. p. 300.

possibilitavam a elisão.

Não se trata de obter meios favoráveis ou contrários à elisão, mas de obter, por meio da legislação ou métodos jurídicos, os limites legítimos do planejamento fiscal e da elisão lícita, estes que devem coincidir com a liberdade legislativa, oportunizando uma interpretação aberta, entretanto, com os limitadores gerais principiológicos ou de barreiras (dispositivos da legislação).

Assim, as “normas antielisivas” apenas se tornam necessárias nos casos de abuso de direito, não em todo e qualquer planejamento, como já foi um dia.

Assim, considera-se que a elisão composta de legalidade é a que se obtém economia fiscal, fundada em atos lícitos, sendo que elisão não é sinônimo de omissão, uma vez que não se fala de omissão tributária, mas sim de adequação de regime, estratégia com o viés de estabelecer a economia ao agente.

Importante são as considerações de Antônio Roberto Sampaio Dória que define como uma “ação tendente a evitar, minimizar ou adiar a ocorrência do próprio fato gerador”⁷.

Neste contexto, a elisão constitui um direito do contribuinte, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei⁸. Ou seja, fora daquele conjunto de hipóteses de incidência constante dos textos legais, todos os demais atos ou componentes situam-se em uma esfera livre da tributação.⁹

A elisão não se confunde, portanto, em redução de carga fiscal, pois esta surge somente após a ocorrência do fato jurídico tributário, ou seja, quando já não há caminhos lícitos a serem adotados pelo contribuinte. Elisão fiscal somente existe se a conduta praticada anteceder a ocorrência do fato jurídico tributário.

E a isso é permitido ao contribuinte atuar com liberalidade de sua autonomia privada sempre lembrando dos limites

⁷ DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 46.

⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁹ MALERBI, op. cit. p. 75.

reguladores. Enquanto um não extrapolar o outro não há o que se falar em ilegalidade, mas sim, em estratégias de viabilidade econômica menos onerosa.

Não existe preceito legal que proíba ao contribuinte a escolha do caminho fiscalmente menos oneroso, dentre as várias possibilidades que o ordenamento jurídico oferece para a realização de um ato ou negócio jurídico. Assim, se o legislador deixou de tributar determinados fatos, ou os tributou de forma menos gravosa, o contribuinte pode optar por realizá-los, ao invés de praticar outros fatos que o legislador escolheu como hipótese de incidência tributária.

DA EVASÃO FISCAL E A NORMA GERAL ANTIELISIVA

Para muitos, a evasão fiscal traduz objetivo antagônico da norma, significando sua realização na conjugação do verbo tipológico distante daquela estabelecida pela lei. Por estas razões, nota-se a confusão do legislador ao constituir o espírito da norma antielisiva.

Para Aliomar Baleeiro “a evasão é o nome genérico dado à atitude do contribuinte que se nega ao sacrifício fiscal”¹⁰.

Isso quer dizer que o termo evasão exprime um fato de quem se subtrai a esfera de custódia, ou seja, é a fuga do contribuinte ao pagamento de um tributo.

Carlos Vaz¹¹, admite o conceito de evasão,

“A evasão tributária, em seu sentido amplo, nada mais é do que o procedimento ou a forma jurídica atípica ou anormal, pela qual o contribuinte procura, por todos os meios e modos de que dispõe, evitar, retardar ou reduzir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, ou seja, deixando de pagar o tributo, diferindo o seu pagamento ou pagando menos que o devido”.

¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução a ciência das finanças. 13ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1981. p. 152.

¹¹ VAZ, Carlos. Evasão Tributária. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Ps. 10-11.

No que se refere à sistematização da evasão fiscal, ou evasão tributária, constata-se que a mesma resulta das ações comissivas e omissivas violadoras das normas legais de natureza tributária.

Portanto, as consequências da evasão são graves, de forma a aumentar o ônus tributário sobre os contribuintes que se valem dos expedientes evasivos.

Entende-se que seu objetivo é comprimir as receitas públicas, privando o Estado dos meios necessários à execução dos serviços que se atribui, desgastando o princípio da igualdade tributária e frustrando a distribuição dos encargos fiscais, conforme a capacidade contributiva dos indivíduos.

Portanto, a doutrina, de um modo geral, entende que a evasão deve ser coibida e reprimida com intensidade, pelo governo e entidades representativas. E que se faça através de medidas punitivas e educacionais, tanto no campo interno, quanto no internacional.¹²

Com efeito, partindo para a interpretação do texto legislativo, quando o CTN, no parágrafo único do artigo 116 nos diz que “a administração pode desconsiderar atos ou negócios praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador tributário”, está se referindo à dissimulação do fato gerador em abstrato, e não à dissimulação do fato gerador em concreto.

Com efeito, o direito pátrio, dentre os mais variados modelos do exterior de qualidade inquestionável, optou por recepcionar a norma francesa.

A cláusula geral antielisiva disposta na normativa em comento, não tem correlação com a simulação porque atua no plano abstrato da definição do fato gerador e dos elementos constitutivos da obrigação tributária, impedindo que seja dissimulada a sua ocorrência mediante interpretação abusiva do texto da lei tributária.

Então, para que ocorra a hipótese de incidência da norma autorizadora da desconsideração é indispensável: 1) que exista a definição legal desse fato gerador, tipicamente descrito; e 2) que, materialmente, ele ocorra, embora dissimuladamente.

¹² DÓRIO, op. cit., p. 26.

Ademais, tal dispositivo não é autoaplicável, ou seja, necessita de lei ordinária específica que trate dos procedimentos utilizados pelo Fisco na desconstituição dos atos ou negócios jurídicos celebrados pelo contribuinte.

Neste panorama, a contestação da norma, pelos aplicadores do direito, é de suma importância, a fim de alertar a violação de diversos princípios e garantias fundamentais (constitucionalmente assegurados), não permitindo a normatização do dispositivo e até mesmo a sua declaração de constitucionalidade.

A Carta Magna, em seu Art. 2º, determinou a independência e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, apontando tal princípio como cláusula pétrea (Art. 60, §4º).

Como é sabido, via de regra, ao poder legislativo incumbe a criação de lei, ao executivo, a execução dessas, e ao judiciário, a sua aplicação no mundo jurídico. Entretanto, o parágrafo único do Art. 116 do CTN, autoriza ao agente fiscal (representante do poder executivo) criar leis e a deixar aplicá-las, situação que exorbita sua competência constitucional.

Por oportuno, transcreve-se o entendimento do professor Leandro Paulsen sobre a presente temática:¹³

“(...) o referido dispositivo despoja o Congresso Nacional do poder de produzir e transforma o agente fiscal em verdadeiro legislador, para cada caso aplicando-o, não a lei parlamentar, mas aquela que escolher. Afeta, o artigo 116, uma outra cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso II), que é a separação dos poderes, pois autoriza o representante do Fisco a deixar de aplicar a lei ao fato a que se destina, e a escolher, no arsenal de dispositivos legais, aquele que resulte mais oneroso, a partir presunção de que o contribuinte pretendeu utilizar-se da ‘lei’ para pagar menos tributos. Como pelo novo artigo 116, não é a lei

¹³ PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 2005. P. 943.

que deverá ser aplicada à hipótese impositiva, mas sim a intenção do agente de obter mais tributos, qualquer lei, apesar de rigorosamente seguida pelo contribuinte poderá ser desconsiderada, para dar lugar à aplicação daquela que representar a maior incidência. A figura da ‘elisão’, diversa da ‘evasão’ - aquela objetivando a economia legal de tributos e esta a ilegal - deixa de existir o direito brasileiro. Pela nova forma, nenhum contribuinte terá qualquer garantia, em qualquer operação que fizer, pois, mesmo que siga rigorosamente a lei, sempre poderá o agente fiscal, a luz do despótico dispositivo, entender que aquela lei não vale e que o contribuinte pretendeu valer-se de uma ‘brecha legal’ para pagar menos tributos, razão pela qual, mais do que a lei, a sua opinião prevalecerá. Se não vier a ser suspensa a eficácia dessa norma pelo STF, em eventual exercício de controle concentrado, o direito tributário brasileiro não mais se regerá pelo princípio da legalidade, mas pelo princípio do ‘palpite fiscal’”

Nota-se que a legislação conferiu ao agente público largo poder discricionário. Esse, de acordo com seus pré-conceitos, poderá entender pela ilegalidade de determinados atos sem, contudo, ter provas suficientes.

Outra questão criticável no dispositivo de “norma antielisiva” é a inversão do ônus da prova. Normalmente, a comprovação do negócio jurídico simulado, considerando as regras do Código Civil, deve ser alegada em ação própria, cabendo ao requerente a comprovação da simulação. Entretanto, o parágrafo único do Art. 116 do CTN, permite, ao servidor público, deliberadamente, anular ato jurídicos “viciados”, incumbindo, em contrapartida, ao contribuinte comprovar que não houve ilegalidade.

Infere-se que a Administração Pública, na tentativa de cobrir suas despesas, avança contra o contribuinte, a fim de obter

uma maior arrecadação. Dessa forma, o tributo deixa de ter uma natureza razoável de sustento dos serviços públicos, passando a uma grosseira invasão do patrimônio do cidadão, situação contrária aos princípios constitucionais.

Em contrapartida, o Poder Legislativo, apesar de independente, por pressões políticas, acaba por, cada vez mais, aprovar normas, leis ordinárias, leis complementares e até emendas constitucionais, que conferem legitimidade à fúria arrecadatória do governo.

Salienta-se que não se está defendendo a evasão fiscal, mas sim alertando para o risco que corre o contribuinte em praticar a elisão fiscal de forma irrefletida ou sem uma adequada assessoria tributária. Nota-se que, nos termos do Art. 116 do CTN, poderá a fiscalização, após analisar a documentação da empresa, supor ilegalidades que simplesmente colocaram o contribuinte na condição de “acusado”, devendo, esse, comprovar a origem, fundamentação e legalidade de seus atos.

CONCLUSÃO

Constata-se que na doutrina há discussão, entre os autores, em conceituar os termos elisão e evasão fiscal, muito embora se verifica a preocupação doutrinária, não no conceito propriamente dito, mas na delimitação de seus efeitos.

Nota-se também a importância do tema abuso de direito que caminha no mundo jurídico tributário com relevâncias sociais e econômicas, sendo este argumento em contrapartida à liberdade do cidadão em realizar seus atos e negócios jurídicos.

Diante disso, pode-se observar que, embora as leis tributárias visem coibir ou reduzir o impacto econômico, a prática elisiva resulta em uma perda significativa de arrecadação para o Fisco.

Entretanto, o contribuinte, considerando os direitos e garantias expostos na Constituição Federal, possui total liberdade de agir na sociedade, excepcionada, apenas, quando lei específica dispuser de forma contrária.

Dessa forma é natural e salutar que os empresários, especialmente no campo do direito tributário, utilizem-se de

todas as possibilidades da legislação para, evitando-se o fato gerador do tributo, reduzam sua carga tributária.

Note-se que é de suma importância o conhecimento dos princípios constitucionais tributários, assim como do nascimento e formação da relação jurídico-tributário, já que protegem e asseguram ao contribuinte contra a invasão patrimonial arbitrária do Fisco.

Nesse sentido, verificou-se que a distinção entre um planejamento tributário lícito (elisão fiscal) e ilícito (evasão fiscal) está, justamente, na legítima fuga da concretização, no mundo dos fatos, da hipótese de incidência, ou seja, do nascimento do fato gerador.

Como elucidado, durante o presente capítulo, o planejamento tributário lícito é direito constitucional do contribuinte, não cabendo qualquer restrição do Estado. Contudo, diante do aumento das despesas governamentais, cresce a fúria arrecadatória do Fisco, bem como a pressão sobre o contribuinte ao pagamento, cada vez maior, de tributos, chegando ao ponto de proibir, até mesmo, a elisão fiscal.

O Art. 116, parágrafo único, do CTN, acrescido pela Lei Complementar n.º 104/2001, chamada de norma antielisiva, permite ao Fisco desconsiderar atos ou negócios jurídicos que visem dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo.

Notem a discricionariedade que a legislação confere ao agente público, pois o permite, de acordo com seus pré-conceitos, desconsiderar e punir o contribuinte sem provas concretas, considerando apenas indícios. Pontua-se que essa insegurança é totalmente rechaçável pelo ordenamento jurídico, devendo o Poder Judiciário decretar a sua inconstitucionalidade.

Contudo, infelizmente, normas antielisivias se tornarão, cada vez mais, comuns em nosso ordenamento jurídico, assim como a violação dos direitos constitucionais, caso não ocorra uma mudança de pensamento dos dirigentes, já que o Estado “tem como fundamento o povo e foi criado para o povo” (cidadão).

REFERÊNCIAS

- GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 64.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**, Campinas: Bookseller, 1998, p. 21.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**, Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 29.
- MENDONÇA, Manuel Inácio de Carvalho de. **Contratos no direito brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 7.
- VAZ, Carlos. **Evasão Tributária**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 12.
- FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Editora Resenha Tributária Ltda., 1975. p. 300.
- DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e Evasão Fiscal**. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 46.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1981. p. 152.
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 2005. p. 943.





Capítulo 2

O DESAFIO DA ADVOCACIA EMPRESARIAL NA CONTEMPORANEIDADE

DR. URBANO VITALINO NETO



INTRODUÇÃO

Os princípios que definem o comportamento do Direito no Brasil estão em intensa transformação nas últimas três décadas. O surgimento de novos sub-ramos jurídicos, exigência maior dos clientes em relação às informações gerenciais, demandas com especificidades mais complexas, com maior volume e agilidade em processos exige, cada vez mais, a implementação de sistemáticas mais robustas e inovadoras para exercer a advocacia.

Nas últimas décadas surgiu a necessidade de construir novos modelos de atuação jurídica, com a colaboração dos novos códigos, civil e processo civil, legislação societária, de defesa do consumidor, de defesa do meio ambiente, proteção de dados etc. Nesse cenário, consolidou-se de fato uma figura jurídica, chamada Direto Empresarial, de grande importância para a harmonização das relações socioeconômicas, pois dentro dela são desenvolvidas ações e relações jurídicas de cunho tanto consultivo como contencioso.

A advocacia contemporânea está, portanto, diante desses desafios de atuar de forma coerente e inventiva, em todas as áreas que englobam a construção do Direito atual. Encaramos esse desafio com a necessidade de preservar os valores tradicionais, harmonizando suas ações com os novos conhecimentos que a tecnologia nos fornece. Este é um desafio da atualidade e, para enfrentá-lo, dispomos de ferramentas e conhecimentos que norteiam nossa atuação, dentro de aspectos que rapidamente se transmudam e se moldam a uma realidade em constante transformação.

A construção tradicional do Direito tinha por base a prática em função da capacidade e habilidade técnica do profissional, limitada a uma realidade estática. Essa abordagem começou a ser alterada com as inovações tecnológicas e evoluiu bastante, uma transformação no exercício da advocacia, tornando-se abrangente.

Com o desenvolvimento econômico e as mudanças de pensamento e de conceitos do mundo moderno, passou a ser exigido um novo modelo de advocacia, em função das

necessidades da própria sociedade. Por isso, é imprescindível o profissional e os escritórios terem uma gama de competências e habilidades, atuando com criatividade e inovação, para trazer soluções para seus clientes.

DESAFIO DA PROFISSIONALIZAÇÃO

A nova realidade das relações comerciais e com a nova geração empreendedora fez com que nosso ofício se entenda como um negócio estruturado e profissionalizado; e, diante desse novo desafio, escritórios e advogados precisam se adequar em todos os quesitos ao mundo empresarial tecnológico e volúvel. Este é um fator novo para o qual sabemos que o setor jurídico não estava preparado, seja a advocacia, seja o Judiciário como um todo, aí envolvidos o Ministério Público, juízes, tribunais, servidores, entre outros. A expansão do mundo jurídico enquanto mercado é orgânica e inevitável, afinal, o fluxo natural do setor empresarial é trabalhar com aqueles que fazem entrega com resultado, de forma célere e com o profissionalismo necessário.

Faz-se assim essencial a um bom escritório no cenário da advocacia atual ter forte profissionalização, com bases firmadas, que acabam por definir sua qualificação e qualidade, pois as exigências são de transformação, foco em qualidade e velocidade de entrega. É minorada a percepção da fidelidade ao escritório com o qual se trabalha há décadas ou o apelo às questões pessoais, por exemplo. O cliente almeja atendimento com um bom custo, eficácia e a agilidade que o cenário global demanda. O tempo investido, em uma sociedade de advogados que não se moderniza, é um investimento que negócio algum está disposto a perder.

É preciso, assim, ter estrutura de gestão interna e fluxos de trabalho bem delineados, manter advogados qualificados, profissionais multidisciplinares em áreas específicas do escritório, saber conquistar e manter clientes e desenvolver um processo de gestão complexa e inovadora, auxiliando a administração das empresas através de informações e dados estatísticos e gerenciais.

Essa Governança Corporativa dentro dos escritórios

abarcas diversas etapas e questões que variam do básico ao mais complexo. Seja questões como atendimento aos clientes, fases de implantação e condução das atividades para as empresas, marketing e publicidade, financeiro, gestão de pessoas, estudo de mercado, entre outras. No entanto, ela deve ser pensada ainda de forma macro com a estruturação de metodologias de trabalho, processamento de ações e sistematização das demandas, avaliações dos resultados, entre outros passos que compõe esse ciclo de atuação jurídica com a organização.

Essa modelagem corporativa é a base da advocacia moderna que deve adotar estrutura administrativa mais dinâmica, especialmente em termos de gestão de pessoas. E, para implantação de novas composições de trabalho, automatizadas e profissionalizadas, é importante para os advogados e escritórios de advocacia analisarem primeiramente os procedimentos internos para poderem redesenhá-los. Quando você avalia os métodos do que faz, entende como funciona o fluxo dos trabalhos e enxerga como melhorá-los e potencializá-los. Por outro lado, temos a tecnologia e a automação, claro, que chegam para ajudar a advocacia na contemporaneidade.

Sob essa perspectiva, temos ferramentas e sistemas no dia-a-dia que podemos utilizar para facilitar nossas atividades. Elas deixam as operações mais eficientes e precisas, como mecanismos de automação e repositórios de informação e textos de jurisprudências. Com acesso online, tornam a prática mais fácil e trazem mais agilidade em etapas de execução dos trabalhos, que antes exigiam a atenção de diversos profissionais para conclusão.

Trabalha-se muito hoje com a jurimetria para o levantamento de dados estatísticos para subsidiar a tomada de decisões, seja pelo escritório de advocacia, seja pela empresa, uma vez que decidir em cima de dados estatísticos é bem mais seguro do que o método intuitivo antes aplicado, afastando as incertezas e o método empírico de gestão.

Da mesma forma, a infraestrutura e metodização do ciclo

de trabalho são também diferenciais importantes na advocacia hoje. Elas proporcionam a visão adequada de todo procedimento interno para estabelecer até a posição e relocação da equipe. Pode-se fazer isso com a realização de estudos e adoção de novas lógicas para potencializar as ações por advogados e um sistema de segregação de função, por exemplo. Antigamente, havia algumas máximas que limitavam implementações de ações otimizadas nos escritórios e, por isso, essas premissas precisam ser repensadas hoje.

Essa compreensão dos mecanismos traz possibilidades para automatizar e inovar, que vão além da implantação de tecnologias que envolvem robôs e Inteligência Artificial. Há distintas formas de enxergar e adotar táticas que possam melhorar as etapas de trabalho, disponíveis para escritórios e advogados. Existem caminhos que podem ser tomados no cotidiano e técnicas a serem adotadas, por exemplo, para acompanhamento processual. Com investimento em inovação, tecnologias e outras agendas nas condutas de trabalhos, pessoas serão focadas em atividades mais importantes na escala de serviço, haverá mais independência nas atividades e os resultados serão maiores.

Com isso, tem-se muito mais produtividade em comparação com as operações do passado, quando era necessário procurar informações dos clientes e dos processos nos Diários Oficiais, num exercício puramente manual. A prática mais profissionalizada e automatizada nos escritórios pode ainda envolver experiências enriquecedoras com uma equipe multidisciplinar, para alcançar a meta de proporcionar resultados mais assertivos aos clientes e menos passíveis de erros.

No caso do Urbano Vitalino Advogados, por exemplo, o escritório conta com matemáticos, cientistas de dados, doutores em inteligência artificial, programadores e estatísticos, que aplicam a ciência e modernização nas mais diversas áreas nas quais o escritório atua, e que dão resultado. Porque essa adaptação de advocacia numa consultoria empresarial tem um novo conceito e aporte de processos de gestão e políticas diferenciadas. Porém,

toda essa sistemática tem de unir qualidade e profissionalismo em qualquer circunstância, mesmo diante de volume, e isso vem sendo feito com o constante investimento em tecnologia e inovação.

SUAS DIFICULDADES E SUPERAÇÕES

Encaramos as adaptações de uma sociedade à contemporaneidade que exige muita objetividade. Então, as empresas precisam que os advogados estudem soluções para seus casos e apresentem propostas de forma prática para auxiliar na gestão dos seus negócios. Diante disso, vislumbramos novos ramos e configurações do Direito a caminho, para atender à moderna exigência com novos hábitos, formas de pensar e legislações. Contudo, ficamos atrás de outros mercados, se não assumirmos que nossa atividade precisa entender-se como um negócio. E o resultado concreto disso é um incremento dos escritórios full service, com maior demanda na advocacia de volume e ainda uma atuação muito forte na advocacia especializada.

Naturalmente, o escritório exclusivamente especializado sempre existiu e vai continuar existindo, entretanto, esse formato será mais enxuto e composto por profissionais com um grau de especialização maior do que já temos. Para esse foco do Direito, ainda se voltam indivíduos e pequenas empresas quando precisam de apoio em questões relacionadas às questões mais pessoais, por exemplo. Todavia, estamos falando de um conceito novo para algo que já fazíamos no Brasil e que ganhou nova modelagem. E essa apresentação segue um formato europeu que ainda prima pelo relacionamento pessoalizado com o cliente, o conhecimento técnico mais focado naquele ramo e demanda de complexidade. Entretanto, cada vez mais, eles devem ter essa preocupação de adequar-se à nova realidade, pois o dinamismo tecnológico e a necessidade de automação também irão chegar nessas áreas especializadas.

Em virtude das demandas do mercado e da própria sociedade, já existem novas experiências que mostram transformação, mesmo que a passos lentos, dessa primeira modalidade nos Estados Unidos e na Europa. Por outro lado, o mercado tem focado na perspectiva

de grandes escritórios, em parte, porque atendem as emergências mais imediatas e objetivas de corporações em processos em grande quantidade, ou porque têm profissionais para o atender, independentemente do problema ou, ainda, porque isso os auxilia a ter uma visão geral e macro de sua empresa. E, com o tempo, novos conceitos vão se inserindo e se moldando ao exercício do Direito, globalmente. Credibilidade, inserção social, sustentabilidade, eficácia, ética e conduta passam a ser incorporadas como uma normativa fundamental no relacionamento e na captação de negócios e parceiros nas empresas, inclusive a advocacia. Então, governança corporativa, due diligence, compliance e enquadramento nas especificidades da Lei de Proteção de Dados (LGPD) são meras commodities, que serão inerentes a qualquer sociedade de advogados que atue profissionalmente.

Caminhamos assim no Brasil para um cenário de mercado que encara todos esses aspectos como uma vantagem competitiva. As organizações com as quais trabalhamos, ou com que vamos trabalhar, querem se proteger mais do que nunca de futuros riscos. Querem em nenhuma circunstância complicações de reputação, empresarial e jurídica, diante da opinião pública, do consumidor e de possíveis investidores. O risco de trabalhar com uma sociedade de advocacia sem credibilidade e seriedade é muito grande, o que pode afetar o profissional, o escritório e a empresa.

Por isso, resistências com atividades que ferem a ética estão sendo adotadas por multinacionais e, progressivamente, por empresas nacionais. Elas estão se adaptando e reinventando ao modo operante de todo um sistema de mercado que não abre brechas. Por isso, já existem scripts legais dentro da perspectiva de compliance e das novas leis, como a LGPD, para orientar as empresas que forem atingidas em situações delicadas no contexto atual, por exemplo. E esta também é a nova premissa no cenário atual da advocacia: inovar, investir e reinventar-se a todo tempo, especialmente em áreas nas quais as demandas apresentam alta.

A experiência própria do Urbano Vitalino Advogado demonstra que é possível crescer valorizando os princípios éticos,

pois é isso que dá credibilidade à atividade socioeconômica do empresário. Por isso, advogados e escritórios estão sob constante avaliação e são ranqueados com base em métricas de comparação e eficácia dos seus serviços e sua capacidade de realização de soluções para as organizações, de acordo com as premissas de atuação que foram estabelecidas entre o escritório e os clientes. Este é um fator novo para o qual a advocacia não estava preparada, mas que sempre esteve dentro da perspectiva do mercado corporativo.

Da mesma forma que a tomada de decisões se tornou um desafio mais do que pontual para as organizações, a adoção de posturas mais céleres da advocacia passou a ter a percepção mais atrativa para as empresas, juntamente com a implementação das condições para tais fins e a implantação de governança corporativa. Percebendo-se o novo cenário e adequando-se aos novos requisitos, escritórios e advogados podem assim adquirir experiências distintas. Essas demandas de um mercado global estão contribuindo para uma transformação sem volta do Direito no Brasil e melhorando nossa gestão de conhecimento e processos.

Iniciamos em nosso escritório, ao desenvolvimento do UrbanoLabs, uma divisão de tecnologia no Porto Digital, parque tecnológico que figura como um dos principais polos de tecnologia do país. O programa iniciou facilitando as tarefas mais repetitivas no contencioso de volume e já está fazendo adaptação de outras áreas de atuação da advocacia, em especial da especializada, para essa nova realidade. A meta é estar alinhado com as tendências societárias e contratuais e melhorar nossas formas de desenvolvimento de peças para processos judiciais e aperfeiçoar a gestão de conhecimento, por exemplo.

PERSPECTIVAS ATUAIS E FUTURAS

Essa revolução de conectividade na sociedade pela qual o mundo está passando traz muitas exigências e mudanças para todo o mercado, em diversos quesitos e variadas escalas.

Por isso, não adianta acreditar que isso tudo está associado, exclusivamente, com transformação tecnológica. Da mesma forma, não se deve pensar que basta aplicar essa condição que irá melhorar seus processos de trabalho, se você não sabe muito bem para que essa inovação lhe servirá ou terá mais eficácia. Acreditar também que irá potencializar sua atuação apenas automatizando, introduzindo novas ciências e estabelecendo uma gestão de governança corporativa. Os esforços podem cair por terra se tudo não estiver integrado de forma harmoniosa, alinhados e com objetivos delineados e bem definidos, em resumo, há necessidade de se saber aonde se quer chegar para aplicar a tecnologia em seu favor nesse aspecto.

Naturalmente, esse eixo é imprescindível. Mas, deve ser primeiramente analisado e aplicado dentro de uma sistemática que atenda às necessidades mais urgentes e que não atrapalhe as etapas do trabalho. E, progressivamente, cada implementação deve ser reavaliada em um prazo que se adeque melhor ao tempo de cada ambiente de trabalho para melhorar o que for conveniente. Mais importante do que estar por dentro dessas novas premissas, é essencial saber por que mudaram e a extensão na atuação, inclusive na forma de se expressar e nas características do profissional, que eram antes admiradas.

Hoje, mudou-se a visão de negócios e relação entre empresas e advogados, com estratégias de contratação que passam pela questão de confiança, custos dos serviços, qualidade da entrega e tempo na solução dos problemas. O mercado acabou impondo novas estratégias aos escritórios de advocacia, com posturas agora convencionais como a cotação de serviços. Essa conjuntura de prospecção também envolve qual a abordagem para solução do problema e ajuda a definir, em parte, as decisões de contratação. E isso está relacionado diretamente ao formato de atendimento, que é mais dinâmico, e em conformidade com formas de governança evoluídas.

A atividade intelectual ainda é muito preponderante em comparação com as capacidades operacionais necessárias em

outras áreas da advocacia. Contudo, a aplicação de sistemas que controlem e ajudem a distribuição das informações é um requisito base para a agilidade, especialmente em esferas como a advocacia de volume. As políticas de trabalho exigem que o escritório corrobore que tem controle do nível de acessos a dados, capacidade de entrega diante de prazos apertados, percepção de movimentos off e online e políticas de compliance e governança para dar tranquilidade aos clientes.

Então, atualmente, não basta o advogado ter uma completude adequada, ser ético, ser benquisto ou admirado por todos no mercado. Tudo isso, aliado a um programa de governança difundido internamente e à comprovação de uma estrutura multifacetada, é que dá o tom do advogado moderno e profissional.

Os primeiros contatos com os clientes já contam com uma rotina diferenciada das equipes que interagem de uma forma mais dinâmica. E hoje essa integração acontece em tempo real, mais frequentemente e através de reuniões virtuais.

Essa transposição positivamente quebra barreiras devido à redução da presença física em cada cidade do país. E a grande vantagem com isso é a possibilidade de as sociedades de advogados atuarem em outras áreas geográficas sem a necessidade de sedes em extensão nacional ou internacional. Um universo de oportunidades se abre com o controle dos serviços e sua concretização realizada virtualmente e com o aporte de parcerias para representação externa. A nova realidade de atuação, a automatização da justiça, a velocidade de comunicação virtual e a delegação à distância proporcionam facilidade e sinergia muito maior para o cliente e os advogados.

As pessoas continuam se relacionando normalmente nesse cenário, no entanto, mudou a maneira como elas se relacionam, inclusive para tomada de decisão. Por isso, entender a psique humana e saber aplicar isso no seu dia a dia é importantíssimo nas deliberações dos clientes e das organizações. A advocacia já era um processo de tomada de decisão e de disputa para resolver algo, seja a favor de um ou de outro cliente. Entretanto, requer

uma nova dialética focada em um objetivo mais concreto e que envolve interpretar o cliente, saber o que ele quer, qual o objetivo da empresa junto ao seu jurídico e como se pode auxiliar nos processos gerenciais.

É uma negociação na qual a decisão será definida ainda pelo entendimento do que ele está disposto, perceber o que é confortável para ele e transmitir segurança em todo esse processo. Sem essa compreensão e uma perspectiva jurídica inovadora, o advogado não terá condições de entregar ao cliente aquele conhecimento e recomendação assertiva que ele precisa no assessoramento. Claro, uma série de fatores corporativos precisa ser cumprida para participação nessa diligência com multinacionais, grandes empresas e grupos. Mas, com uma lógica de gestão, desconstroem-se velhas máximas e desenham-se novos movimentos que vão estruturar melhor empreitadas complexas e a execução de tarefas simples.

O foco deve ser uma premissa importante em cada etapa, como o cadastramento de clientes conduzido por um grupo responsável por novas demandas e triagem. Deve ser conduzida com a mesma conduta na coordenação das equipes de advogados de audiências, de redação, mesmo com máxima especialização, entre outros. Para um grupo segmentado de advogados, deve-se direcionar outras atividades como o desenvolvimento de peças, atendimento ao cliente e participação em audiências. Estruturar a criação de um fluxo de trabalho é uma grande vantagem no mercado.

Como não havia no mercado nenhum ordenamento, essa criação de uma logística própria na advocacia também contribui para potencializar as habilidades dos profissionais e dos colaboradores em cada categoria e passo do trabalho. Com um modelo de gestão, pequenos detalhes fazem uma enorme diferença no cotidiano do estafe e no controle das demandas separadas por categoria. Contudo, deve-se lembrar que, sob a perspectiva de organização dos escritórios, deixou-se de se dividir pelos ramos do Direito e adotou-se uma sistematização por práticas da advocacia.

Desta forma, com as especializações, também é possível potencializar a atuação e as habilidades dos profissionais e dos colaboradores, quando mantemos a proposta de escritório full service. Oferecer todos os serviços advocatícios, com uma qualidade ímpar, traz praticidade nos processos dos clientes, com a estruturação de uma comunicação específica com um único escritório, com diferenciais e especialidades distintas. Mais do que o dia a dia do escritório em si, na advocacia moderna trata-se da vida do cliente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O marco da advocacia continua sendo a capacidade de solução de problemas e o diferencial do advogado ainda é atuar para prover soluções. Contudo, interfaces arrojadas entraram em evidência com as novas ferramentas jurídicas, legislativas e tecnológicas; as demandas atuais e a percepção de uma governança corporativa pelas empresas trouxeram à tona uma série de necessidades de resultados antes relegados ou jamais pensados ou metrificados pelos empresários.

Tais carências acarretaram mudanças de paradigmas e transformações além do imaginado, porém, cabíveis à nossa atuação no cenário atual. Só precisamos romper as próprias barreiras diante da visão do nosso exercício do Direito neste mercado.

A partir de agora, o tradicionalismo e a percepção da profissão serão sempre confrontados com a necessidade de modernização das práticas. Seja para se enquadrar no padrão de cobrança que o mercado já utiliza para outros serviços, seja para não perecer, o advogado precisa superar suas restrições, pois ainda temos essa liberdade.

Naturalmente, a maioria dos profissionais e escritórios ainda está começando a encarar esses desafios antes distantes dessa realidade, e agora mais próximos, até mesmo daqueles com atuação consolidada. Diante da nova vivência, teremos de ser criativos, com postura de natureza deontológica, para nos adaptar e aplicar esse novo contexto em nosso cotidiano. Isso

será mais genuíno para aqueles que estiverem começando suas carreiras ou seus escritórios e, dessa forma, não têm condições de realizar grandes investimentos. Afinal, na maioria dos casos, os custos são altos para investimentos em sistemas tecnológicos ou equipes multidisciplinares que ajudem em seus processos.

Dentro dessa perspectiva moderna, temos convicção de que não haverá sociedade de advogados que subsista sem uma base mínima de inovação, qualidade, profissionalização e constante atualização em tecnologia na contemporaneidade. A capacidade de realização e de soluções para as organizações dependerá inclusive desse investimento, futuramente. Algo factível ao consideramos que ações, processos e casos judiciais já estão caminhando, mesmo que lentamente, para essa modernização dentro do judiciário. Por isso, manter um aporte tecnológico, um desenho de inovação, uma gestão de governança e uma equipe multidisciplinar contribuem com a meta de proporcionar resultados mais assertivos aos clientes.

Enquanto o resto do mundo já atua de forma global com perspectivas do marketing 5.0, conceito do especialista norte-americano Philip Kotler, o Brasil está finalmente adotando a Advocacia 4.0. Esta carrega uma complexa rede de interpretações e atuações, além da gama de possibilidades que irão nos preparar para o futuro. Porém, em todos os contextos está a produtividade como o meio para alcançar o fim que o cliente almeja. Para a preparação a tal realidade, é essencial analisar internamente todos os tipos de processos, as etapas necessárias e os devidos prazos que estão a cargo de cada grupo. Sistematizar a otimização de dados para gerenciar as atividades e trabalhar com equipes melhor coordenadas e mais produtivas será a rotina.

Desta forma, ficará cada vez mais fácil avaliar o encaminhamento e a produtividade em cada etapa e setor. E, quando começamos a medir, conseguimos melhorar nossas mecânicas organizacionais e experiências. O efeito disso é reputação e confiança que hoje passa a ser um pouco despersonalizada de nome ou indivíduo e mais direcionada ao

escritório, enquanto organismo profissional. Nesse mercado, o crédito das empresas se molda definitivamente a todo o composto que envolve um escritório de advocacia. E ele é efetivamente mostrado a partir de algumas credenciais, práticas e certificados construídos e conquistados ao longo do tempo.

Os resultados advindos do alinhamento entre os interesses da empresa e a adequação da sociedade de advogados com o uso de inovação, criatividade e tecnologia – aliada a um corpo profissional e a gestores capazes de fornecer informações que ajudem o gestor na administração do seu negócio – virá naturalmente, redundando em expansão dos negócios da empresa e das habilidades do escritório, trazendo benefícios mútuos para ambos.

Ao longo dos anos o Urbano Vitalino Advogados adotou uma forma de pensar a advocacia com domínio de habilidade técnica e uma visão geral de mundo a mais vasta possível. Por isso, o escritório agrega a ideia do conhecimento com inovação, excelência e agilidade na atuação, todos devendo se pautar pela ética junto ao mercado, ao Judiciário e aos profissionais envolvidos. É o momento de identificar e enfrentar os desafios da Advocacia Empresarial Contemporânea, pois para contribuir positivamente nesse processo de construção do novo Direito não podemos estagnar, uma vez que a única coisa que sabemos não ser permanente é a mudança.

REFERÊNCIAS

- 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 2020.
- FERREIRA, Tiago. A Deontologia Jurídica e a sua Aplicação no Âmbito do Direito Moderno. *Portal Jurídico Certo*, Bahia. Disponível em: <https://juridico-certo.com/p/tiago-ferreira/artigos/a-deontologia-juridica-e-a-sua-aplicacao-no-ambito-do-direito-moderno-4268>. Acesso em: 09 de Agosto de 2020.
- HENRIQUES, Andréia. Butique jurídica cresce e é modelo de especialização. *Âmbito Jurídico da OABSP*, São Paulo. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/butique-juridica-cresce-e-e-modelo-de>. Acesso em: 10 de Agosto de 2020.
- MACEDO, Silvio de. (1965). Introdução à deontologia jurídica. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 61(1), 158-164. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66502>
- 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 2020.
- 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: 06 de Agosto de 2020.
- OLIVEIRA, Felipe da Rocha. Sociedade digital e a Lei de Proteção de Dados – aplicação da LGPD fora do ambiente digital. *Portal Jus*, São Paulo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76266/sociedade-digital-e-a-lei-de-protecao-de-dados-aplicacao-da-lgpd-fora-do-ambiente-digital>. Acesso em: 05 de Agosto de 2020.
- O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea. *Portal Jusbrasil*, Bahia. Disponível em: <https://www.barrosmelo.edu.br/clipagem/urbano-vitalino-advogados-fala-sobre-o-uso-da-inteligencia-artificial-no-idpsp>. Acesso em: 20 de Agosto de 2020.
- Quais são as características da advocacia 4.0? *Portal InContract*, Santa Catarina. Disponível em: <https://www.incontract.com.br/advocacia-4-0/>. Acesso em: 22 de Agosto de 2020.



Capítulo 3

RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO! QUANTO TEMPO?

DR. VANDERCI ALVAREZ



TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO

“Justiça que tarda é severa injustiça”
Ministro Luiz Fux, Presidente do STF).

Vivemos num país extremamente demandista; tanto é assim que no ano de 1992, tramitavam 3,5 milhões de processos na esfera estadual do Estado de São Paulo; em 2002 esse número ascendeu à casa dos 10 milhões de processos e em 2016, o registro foi de 26 milhões de processos.

É certo que a adoção dos meios tecnológicos e a ascensão dos casos resolvidos pelos métodos adequados da mediação e conciliação, principalmente no campo pré-processual, reduziram sensivelmente aquele crescimento quase geométrico e, hoje, estamos por volta dos vinte (20) milhões de processos.

Porém é preciso registrar que o aumento do número de processos está na razão direta das conturbações econômico-sociais e, principalmente nesta quadra, da fase pandêmica que estamos vivendo no cenário mundial, e mais intensamente no nosso país.

E, como professa o juiz norte americano, John Clifford Wallace “*não é a ampliação do quadro de juízes que resolve o problema dos gargalos no serviço da prestação jurisdicional e torna o Judiciário mais célere e eficaz, mas a combinação entre mediação e gerenciamento, adaptada à cultura de cada país*”.

Ele afirmou que, nos EEUU, na Corte do 9º Circuito da Flórida, onde ele exercia suas funções, de cada dez (10) casos, nove (9) eram resolvidos pela mediação. A exigência para que o processo se desenvolva dentro de prazo razoável, vem ditada como princípio de nobreza constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna de 1988, ao afirmar que a “*todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação*”.

O Código de Processo Civil de 2015, também trouxe inscrito o caráter principiológico do processo, ao prescrever no artigo 4º: *“As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”*.

Na feliz expressão do ínclito Presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, Ministro LUIZ FUX¹⁴, *“Justiça que tarda é severa injustiça”*.

*“Permitir que litígios se eternizem no Judiciário é um ato atentatório à dignidade da pessoa humana e viola o princípio da razoável duração dos processos”*¹⁵.

O escritor e conselheiro francês Jean de La Bruyère, que viveu de 1645 a 1696, deixou inscrita frase lapidar a respeito da demora no processo como causa de flagrante injustiça: *“Uma condição essencial da justiça que devemos aos outros é fazê-la prontamente e sem demora; fazer esperá-la é injustiça”*.

E o artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, dissemina dever dos participantes do processo: *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

○ QUE SE DEVE ENTENDER POR PRAZO RAZOÁVEL?

Não há convergência quanto ao tempo em dias úteis que seria necessário para vencer todas as etapas do processo judicial.

Numa leitura complacente dos prazos estabelecidos no novo Código de Processo Civil, para prática de todos os atos até sentença final de mérito em 1º grau, esse prazo razoável deveria corresponder a 180 dias úteis.

E, para o exame em 2º grau de eventual recurso manejado contra a sentença de mérito, seriam necessários 90 dias úteis; a soma corresponderia ao período de pouco mais de um ano, se considerarmos os dias úteis¹⁶.

Exigir-se de juízes e desembargadores nesses prazos o

¹⁴ “In” Revista Veja, edição nº 2.704 – ano 53 – nº 38, de 16 de setembro de 2020, pg.15, 1ª coluna.

¹⁵ (Fábio Medina Osório, Presidente do Instituto Internacional de Estudos do Direito do Estado).

¹⁶ No ano de 2020 a previsão de dias úteis corresponderia a 253 dias, segundo informações obtidas no GOOGLE.

cumprimento da prestação jurisdicional plena, nesta quadra, com o número de processos exagerado que lhes compete, seria desumano e praticamente impossível ou quase impossível.

Para que esses prazos possam ser vencidos, com satisfação plena, é preciso que tivéssemos gerenciamento profissional das disputas, e que numa mudança de mentalidade exigível, os conflitos que admitem transação e se encaixam na resolução autocompositiva, fossem enfrentados pelos mediadores e conciliadores plenamente capacitados, preferencialmente através do procedimento pré-processual; *e somente os conflitos restantes (que não são poucos), recebessem solução através do meio adjudicatório por sentença ou acórdão.*

Não tenho dúvida alguma de que mais da metade dos conflitos judicializados hoje, no Brasil, que ascende à casa dos 80 (oitenta) milhões de processos em todas as áreas de atuação do Poder Judiciário, seriam resolvidos pelo método autocompositivo. Restaria, assim, número de processos plenamente compatível na distribuição para juízes e desembargadores e que poderiam, dentro dessa proporcionalidade aceitável, ser examinados com percuciência e acuidade pelos magistrados de 1º e 2º graus de jurisdição, naquele “prazo razoável”.

A MUDANÇA DA MENTALIDADE

O que é necessário fazer para diminuir esse número de processos judicializados, que representa verdadeira progressão geométrica?

E a resposta é simples: recorrermos à mudança de mentalidade e exigir que cada operador do direito se imbuia do dever de estimular a solução dos conflitos, que pacificamente admitem a transação, através do mecanismo pré-processual.

É preciso que os operadores do direito e demais responsáveis pela implementação da Política Consciente de Tratamento do Conflito se tornem o estivador, a que se refere o escritor inglês Michael Oakeshott na sua monumental obra¹⁷, *“que teria um papel importantíssimo na condução da nau*

¹⁷ “A Política da Fé e a Política do Ceticismo”, tradução de Daniel Lena Marchioni Neto, editora “É Realizações”, recupera o campo da prudência aristotélica na figura do “ESTIVADOR” (trimmer), retirada do clássico *The Character of a Trimmer*”, escrito por Lord Halifax entre 1685 e 1688.

insensata do governo ao calibrar, de forma harmoniosa, o peso de cada compartimento da embarcação naval, sem a ajuda de manuais ou instrumentos técnicos, apenas com auxílio da intuição e da experiência concreta”.

O mais impressionante no uso dessa metáfora é o detalhe de que, para o filósofo inglês, *“a solução do dilema político ocidental não está nas mãos dos estadistas e dos intelectuais que os aconselham – algo comum para quem ainda vive segundo a “imaginação liberal”, e sim na “profissão mais humilde na hierarquia portuária, normalmente desempenhada por trabalhadores com menor nível de instrução formal”.* Aqui, *“a política estivadora procura cultivar a prudência e a moderação. Ela se vale do conhecimento prático não com a intenção de chegar com mais rapidez ao destino, mas com o intuito de manter o barco navegando com segurança durante todo o percurso. Talvez a imagem mais bela dessa metáfora seja a de que o destino de todos acaba recaindo nas mãos do mais singelo dos tripulantes, provando que a virtude da política reside na experiência e no comedimento”.*

Como profetiza o escritor Martim Vasques da Cunha¹⁸, *chegará a hora em que a política da fé, como sempre, cumprirá o seu papel efetivo para que uma administração faça o que tem de ser feito – a saber: governar para o bem comum. Enquanto isso o estivador deve continuar atento ao peso da embarcação, de preferência lendo atentamente esses dois testamentos traídos da “imaginação liberal”: experiência e comedimento.*

MEDIAÇÃO NO TEMPO PRESENTE

A Política Pública de Tratamento do Conflito, através da *“Política da Cidadania Consciente”* tem que ser estabelecida com ciência e certeza quanto aos resultados que se pretende obter em prol dos cidadãos/jurisdicionados, objetivando alcançar o bem comum por meios exclusivamente técnicos, jamais lidando com a natureza do que é o ser humano e, sim, lapidando sobre a conduta humana.

¹⁸ No brilhante artigo *“A Política nas Mãos do Incerto”*, in *“O Estado de São Paulo”*, pg. E-3 - Aliás, Cultura, de 02 de dezembro de 2018)

É o JUDICIÁRIO CONVERSANDO COM OS ANSEIOS DO CIDADÃO-JURISDICIONADO!

É essa mudança de mentalidade, que tanto precisamos, para reversão da cultura extremamente demandista para a cultura da pacificação, recorrendo aos ensinamentos do *estivador* agindo com experiência e comedimento, dentro dos princípios da prudência e moderação.

Oxalá consigamos num futuro breve haurir os conhecimentos da cultura japonesa (*evitar o processo judicial e não o provocar*), buscando solução para os conflitos humanos através dos mecanismos pré-processuais.

○ RECURSO ÀS SOLUÇÕES PRÉ-PROCESSUAIS NA FASE DA PANDEMIA

Proficuaente, dentro da orientação ditada pelo Colendo Conselho Nacional de Justiça, a Egrégia Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, editou o Provimento CGJ nº 11/2020, dispondo sobre a criação de projeto piloto de conciliação e mediação pré-processuais em disputas empresariais decorrentes dos efeitos do COVID-19

Impõe-se fazer resumo dos artigos importantes desse Provimento:

Artigo 1º - destinação aos empresários, sociedades empresariais e demais agentes econômicos, envolvidos em negócios jurídicos relacionados à produção e circulação de bens e serviços.

Artigo 2º - formulação de requerimento por e-mail institucional, contendo pedido e causa de pedir, relacionada à pandemia.

Artigo 4º - recebido o pedido será designada audiência de conciliação, cabendo à autora providenciar ciência à parte contrária, pelo e-mail indicado no requerimento.

Artigo 5º - audiência designada para no máximo 7 dias do protocolo do pedido, instalada por juiz de direito participante do projeto. Se infrutífera – expediente será encaminhado a um mediador, escolhido de comum acordo pelas partes, ou designado pelo magistrado, acaso não haja consenso.

Esse projeto-piloto funcionará até 120 dias após o encerramento do “Sistema Remoto de Trabalho”, com viabilidade de prorrogação através da integração e submissão ao sistema já existente no NUPEMEC (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais e Solução de Conflitos).

E a recente Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020, alterou a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1996, modificando os artigos 22 e §§ e o artigo 23, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.¹⁹

Mais recentemente, ainda, dentro da orientação ditada pelo Egrégio Conselho Nacional de Justiça, a *Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo*, editou o Provimento CG nº 19/2020, datado de 9 de julho de 2020, “*dispondo sobre a criação de projeto piloto de mediação pré-processual para apoio à renegociação de obrigações relacionadas aos empresários e sociedade empresariais, incluindo as individuais, de micro, pequeno e médio porte (MEI, ME e EPP), decorrentes dos efeitos da Covid-19*”.

É de se ressaltar que esse Provimento após disponibilizar à parte interessada a viabilidade de, “preferencialmente assistida por advogado”, formular requerimento por e-mails institucional (mediacaocovid@tjsp.jus.br), preenchendo o formulário constante do ANEXO I, no seu artigo 4º dispõe sobre procedimento dessa audiência preparatória, afirmando que “o magistrado designará mediador ou Câmara de Mediação, com

¹⁹ Art. 22, § 1º Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado mediante sentença com eficácia de título executivo. §2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes. Art. 23. Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá a sentença”.

experiência empresarial, recuperação ou falência, sendo desejável o conhecimento da matéria de fundo, bem com estar devidamente cadastrado e habilitado para a função e integrar o Cadastro de Mediadores e Conciliadores de 1ª Instância do Portal de Auxiliares da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, devendo ser notificado por e-mail da nomeação...”.

E, no artigo 7º dita a forma de realização dessas sessões de mediação pelo sistema: “A critério do mediador, poderão ser realizadas sessões de mediação, durante o período desse projeto piloto, por meio do sistema Microsoft Teams, ou, no caso das Câmaras de Mediação, pelo procedimento por elas utilizados, sem a presença do magistrado. ...”.

Da mesma forma do que foi estabelecido no Provimento 11/2020, este Provimento nº CG 19/2020, pontuou que o projeto piloto funcionará até 120 dias após o encerramento do “Sistema Remoto de Trabalho”, com viabilidade de prorrogação através da integração e submissão ao sistema já existente no NUPEMEC (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais e Solução de Conflitos).

A PREOCUPAÇÃO COM ESTA FASE PANDÊMICA PELO JUDICIÁRIO É PATENTE!

O escritor Sérgio Augusto²⁰, com percuciência, escreveu: “Nunca pensei que um dia fosse experimentar na vida real o que tão marcadamente me intrigou ao ver, em criança, “O Dia em que a Terra Parou”, a versão original, dirigida por Robert Wise. Como seria se nosso planeta fosse, como no filme, inteiramente paralisado por uma força superior, no caso, a mente de um ET benigno, chamado Klaatu? Todos os aparelhos domésticos são súbita e misteriosamente desligados, exceto os dos hospitais e aviões em voo, resultando num breve, mas incisivo apagão global, para que os terráqueos aprendam a viver em harmonia, em paz permanente. Não aprendemos”!

E, prossegue, mais adiante esse articulista: “A Covid-19 é

²⁰ Colunista semanal do periódico “O Estado de São Paulo”, com o título “11,04.01 d.c.”, Caderno Especial, folha H8, de 11/4/2020.

um Klaatu em forma de micro-organismo; quem sabe não iremos tirar proveitosas lições de sua disseminação. Já aprendemos a revalorizar a solidariedade, o papel da imprensa e o heroico SUS; pouca coisa não foi. Mas ainda é pouco”.

Oxalá, depois desta quadra da pandemia, possamos nos valer de lições positivas do comportamento humano, tornando-nos mais preocupados com a convivência solidária e fraternal; com a elevação dos nossos valores espirituais e morais e, acima de tudo, lutando para minimizar a desigualdade reinante!

Iremos, por certo, aprender a deixar para trás esse mundo cheio de fanatismos, injustiças, ecocídios, desigualdades sociais e polarizações políticas.

CONCLUSÃO

O acurado gerenciamento dos processos, separando-os em dois blocos: a) *aqueles que admitem a transação e, portanto, podem ser resolvidos através dos meios consensuais da pacificação dos conflitos*; e b) *aqueles que devem receber sentença e ser resolvidos através do meio adjudicatório*, essa separação é que vai possibilitar aos juízes outorgar a prestação jurisdicional dentro do prazo razoável, *“incluída a atividade satisfativa”*. A mediação aplicada profissionalmente por pessoas plenamente capacitadas salvará grandes e médias empresas; salvará sociedades e grupos familiares; irá salvar empresas e entidades públicas e, acima de tudo, salvará vidas humanas da doença interior altamente traumática (*o desespero, o ódio, as dissensões, a dor, o sofrimento*) e, quiçá, os demais conflitos relacionais humanos.

A prestação jurisdicional, exercida através da atividade dos juízes, dentro de número razoável de processos/ano, possibilitará cumprimento satisfatório do preceito de nobreza constitucional, *“assegurando a todos (jurisdicionados) a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”*.²¹

Para tanto é preciso que, paralelamente, haja mudança de mentalidade e nos envergonhemos de buscar a solução de todos os

²¹ Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna de 1988.

conflitos somente no Judiciário (*já atolado com tantos processos*), reservando aos juízes, através dos conhecimentos jurídicos e do senso de justiça, a resolução apenas dos conflitos que necessitem do meio adjudicado pela sentença.

Ademais, é necessário que todos lutem ferrenhamente pela diminuição das desigualdades; igualmente, pelas liberdades de cunho constitucional e, acima de tudo, pratiquem com frequência a fraternidade, buscando incessantemente a pacificação jurídica e social!

Esse binômio de mecanismos jurídicos (*mediação qualificada + resolução judicial dentro do prazo razoável*) é que se constituirá no *remedium juris* milagroso do Século XXI!





Capítulo 4

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A IMPOSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO EXPENDIDA NO RE 574.706-PR

DR. ROQUE ANTONIO CARRAZZA



INTRODUÇÃO

É com grande satisfação que participo desta obra coletiva, que faz parte das comemorações do 20º aniversário do conceituado escritório *Graça Advogados Associados*, que figura, sem favor algum, entre os melhores do país.

Seu fundador, o Doutor João Graça, é um advogado de escol, que, com seus vastos conhecimentos jurídicos, deixa, sempre que se pronuncia, a marca da criatividade e da erudição. Em todas as causas em que atua, destaca-se, não só pela competência, como pela honestidade, pela lealdade e pelos vastos conhecimentos da Ciência do Direito.

Em homenagem a essa personagem estelar do mundo jurídico, tratarei, neste artigo, do princípio da segurança jurídica e da impossibilidade de modulação dos efeitos da decisão expandida no 574.706-PR²².

○ PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

I- O princípio da segurança jurídica é uma das manifestações do nosso *Estado Democrático de Direito*, consagrado já no art. 1º, da Constituição Federal,²³ e visa a proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais, capazes de lhes frustrar a confiança que depositam no Poder Público.

Em outro giro verbal, o princípio da segurança jurídica ajuda a promover os valores supremos da sociedade, influenciando não só na edição das leis e dos atos administrativos, como nas próprias decisões judiciais.

De fato, na medida em que o Direito visa à obtenção da *res justa*, de que nos falavam os antigos romanos, todas

²² Este artigo foi escrito no dia 25 de abril de 2021, ou seja, antes do Supremo Tribunal Federal julgar os embargos de declaração opostos pela União Federal, contra a decisão prolatada nos autos do RE 574.606-PR. Espero que, quando o trabalho for dado à estampa, a mais alta Corte do País tenha correspondido às expectativas dos contribuintes.

²³. Constituição Federal: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”.

as normas jurídicas, especialmente as que dão efetividade às garantias constitucionais, devem procurar *tornar segura* a vida das pessoas e das instituições. Incumbe ao Estado zelar para que todos tenham não só uma proteção eficaz dos seus direitos, como possam prever, em alto grau, as consequências jurídicas dos comportamentos que adotarem.

Calha a propósito, neste passo, a seguinte frase do saudoso Mestre Ricardo Lobo Torres: “*Segurança jurídica é certeza e garantia dos direitos. É paz*”²⁴

II- A par disso, a segurança jurídica acaba por desembocar na *confiança* que as pessoas devem ter no Direito. Esta circunstância não escapou à percepção de Gomes Canotilho; *verbis*:

*“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos.”*²⁵

Vai daí, que o *princípio da segurança jurídica*, com seu corolário de proteção da confiança, submete o exercício do poder ao Direito.

²⁴ *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. 2, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 168.

²⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 256.

III- Permito-me acrescentar que os preceitos constitucionais respeitantes à segurança jurídica das pessoas são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Têm, pois, *eficácia plena e aplicabilidade imediata*, independentemente, para produzirem seus regulares efeitos, da edição de leis, decretos, portarias etc., que lhes aumentem o grau de concreção. Seus comandos endereçam-se tanto ao legislador (que editará normas de alcance geral e, nesse sentido, dará consecução aos mandamentos constitucionais), quanto ao administrador e ao juiz (que os aplicarão, aos casos concretos).

Como se vê, também as decisões judiciais – aí compreendidas as que giram em torno de questões tributárias – devem sujeitar-se aos postulados constitucionais que consagram e garantem a segurança jurídica das pessoas. Dito de outro modo, o efetivo cumprimento das decisões judiciais, evitando que as pessoas se sintam frustradas em suas expectativas legitimamente constituídas, é uma das manifestações mais expressivas do *princípio da segurança jurídica*.

Posto isso, passo a cuidar da (im)possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de mérito, expendida nos autos do RE 574.706.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

I- Depois de longa tramitação, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento desse recurso extraordinário (que está sendo chamado de “*o julgamento do século*”), decidiu, por maioria de votos, ser inconstitucional a inclusão do ICMS, na base de cálculo do PIS e da COFINS. É o Tema 69, da Repercussão Geral.

E decidiu bem, pois a base de cálculo dessas contribuições é o faturamento da empresa, e esta não fatura ICMS. O montante deste tributo, longe de se incorporar, sem reservas ou condições, ao patrimônio da empresa, simplesmente transita pela sua contabilidade, rumo aos cofres públicos estaduais. Trata-se de um mero ingresso, como ensinam os cultores da Ciência das Finanças.

Ocorre, porém, que, inconformada, a União opôs embargos

de declaração ao *decisum*, nos quais, depois de gratuitamente alegar que ele encerra omissões, obscuridades, contradições e erros materiais, postula que lhe sejam atribuídos efeitos *ex nunc*, isto é, que eles só passem a se fazer sentir após o trânsito em julgado da ação. Não bastasse isso, também pretende que se declare que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser o recolhido em moeda, em cada operação ou prestação; não, o destacado na nota fiscal.

II- Com o devido acatamento, cuida-se de pretensões injurídicas, que, caso vinguem, trarão descrédito ao Poder Judiciário, porque ele transmitirá, ao contribuinte, a mensagem que de pouco valem seus direitos fundamentais, quando há interesses fazendários expressivos a acautelar.²⁶

De revés, se o desfecho do julgamento do RE 574.706 for, como se espera, totalmente favorável ao contribuinte, representará, sem dúvida, a confirmação dos seus direitos constitucionais subjetivos, máxime o de recolher o PIS e a COFINS nos montantes devidos e de reaver ou compensar o que pagou “*a maior*”.

Em suma, para que o bom direito prevaleça, o STF deverá deixar claro que (i) o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, e; (ii) os efeitos da decisão em tela devem ser *ex tunc*, de modo a possibilitar ao contribuinte a repetição ou a compensação do indébito tributário. E não deve efetuar nenhuma modulação, como passo a demonstrar.

DO DESCABIMENTO DA MODULAÇÃO

I- Por várias razões, descabe a modulação dos efeitos da decisão prolatada nos autos do RE 574.704.

Em primeiro lugar, porque, nela, houve a declaração da inconstitucionalidade da inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e, não, o mero reconhecimento de uma situação

²⁶ Não resta dúvida de que os interesses fazendários (meramente arrecadatórios) são importantes, mas só podem prevalecer quando em sintonia com os superiores interesses públicos, como o de só ser obrigado a suportar tributos lançados e cobrados de acordo com os ditames constitucionais e legais.

de ilegitimidade ou uma reorientação jurisprudencial.

Além disso, ao contrário do que a União apregoa, o *decisum* não alterou jurisprudência dominante. Com efeito, não havia qualquer jurisprudência a respeito do assunto. A jurisprudência, tanto do antigo Tribunal Federal de Recursos, quanto do Superior Tribunal de Justiça, se baseava na Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, cujo art. 21, § 2º, tratava das contribuições pela rama (não lhes apontava, por exemplo, as bases de cálculo possíveis).²⁷ Assim, as decisões desses tribunais apreciaram matéria infraconstitucional, o que explica, inclusive, porque os recursos extraordinários dirigidos, à época, ao *STF*, não foram admitidos. Foi somente com o art. 195, da Constituição de 1988, que surgiu a possibilidade jurídica de o assunto ser decidido em sede de recurso extraordinário. O primeiro caso acerca do significado e alcance desse dispositivo constitucional, chegou ao *STF* em 1998 (no RE 240.785) e começou a ser decidido em 1999, chegando a um quórum de maioria favorável ao contribuinte em 2006, tendo se encerrado em 2014.²⁸ Este precedente foi confirmado, em 2017, no RE 574.706.

A modulação também descabe, porque sua eventual concessão, negando a possibilidade de repetição do indébito, convalidará o enriquecimento ilícito da União, em afronta aberta ao direito de propriedade (cf. arts. 5º, XXII e 170, II, da *CF*²⁹) que, entre outras consequências, proíbe que os tributos tenham efeitos confiscatórios (cf. art. 150, IV, da *CF*³⁰).

²⁷ Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969: “Art. 21 (*omissis*)” § 2º. *A União pode instituir: I- contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais*”. O mencionado art. 21, I, deste Diploma, estabelecia competir à União instituir imposto sobre “*importação de produtos estrangeiros, facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar-lhe as alíquotas ou as bases de cálculo*”.

²⁸ Na oportunidade, tive a honra de ocupar a tribuna, para defender os interesses do contribuinte.

²⁹ Constituição Federal: “Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII- é garantido o direito de propriedade*”. “Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II- propriedade privada*”.

³⁰ Constituição Federal: “Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado*

II- Por outro lado, a alegação da União, de que a restituição do indébito tributário produzirá um “rombo”, não previsto no orçamento, além de falsa, de modo algum justifica a pretendida modulação. Ademais, “rombo” só haveria se a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS fosse devida. Todavia, como a mais alta Corte do País decidiu que ela é indevida, não haverá rombo algum, mas, pelo contrário, apenas o louvável restabelecimento do primado da Constituição.

III- Também é muito fraco, para dizer pouco, o argumento fazendário, de que a União foi tomada de surpresa com a decisão em tela. Rememore-se que o assunto vem sendo julgado no STF desde 1998, sendo que em 2006, já havia maioria formada, em favor da tese dos contribuintes. Essa tese se consolidou em 2014, embora sem repercussão geral. E, em 2017, o entendimento foi mantido, desta vez; com repercussão geral.³¹

Portanto, a União, em cumprimento ao disposto na Lei 13.707/2018 (Lei das Diretrizes Orçamentárias), deveria ter previsto, no *Anexo de Riscos Fiscais*, como “perda provável”, a matéria objeto do vertente recurso extraordinário, o que exigiria o provisionamento dos recursos orçamentários cabíveis. Não pode, pois, agora, beneficiar-se com a própria desídia.³²

Comosevê,aUniãosevaledeumargumentoconsequencialista (*ad crumenam*) que, *data maxima venia*, não pode e não deve prevalecer.³³

à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV- utilizar tributo com efeito de confisco”.

³¹ A alegação faz lembrar um episódio, que dizem ser verdadeiro, envolvendo o legendário político mineiro José Maria Alkmim. Conta-se que ele estava em campanha política, quando um autointitulado eleitor dele se aproximou e lhe pediu uma ajuda financeira: “Sabe como é, Doutor Alkmim, minha mulher acaba de dar à luz e eu fui apanhado de surpresa; então, se o senhor puder me dar algum dinheiro, eu agradeço”. Ao que, o candidato, verdadeira raposa política, respondeu: “Meu filho, se você, que é o pai da criança, foi apanhado de surpresa, imagine eu, que nem sabia que sua mulher estava grávida”.

³² A probabilidade de perda foi considerada, pela Receita Federal do Brasil, “remota”, no ano de 2016 (quando já fora prolatada a decisão favorável aos contribuintes, no RE 240.785), e, “possível”, no ano de 2017 (quando a questão de mérito estava definitivamente decidida no RE 774.706, julgado na sistemática da repercussão geral).

³³ O argumento fazendário da perda de arrecadação é idôneo para supeditar a manutenção dos efeitos pretéritos de lançamentos inconstitucionais (como no caso *sub judice*), sob pena de se acolitar a absurda ideia de que, quanto mais economicamente gravosa, para o contribuinte, for a inconstitucionalidade tributária, maior a possibilidade de ela ser tolerada pelo Poder Judiciário.

DO QUÓRUM NECESSÁRIO PARA A MODULAÇÃO

Para aumentar as possibilidades dos efeitos do RE 574.706 serem modulados, a União tem sustentado que basta, para tanto, o voto de seis ministros (50% + 1 dos membros da Suprema Corte). Falece-lhe, no entanto, razão.

Em boa verdade jurídica, o *quórum* necessário, para que a modulação se dê, em assuntos como o presente, é de dois terços dos ministros, ou seja, o voto de 8 ministros, como de resto determina o art. 27, da Lei 9.868/1999.³⁴

É certo que na Questão de Ordem levantada no RE 638.115, a Suprema Corte entendeu que o quórum para a modulação era de seis ministros. Ocorre, todavia, que na decisão a modular, não havia declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos só se fariam sentir sobre o sistema de justiça, em ordem a pacificar uma orientação jurisprudencial.³⁵

Ora, tal absolutamente não se deu no julgamento do RE 574.706, em que foi mantida a posição da Corte (firmada em 2015, nos autos do RE 240.785) e houve a declaração da inconstitucionalidade de uma prática reiteradamente levada a efeito pela União.

Mas, mesmo que se entenda ter havido, no caso em pauta, uma *interpretação conforme a Constituição* – o que, na realidade, não ocorreu – o *quórum* de dois terços se impõe, agora por força

Tal modo de pensar afronta, às abertas e publicadas, o *princípio da segurança jurídica*. Em matéria tributária, a Constituição Federal veda que argumentos consequencialistas, do tipo “*quebra do erário*”, “*dificuldades de caixa*” “*crise econômica*” e “*perda de arrecadação*” façam *tabula rasa* de direitos fundamentais do contribuinte, como o presente, de não suportar tributação indevida.

³⁴ Lei nº 9.868/1999: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tem eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

³⁵ Para manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (cf. art. 926, do CPC), o Pleno do STF, no julgamento do RE 638.115, ao mesmo tempo em que (i) reconheceu a impossibilidade jurídica da incorporação de quintos, aos vencimentos de servidores públicos, pelo exercício de funções comissionadas e/ou gratificadas, no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a MP 2.225-48/2001, (ii) assegurou que os já beneficiados com esta prática, considerada ilegítima por decisão judicial em curso (sem trânsito em julgado, pois), continuariam a receber tais bonificações, até sua absorção integral por ajustes futuros.

do que estipula o parágrafo único, do art. 28, da mesma Lei 9.868/1999.³⁶

Aqui chegando, é o caso de se indagar: qual ICMS deve ser retirado da base de cálculo do PIS e da COFINS? A resposta a esta pergunta será dada a seguir.

Do ICMS A SER RETIRADO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

I- Tenho de mim para comigo, que o ICMS que deve ser retirado da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal. É o que, diga-se de passagem, consta do voto da eminente relatora, a Ministra Cármen Lúcia, que foi acompanhado pela douta maioria.

Sua Excelência deixou claro que todo o ICMS não se inclui na definição de faturamento, pelo que não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. No que decidiu muito bem, porquanto mandou retirar da base de cálculo destas exações o que nela indevidamente se pôs, ou seja, o que faturamento não é.

Reitero que nenhuma empresa fatura ICMS. Seu montante é um simples ingresso, ao depois repassado para os cofres estaduais.

II- Demais disso, não se deve perder de vista que, no RE 574.606, se discute o regime jurídico do PIS/COFINS; não, o do ICMS. Este tributo é mencionado, apenas por ter sido inconstitucionalmente inserido na base de cálculo dessas contribuições.

O ICMS é, na espécie, um simples *referencial*; poderia ter sido outro.

Pois bem. Se, *ad absurdum*, tivesse sido inserida, na base de cálculo do PIS/COFINS, a *tarifa de energia elétrica* a cargo do contribuinte, certamente ninguém, em sã consciência, se atreveria

³⁶ Lei nº 9.868/1999: “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

a questionar se o montante a restituir deveria levar em conta (i) se ela foi efetivamente paga, (ii) qual a “bandeira” vigente à época do recolhimento, (iii) se o paradigma a tomar seria o aplicável aos usuários com baixo consumo etc.

III- Entro, porém, no âmago do assunto, para que não se diga que estou tergiversando, com o fito de camuflar a melhor solução jurídica para o problema em tela.

Assim, vou logo proclamando uma verdade cediça: o ICMS deve obedecer ao *princípio da não cumulatividade* (cf. art. 150, § 2º, I e II, da CF). Este princípio assegura ao contribuinte, em cada operação ou prestação, uma dedução correspondente ao montante do tributo devido nas operações ou prestações anteriores. Portanto, essa exação tem duas moedas de pagamento: a moeda corrente (o Real) e os créditos provenientes das operações ou prestações anteriores, tributadas ou tributáveis por meio de ICMS.

Quero com isso significar que, não sendo o ICMS um tributo sobre o valor agregado, sua base de cálculo é sempre todo o valor da operação ou prestação realizada. Apenas sua forma de pagamento é que pode variar. Dependendo das circunstâncias, pode dar-se (i) somente em moeda corrente, (ii) parte em moeda corrente e parte em créditos (que é o que normalmente acontece) ou, (iii) somente em créditos.

Todavia, insisto: a base de cálculo do ICMS é sempre o valor total da operação ou prestação realizada. E é esse valor total, destacado na nota fiscal, que deve ser retirado da base de cálculo do PIS/COFINS, porque nela indevidamente inserido.

Como quer que seja, este assunto já foi decidido na sessão de 15.7.2017, motivo pelo qual os embargos declaratórios em pauta não têm força jurídica bastante para alterá-la.

IV- Sempre dentro do assunto, uma jornalista do “Valor Econômico”, ao me entrevistar, me perguntou como a mudança de composição do STF - em relação a julho de 2017 - pode afetar o julgamento dos embargos de declaração?

Respondi que estou convencido de que isso não acontecerá. Evidentemente, quanto ao mérito, a questão está

consolidada, ou seja, restou definitivamente decidido, sob a sistemática da repercussão geral, que todo o ICMS (portanto, o destacado) não pode integrar base de cálculo do PIS/COFINS.

Já, em relação à modulação, minha expectativa é a mais otimista possível. De fato, os Ministros e Ministras do STF, mesmo os que nele ingressaram depois de julho de 2017 (os Ministros Alexandre de Moraes e Nunes Marques), são juristas consagrados e experientes, que votam de acordo com sua Ciência. Certamente não se deixarão influenciar por eventuais pressões, venham de onde vierem.

Sendo mais específico, a pretendida modulação não me parece possível, até porque há precedentes favoráveis à pretensão dos contribuintes, que o STF, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, costuma prestigiar.

V- Por fim, entendo que a conclusão desse *juízo* do século não vai afetar as chamadas “teses filhotes”, ao contrário do que apregoa a Receita Federal do Brasil.

Até posso concordar que a decisão poderá abrir espaço a novas discussões jurídicas. Assim, por exemplo, as questões da eventual exclusão do ISS da base do PIS e da COFINS, bem como, dessas próprias contribuições das suas bases de cálculo.

No entanto, o importante é ter presente que nem todos os custos tributários das empresas devem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS, pois os regimes jurídico-constitucionais a que estão submetidos não são os mesmos daquele que alcança o ICMS, que, repito, deve observar o *princípio da não cumulatividade*. Essa circunstância faz do contribuinte *de direito* do ICMS um mero *agente arrecadador*, que transfere aos cofres públicos o montante deste tributo que, ao cabo do processo de circulação, terá sua carga econômica suportada pelo consumidor final (contribuinte *de fato*). Aliás, não é por outra razão que se aplica, aos casos de repetição de indébito de ICMS, o art. 166, do CTN,³⁷ que seguiu na trilha da Súmula 546, do STF.³⁸

³⁷ Código Tributário Nacional: “Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

³⁸ Súmula 546, do STF: “Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por

CONCLUSÕES

Tudo posto e considerado, podemos sumular as seguintes conclusões:

I- As decisões judiciais – aí compreendidas as que giram em torno de questões tributárias – devem sujeitar-se aos postulados constitucionais que consagram e garantem a segurança jurídica das pessoas.

II- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 570.704, decidiu, por maioria de votos, ser inconstitucional a inclusão do ICMS, na base de cálculo do PIS e da COFINS. (tema 69, da repercussão geral).

Ila- Decidiu bem, pois a base de cálculo dessas contribuições é o faturamento da empresa, e esta não fatura ICMS.

Ilb- O montante deste tributo, longe de se incorporar, sem reservas ou condições, ao patrimônio da empresa, simplesmente transita pela sua contabilidade, rumo aos cofres públicos estaduais.

III- A União opôs embargos de declaração ao *decisum*, nos quais, postula que: a) lhe sejam atribuídos efeitos *ex nunc*; e; b) se declare que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser o recolhido em moeda, em cada operação ou prestação e, não, o destacado na nota fiscal.

IV- A modulação descabe.

Iva- A uma, porque na decisão prolatada nos autos do RE 574.704, houve a declaração da inconstitucionalidade da inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e, não, o mero reconhecimento de uma situação de ilegitimidade ou uma reorientação jurisprudencial.

IVb- A duas, porque o *decisum* não alterou jurisprudência dominante, até porque não havia jurisprudência alguma. A jurisprudência do STJ se baseava na Carta de 1967/1969, que tratava das contribuições pela rama e, no âmbito do STF, havia, um único precedente, nos autos do RE 240.785.

decisão, que o contribuinte 'de jure' não recuperou do contribuinte 'de facto' o 'quantum' respectivo".

IVc- E, a três, porque sua eventual concessão, negando a possibilidade de repetição do indébito, convalidará o enriquecimento ilícito da União, em afronta aberta ao direito de propriedade (cf. arts. 5º, XXII e 170, II, da CF) que, entre outras consequências, proíbe que os tributos tenham efeitos confiscatórios (cf. art. 150, IV, da CF).

V- Também não colhe a alegação da União, de que a restituição do indébito tributário produzirá um “rombo”, não previsto no orçamento.

Va- O assunto vem sendo julgado no STF desde 1998, sendo que em 2006, já havia maioria formada, em favor da tese dos contribuintes, a qual se consolidou em 2014, sem repercussão geral, e em 2017, com repercussão geral.

Vb- A União, em cumprimento ao disposto na Lei 13.707/2018 (Lei das Diretrizes Orçamentárias), deveria ter previsto, no *Anexo de Riscos Fiscais*, como “*perda provável*”, a matéria objeto do vertente recurso extraordinário, o que exigiria o provisionamento dos recursos orçamentários cabíveis.

VI- Sem embargo, o quórum necessário para a improvável modulação dos efeitos do RE 570.704, é de 2/3 dos ministros, ou seja, o voto de 8 ministros, como de resto determina o art. 27, da Lei 9.868/1999.

VII- O ICMS a ser retirado da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal, como, diga-se de passagem, consta do voto da eminente relatora, a Ministra Cármen Lúcia, que foi acompanhado pela douta maioria.

VIIa- O ICMS deve obedecer ao princípio da não cumulatividade (cf. art. 150, § 2º, I e II, da CF), que assegura ao contribuinte, em cada operação ou prestação, uma dedução correspondente ao montante do tributo devido nas operações ou prestações anteriores.

VIIb- Essa exação tem duas moedas de pagamento: a moeda corrente (o Real) e os créditos provenientes das operações ou prestações anteriores, tributadas ou tributáveis por meio de ICMS.

VIIc- Na medida em que o ICMS não é um tributo sobre

o valor agregado, sua base de cálculo é sempre **todo** o valor da operação ou prestação realizada. Apenas sua forma de pagamento varia, já que pode se dar *(i)* somente em moeda corrente, *(ii)* parte em moeda corrente e parte em créditos (que é o que normalmente acontece) ou, *(iii)* somente em créditos.

VIIId- Todavia, a base de cálculo do *ICMS* é sempre o valor total da operação ou prestação realizada. E é esse valor total, destacado na nota fiscal, que deve ser retirado da base de cálculo do *PIS/COFINS*, porque nela indevidamente inserido.





Capítulo 5

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA À VISTA DA ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

DR. RICARDO PIVA



INTRODUÇÃO

Hodiernamente, muito se discute acerca da estabilização das decisões jurídicas, inclusive em relação àquelas que já possuem o denominado “trânsito em julgado”, o que decorre, principalmente, quando há mudança no posicionamento de méritos nos Tribunais Superiores.

Tal situação ganha relevo quando se verifica a ocorrência em discussões de ordem tributária, haja vista o elevado valor envolvido nas respectivas demandas, bem como a ínsita complexidade das ações, o que pode gerar legítimas interpretações diversas, muitas vezes decorrentes da evolução do pensamento jurídico.

Neste cenário de possibilidade da alteração de *decisum*, as partes do processo, em geral empresas contribuintes, necessitam ter a correta ciência do alcance de seus direitos (e sua eventual imutabilidade) ou, ainda, das possibilidades legais de discussão de um eventual julgado que lhes era desfavorável e que deixou de sê-lo, o que traria uma nova discussão em observância ao novo precedente formado e ao princípio da paridade das partes.

DA IMPOSSIBILIDADE DE REPROPOSITURA DA AÇÃO

Um primeiro e importante aspecto acerca da imutabilidade das decisões judiciais, decorre da impossibilidade da mesma parte repropor uma demanda que já tenha obtido o seu mérito definitivamente julgado.

Com efeito, a denominada “coisa julgada” é um dos mais antigos institutos jurídicos. Sua origem vai além da Lei das XII Tábuas e inspira-se no brocardo latino *bis de eadem re ne sit actio* que, em tradução livre, significa: sobre uma mesma relação jurídica não se pode exercer duas vezes a ação da lei, isto é, o processo.

A ideia de proibição da reprodução da ação é bastante clara porque a Constituição Federal estabelece a coisa julgada como verdadeira garantia constitucional, vedando, expressamente, que qualquer lei (ou o Poder Judiciário) prejudique os seus efeitos

(CF, Artigo 5º, XXXVI).

Além da Constituição, o Código de Processo Civil (CPC) também confere, de forma expressa, garantia à coisa julgada, conceituando-a como “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Portanto, a relativização dessa garantia seria, a princípio, ilegal e inconstitucional.

O valor jurídico protegido pela coisa julgada é, indiscutivelmente, a segurança jurídica, um dos mais importantes imperativos do Estado de Direito – o qual, numa perspectiva constitucional, situa-se para além dos contornos axiológicos, possuindo inegável conteúdo normativo.

Assim, o sistema processual imprime segurança jurídica ao resultado do exercício da jurisdição, não podendo, sequer, lei nova alterar a situação jurídica denominada de coisa julgada.

DA AÇÃO RESCISÓRIA E SUA NATUREZA JURÍDICA

A doutrina primária ao estudar o tema, classificava a Ação Rescisória como modalidade de recurso de natureza especial. Neste pensamento, destaca-se os professores Lopes da Costa Candido Oliveira Filho, Costa Carvalho e Filadelfo de Azevedo Pereira Braga.

Segundo os ensinamentos do professor Manoel Antônio Teixeira Filho:

“O máximo que naquela época poderia transigir, no tocante ao tema que constitui objeto de nossa investigação, não iria além do reconhecimento quanto a ação rescisória possuir certa alma de recurso. (Liebman), embora seu corpo seja, fundamentalmente, de ação.”³⁹

Entretanto, para os padrões atuais, a Ação Rescisória versa exclusivamente a desconstituição da coisa julgada material, já o recurso é peça processual que somente terá alcance nas situações

³⁹ FILHO, Manoel Antônio Teixeira. Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho. 1ªed. São Paulo: Ltr, 2016. P.1074.

em que o objeto em litígio ainda não produziu a *res iudicata*.

Em segundo plano, merece análise a Ação Rescisória sobre seu prisma legal, pois o Art. 994 do CPC não traz a rescisória como peça recursal em seu rol taxativo, tratando-a como ação desconstitutiva nos Artigos 966 a 975 do Diploma Processual.

Sendo assim, com a impugnação de uma decisão através da Ação Rescisória, como se verifica, inicia-se uma nova relação jurídica processual, inconfundível com aquela existente na ação referente à decisão rescindenda.

DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA AÇÃO RESCISÓRIA

Quanto ao cabimento da Ação Rescisória, verifica-se que este encontra-se elencado nas hipóteses taxativas do Art. 966 do CPC.

Por tratar-se de rol *numerus clausus*, é inadmissível interpretação extensa ou aplicação de analogia.

Dispõe o Art. 966 do CPC em referência:

“Art. 966 - A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - Se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - For proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - Resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - Ofender a coisa julgada;

V - Violar manifestamente norma jurídica;

VI - For fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - Obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de

lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - For fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º - Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º - Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - Nova propositura da demanda; ou

II - Admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º - A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º - Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º - Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º - Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016).

Com efeito, diante da leitura do referido rol taxativo elencado no dispositivo legal supra, denota-se que, além das situações de vícios processuais, o legislador optou por permitir a desconstituição da coisa julgada material, após o seu respectivo trânsito, pelo fato da decisão rescindenda ofender a *norma jurídica* ou por ter sido conhecidos *atos ou provas novas ou posteriores a tal trânsito*.

Ademais, ressalta-se que são legitimados a propor a Ação Rescisória: as partes do processo em que a coisa julgada se formou, o terceiro juridicamente interessado e o Ministério Público quando era obrigatório a sua intervenção no processo em que se formou a coisa julgada, ou quando houver colusão das partes para fraudar a lei, sendo permitido a existência respectivos litisconsórcios.

DO CONTEXTO DE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Como visto nos tópicos precedentes, a Ação Rescisória é “a ação autônoma de impugnação” que tem por foco principal a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente, o rejuízo da causa.

Ou seja, por intermédio da Ação Rescisória, há (nas condições e pelos legitimados legais) a possibilidade da anulação de uma decisão judicial com trânsito em julgado, sendo esta demanda um primeiro e verdadeiro avanço na questão da *relativização da coisa julgada*.

Contudo, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que não cabe Ação Rescisória contra decisões com trânsito em julgado e que estejam em harmonia com a jurisprudência daquela Corte Suprema, mesmo que ocorra alteração posterior do entendimento sobre a matéria.

A decisão em comento foi proferida no Recurso Extraordinário nº 590.809, com Repercussão Geral reconhecida, por meio do qual uma empresa metalúrgica do Rio Grande do Sul questiona o acórdão da Ação Rescisória ajuizada pela União, relativa à disputa tributária

na qual houve mudança posterior de jurisprudência pelo STF⁴⁰. Vejamos, por oportuno, o julgamento da Tese que foi firmada do julgamento do referido processo:

“Cabimento de Ação Rescisória que visa desconstituir julgado com base em nova orientação da Corte; Creditamento de IPI pela aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

Tese: Não cabe Ação Rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”.

Ademais, importante salientar a questão do prazo decadencial da Ação Rescisória.

Em suma, segundo orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o prazo decadencial de dois anos para a propositura da Ação Rescisória se inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que se aperfeiçoa com o esgotamento dos recursos cabíveis ou com o transcurso do prazo recursal.

A Corte Superior definiu ainda, em exceção ao prazo decadencial acima descrito, que na Ação Rescisória fundada em obtenção de prova nova, o termo inicial do prazo decadencial é diferenciado, qual seja, a data da descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Assim, verifica-se que o ordenamento jurídico nacional sempre objetivou preservar a segurança jurídica da coisa julgada material, viabilizando a possibilidade de ajuizamento de Ação Rescisória em certa medida, para não perpetuar eventuais injustiças.

⁴⁰ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630912>

DA MODERNA CONCEPÇÃO DE RELATIVIZAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO

Com o encerramento definitivo da demanda, se torna relevante nos dias atuais, em matéria tributária, mais do que acompanhar a aplicação do entendimento exarado das Cortes Superiores nos diversos processos que ainda estão em curso, focar nos seus reflexos no mercado, em especial para as empresas que possuem decisão favorável em sentido contrário ao que restou decidido e já transitadas em julgado.

Tal preocupação se torna relevante, pois a Fazenda Nacional, sob o argumento de potencial desequilíbrio no mercado e necessidade de tratamento isonômico a todos os contribuintes, vem tentando a reversão dessas decisões já transitadas em julgado a favor de alguns contribuintes.

Não obstante à clareza do entendimento quanto à coisa julgada e as limitadas possibilidades de rescisão da decisão definitiva por intermédio de Ação Rescisória, como vimos, o fato é que a segurança jurídica do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada estão hoje em xeque e nas mãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Caberá ao Supremo se debruçar sobre os limites da coisa julgada em matéria tributária, diante de julgamento que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional ou constitucional por decisão transitada em julgado e, ainda, os efeitos das decisões da Corte Suprema sobre a coisa julgada nas relações tributárias de trato continuado.

Vale destacar, neste aspecto, que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) já apresentou Parecer ao Poder Judiciário (Parecer PGFN/CRJ nº 492, de 2011) sustentando, em resumo, que “o advento de precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal configura circunstância jurídica nova apta a fazer cessar a eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhe forem contrárias”.

Assim, verifica-se claramente que a Fazenda Nacional, a partir de uma alteração no entendimento de mérito pela Corte Suprema, quando este for efetivado por intermédio de Recurso que seja dotado de Repercussão Geral, tem buscado os meios jurídicos necessários à obtenção de receita tributária, inclusive em relação àqueles contribuintes que obtiveram decisão transitada em julgado de forma desfavorável à União.

Neste contexto, e em observância ao princípio constitucional da Isonomia Tributária, exsurge para os contribuintes a possibilidade de discussão jurídica sobre temas que, no passado, lhes eram desfavoráveis e que, no momento, passaram a ser desonerativos, à vista de decisão de Corte Superior (em Recurso Representativo da Controvérsia – STJ) – ou com Repercussão Geral – STF).

Com efeito, sob este prisma, o Código de Processo Civil, nos artigos destinados à execução de sentença contra a Fazenda Pública, estipula um novo cenário jurídico a ser trabalhado que, por sua vez, dispõe de um prazo diferenciado para a Ação Rescisória.

Ao se interpretar o disposto no §5º do Artigo 535 do Diploma Processual, verifica-se que a Fazenda Nacional tem a prerrogativa de que, se a decisão for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que alterou o seu entendimento.

Assim, surge uma possibilidade de revisão da matéria pelo órgão fazendário em sede de cumprimento de sentença, havendo, por conseguinte, a necessidade de se fazer hermenêutica extensiva ao caso para os contribuintes, uma vez que a modificação do julgado também lhe pode ser favorável.

É nítido que o respeito à imutabilidade das decisões de mérito é necessário, entretanto, com a *neoconstitucionalização* do direito, fenômeno este que vivenciamos no presente momento com a promulgação de novos códigos, entendimentos e afins, surge a necessidade de relativizar a coisa julgada.

Ou seja, deve-se ponderar a manutenção de coisa julgada

inconstitucional no ordenamento, após a decisão das Cortes Superiores em recurso Representativo da Controvérsia, que reconhece a legalidade / constitucionalidade ou a ilegalidade / inconstitucionalidade de determinado tributo.

Temos, na atualidade, a seguinte situação jurídica na esfera tributária:

- Caso o sujeito passivo pretenda executar sentença transitada em julgado que esteja em confronto com precedente do Supremo Tribunal Federal proferido antes da formação da coisa julgada, poderá a execução ser impugnada pela Fazenda Pública com fundamento na inexecutabilidade do título;

- Quando, porém, a sentença executada estiver em confronto com precedente proferido após o seu trânsito em julgado, poderá ser rescindida por meio de Ação Rescisória, cujo prazo para a propositura – também de dois anos, conta-se a partir do trânsito em julgado, não da decisão a ser rescindida, mas sim do precedente do STF, que servirá de fundamento para a rescisão.

Portanto, não obstante todas as preocupações relativas à imutabilidade das decisões de mérito, grassamos dias que correm a doutrina da chamada relativização da coisa julgada, algo diverso do que se considera como “coisa julgada inconstitucional”.

A garantia constitucional da coisa julgada é o principal meio do ordenamento jurídico para a realização da segurança jurídica no Estado Constitucional de Direito no âmbito da tutela jurisdicional. Ora, onde se relativiza uma garantia constitucional, sobranceira como a da coisa julgada, corre-se o risco do arbítrio e da discriminação.

De todo modo, tais situações se revelam em tendências jurídicas que não irão retornar ao estado anterior, mormente pelo fortalecimento da cultura dos precedentes, sendo plenamente justificado, também para os contribuintes, o emprego da Ação de Revisão da coisa julgada.

Mister ainda salientar que o Superior Tribunal de Justiça, em casos de obrigações de trato continuado, como o são o de matéria tributária, tem aplicado o regime do atual Artigo 505, inciso I, do

CPC, ao confirmar que a sentença pode ser revista quando houver alteração no estado de fato ou de direito que serviram de suporte para motivação da decisão transitada em julgado.

Destarte, a adoção da Ação Revisional opera-se nos limites da coisa julgada cujo processo, em relações continuativas, sofre mudanças dos suportes fáticos ou normativos, como se verifica com a introdução de “tese jurídica” firmada em precedente, com força de Repercussão Geral, pelo Tribunal Superior.

A partir desta alteração, é plenamente defensável que os contribuintes possuam a adequada possibilidade jurídica de revisitar a matéria que lhe tenha sido desfavorável, sendo que os efeitos práticos desta revisão, em termos de extensão do alcance da decisão do Corte Superior, serão verificadas casuisticamente em processo próprio a ser ajuizado pelo contribuinte.

CONCLUSÃO

Depreende-se do exposto no presente capítulo que a alteração da coisa julgada tem sido objeto de análise pelas Cortes Superiores, ocorrendo, em virtude da observância do sistema de observação dos precedentes vinculativos, uma verdadeira mitigação de posicionamentos outrora referendados na esfera tributária.

Por outro lado, o ordenamento jurídico nacional tem como pilar a segurança jurídica das relações, o que deve ser observado como sobreprincípio em um Estado Democrático de Direito.

Assim, em breves termos, buscou-se contextualizar a atual dinâmica efetivada pela Fazenda Nacional quanto há alteração, em Recurso com Repercussão Geral, de posicionamentos, a qual, com fundamento do Código de Processo Civil, tem realizado o ajuizamento de respectivas Ações Rescisórias.

Com efeito, nestes casos de modificação de fato ou de direito, não há que se falar em anulação da coisa julgada, ou seja, não haverá a “retirada” da coisa julgada do mundo jurídico. Estar-se-á diante de situação em que aquela coisa julgada não mais produzirá efeitos, em decorrência de uma modificação de estado de fato ou de direito.

A necessidade de um sistema uníssono, com decisões judiciais coerentes, como característica de garantia da certeza jurídica, foi, inclusive, objeto de positivação, na redação do Artigo 926, do CPC, ao determinar que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Este anseio de segurança jurídica jurisprudencial levou o legislador a dedicar artigos específicos do CPC para dizer que a jurisprudência deve ser uniforme, estável, íntegra e coerente. Prevalece, assim, a força do ordenamento.

Por outro lado, a ocorrência de alterações nas circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes quando proferida a decisão transitada em julgado, por superveniência de decisão do STF em sentido diverso, pode motivar a revisão da coisa julgada também pelos contribuintes, em observância ao princípio constitucional da isonomia.

Assim, em termos práticos, os contribuintes poderão dispor de, basicamente, dois mecanismos para a revisão e extensão dos efeitos da decisão do Tribunal Superior que lhe é favorável.

A primeira opção seria pela impetração de Mandado de Segurança, considerando o início para a contagem dos prazos a partir da publicação da decisão pelo Tribunal Superior, onde o objetivo principal é de extensão dos efeitos da decisão com o protocolo da Ação primitiva que versava sobre o tema, a qual, inclusive, tem o efeito de interromper a prescrição.

A vantagem precípua da propositura pelo Mandado de Segurança é a ausência de prejuízo em relação a eventual condenação em honorários sucumbenciais, o que deve ser levando em consideração neste momento de transição quanto à relativização da coisa julgada.

De outro lado, os contribuintes também poderão utilizar-se da Ação Revisional dos limites da coisa julgada, uma vez que houve alteração no estado de fato ou de direito que serviam de suporte para a decisão transitada em julgado.

Portanto, em caso de modificação de fato ou de direito, não há o que se falar em anulação, tão somente a revisão para adequação dos efeitos.

Nessa linha, se previsto anteriormente no pedido a matéria – não pacificada à época – agora, com a pacificação do tema, é algo que possa vir a ter a possibilidade de revisão, respeitado o prazo máximo de cinco anos da última decisão proferida no processo.

Por fim, verifica-se que a presente temática ainda evoluirá e dependerá de um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, o que não elide os contribuintes de, tecnicamente, buscarem os seus direitos e, sobretudo, se protegerem de pagamentos indevidos e/ou de investidas da Fazenda Nacional, fazendo-se prevalecer, sobretudo, o direito ao devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. **Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. 1ªed. São Paulo: Ltr, 2016. P.1074.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, Tomo IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 499.

SILVA, Ovídio Baptista da, **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 4ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 478.

BUENO, Cassio Scarpinella, **Curso sistematizado de direito processual civil**, V. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 322.

Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Mandado de Segurança nº 11.045/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 03/02/2010, DJe 25/02/2010; e

Supremo Tribunal Federal. RE nº 592.912 AgR, Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma do STF. Julgado em 03/04/2012, Acórdão Eletrônico Dje-229 Divulg 21-11-2012, Public 22-11-2012, Rtj Vol-00226-01 Pp-00633.



Capítulo 6

PLANEJAMENTO SOCIETÁRIO E SUCESSÃO

DR. PAULO PELI



Quando pensamos em empreender em uma atividade empresarial, temos em um primeiro momento, aquele ímpeto natural de imaginar um negócio próspero, que nos realize profissional e pessoalmente. Pensamos, ainda, no legado que poderemos deixar para nossas famílias e para as futuras gerações.

Uma questão importante, a partir daí, que pode até representar em algum momento, um desestímulo é entender bem o que esperamos realizar, mas o mais importante, em meu entendimento é como preencher o espaço existente entre onde estamos agora e o objetivo que se pretende alcançar, ou seja, como chegar lá, pois serão necessárias inúmeras tarefas, que muitas das vezes não são consideradas, quando do estabelecimento de um planejamento inicial.

Assim sendo, após idealizar o negócio, temos que detalhar em todos os seus aspectos, como realizar as etapas, pois tão importante quanto o objetivo que se pretende alcançar é como detalhar as metas de processos dentro desse planejamento, para que uma vez realizados, nos leve ao objetivo desejado. Utilizando uma linguagem figurada é como se estivéssemos em um dos lados de um rio muito largo e quiséssemos ir para o outro lado.

Onde estamos e para onde queremos ir, já sabemos, mas a questão é, o que fazer e como fazer para chegar onde queremos, ou seja, que tipo de embarcação, que tipo de tripulação, que insumos serão necessários, existe mercado do lado de lá, para consumir o que pretendo oferecer e por aí vai, principalmente, verificar com cuidado, quem vai ser meu sócio nessa jornada, pois na formação das sociedades, esse é um dos pontos mais complexos.

Assim, de uma forma muito mais complexa, a etapa do Planejamento Societário, requer atenção para uma importante quantidade de fatores, que vamos aqui discorrer, pois depois de todas as dificuldades de fazer um empreendimento dar certo, o tempo vai passar e um dia esse empreendimento vai precisar conviver com a natural sucessão, quando então, encontrarão pessoas que não eram titulares dos sonhos dos empreendedores originais, muitos sem qualquer afinidade com o negócio e/ou

mesmo com as pessoas que sentarão do outro lado da mesa, quando então vem a triste constatação, que os sócios têm herdeiros mas não têm sucessores.

Vamos então pontuar, de forma objetiva, os caminhos e os cuidados a serem percorridos, para um Planejamento Societário saudável, com a previsão de que haverá um futuro, no qual os cuidados com a sucessão do negócio deve ser considerada, tanto no aspecto da administração do negócio, aqui falamos das questões relativas aos aspectos de Governança Corporativa, bem como, na transmissão por herança, de bens deixados pelos sócios.

I – ASPECTOS IMPORTANTES NA DEFINIÇÃO DO MODELO DE NEGÓCIO

Questões relativas à Governança Corporativa, devem ser consideradas desde o início do negócio, que se pretende empreender.

Um primeiro passo importante é saber identificar, dimensionar e avaliar corretamente os riscos do negócio, sabendo, principalmente, diferenciar o que é risco que se pretende assumir, e não de caminhar pela incerteza. Para bem entender, risco é a avaliação das probabilidades, de um determinado evento ocorrer e como seria tratado, caso viesse a ocorrer, enquanto incerteza é algo que pode ser considerado, mas sobre o que não conseguimos estabelecer qualquer probabilidade.

Definir, como serão tratadas as questões societárias, com adoção de um Contrato Social, que reflita de forma clara e detalhada, tudo que deve reger a condução do negócio, com um Acordo de Acionistas, e previsão sobre a formação do quadro de diretores, formação de conselhos de administração, fiscal e outros, regras de *compliance*, poder diretivo e principalmente, como seguirá a administração do negócio, na eventual ausência ou retirada de um sócio, de maneira a que não impeça a boa continuidade do negócio.

Aqui fica um alerta: em muitas ocasiões pessoas buscam soluções caseiras e/ou baratas, na hora de preparar um contrato social, um acordo de acionistas e/ou um estatuto, que podem posteriormente, trazer sérias dificuldades para administração e

continuidade do negócio, muitas vezes com enormes prejuízos.

O Planejamento Societário, tem em seu início, a escolha do melhor tipo de sociedade, que se encaixe ao negócio que se pretenda empreender, com a melhor adequação ao regime tributário disponível, pois é importante lembrar, sobre a possibilidade de responsabilização dos sócios, bem como, considerar eventuais pontos de inflexão, que podem ocorrer por necessidade de reorganização, mudança na orientação do negócio ou até mesmo em uma eventual necessidade de extinção da sociedade.

É importante enfatizar, que em qualquer que seja o tipo de negócio, o modelo tributário adotado, o modelo de governança adotado, a previsão sobre a questão sucessória, tem sempre que estar presente.

II – PLANEJAMENTO SOCIETÁRIO E A PONDERAÇÃO DOS RISCOS DO NEGÓCIO

“O processo se inicia com a identificação e classificação dos riscos, o que pode ser realizado de acordo com a natureza, origem e conforme o segmento de atuação da empresa, sua cultura, entre outros critérios. Estabelece por exemplo, que há riscos internos (surgidos na organização), externos (alheios à empresa) e estratégicos (relacionados às informações utilizadas pela administração para a tomada de decisões)”. (IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa).

“São importantes, o monitoramento e a comunicação dos riscos. O primeiro envolve o constante acompanhamento, por parte dos Conselhos e da Diretoria, da eficácia e adequação do processo. Já a comunicação contribui para que o ambiente corporativo reflita os valores e a cultura de riscos desejada pela organização”. (IBGC).

Assim sendo, temos que, algumas reflexões devem ser feitas, quando pensamos em criar ou desenvolver um negócio, buscando uma correta dimensão do terreno que pretendemos percorrer, dentre os quais podemos considerar: quais são nossas metas de resultados (objetivos). Quais são nossas metas de processos (como e o que vamos fazer para atingir esses objetivos.

Então podemos avaliar:

- a) o que pode comprometer o cumprimento das estratégias;
- b) quais são as oportunidades do negócio, ameaças e incertezas;
- c) como explorar de forma positiva os riscos identificados;
- d) qual a percepção das pessoas na organização sobre os riscos e quais as medidas preventivas que podem ser estabelecidas;
- e) ter sempre atualizado um *crashing plan*, como medida de segurança, aplicável, em todos os segmentos do negócio (a falta de um *backup* adequado para todos os segmentos da organização), pode inviabilizar e até extinguir um negócio de décadas, em questão de horas;
- f) as informações para tomada de decisões são confiáveis?
- g) há uma cultura bem estabelecida para gestão de riscos?

Para assegurar uma boa gestão dos riscos empresariais, a organização deve dispor de políticas adequadas para garantir eficácia, com uma boa definição de políticas, criação de comitês, códigos de conduta e ética, que deixem claros quais são os princípios que norteiam a organização.

ESTRUTURAÇÃO DE UM MODELO PARA UMA SOCIEDADE ORGANIZADA

Vamos abordar o que consideramos, deve ser observado, para que um negócio tenha êxito.

É comum que sócios tenham a mesma posição sobre o negócio, mas muitas das vezes, os interesses, que raramente são externados, sejam diferentes. Assim sendo é importante identificar as posições e os interesses.

Para exemplificar, temos que a posição dos sócios é desenvolver um negócio, ganhar dinheiro, ter prestígio, mas um dos sócios de maneira íntima, na verdade está buscando

algo com o que se ocupar e pensando em ter a oportunidade de encaminhar filho ou filhos, para lhes dar uma ocupação e tentar dar-lhes um foco profissional.

Se os interesses não estiverem perfeitamente alinhados, poderemos encontrar aqui um ponto de conflito, daí enfatizarmos a necessidade do negócio nascer com diretrizes claras, com um contrato social bem elaborado, com acordo de acionistas, prevendo todas as possíveis ocorrências, que podem gerar conflitos e aí garantir, que a continuidade do negócio, não seja afetada pela diferença entre os interesses de cada um.

Os passos que vamos enumerar, levam em conta uma sociedade de grande porte, sendo que algumas etapas, processos ou estrutura decisória, possam ser eliminadas, para atender o tamanho das organizações, inclusive as de natureza familiar.

a) Ter um Contrato Social bem elaborado e consistente;
b) Ter um Acordo de Acionistas bem elaborado e consistente;
c) Escolha de um regime tributário, que melhor atenda o negócio e que não exponham a empresa a riscos fiscais desnecessários. Planejamento Tributário é uma palavra-chave, na concepção de um projeto;

d) Ter Estatutos que permitam a correta percepção do funcionamento da empresa em todos os seus segmentos;

e) Ter uma política de Recursos Humanos, que contemple todas as normas legais e regulatórias, notadamente nas questões relativas ao processo de inclusão de minorias. Neste tópico a criação de um canal de comunicação (preferencialmente preservando o anonimato), para que as pessoas possam relatar condutas que ferem a lei, o moral e os bons costumes;

f) Ter um órgão de *Compliance*, bem estruturado, com independência;

g) Ter um plano de sucessão, tanto em relação aos acionistas, bem como, membros do Conselho, da Diretoria e na equipe de profissionais, que inibam o favorecimento e as preferências pessoais, em detrimento da competência profissional (meritocracia);

- h) Ter um plano eficaz de avaliação de desempenho em todos os níveis da organização;
- i) Ter uma política para tratar questões de *insider trading* (negociação com informação privilegiada);
- j) Criar Comitê de Risco Institucional;
- k) Criar Comitê de Gestão de Pessoas;
- l) Criar Comitê de Auditoria e *Compliance*;
- m) Criar Comitê de Políticas de Crédito e Cobrança (com mecanismos antifraudes);
- n) Criar Comitê de Política de Compras (com mecanismos antifraudes).

Podemos avaliar, para cada caso e cada tipo de sociedade, quais os Conselhos, Comitês e/ou Grupos de Trabalho são necessários, para garantir a boa Governança.

GOVERNANÇA CORPORATIVA

Antes de tratarmos das questões do Planejamento Sucessório, vamos avançar um pouco mais, nas questões de Governança Corporativa, tratando de um tipo de sociedade, que requer cuidados extremos, haja vista, a proximidade das questões familiares com as questões profissionais.

Vamos falar então, de aspectos importantes a serem considerados, na Governança de Empresas Familiares.

Iniciaremos falando dos desafios, que devem ser considerados, quando tratamos de Empresas Familiares.

a) Um ponto que deve ser observado desde o início é como conciliar os interesses coletivos, com os interesses individuais, das pessoas envolvidas na sociedade. Aqui vale a pena considerar e prestar muita atenção, pois neste caso, além da pessoa envolvida, temos os que são sua extensão familiar, ou sejam, cônjuges, ascendentes, descendentes e outros, que possam de forma direta ou indireta, interferirem no andamento dos negócios.

b) Quando falamos dessas extensões familiares, temos que entrar na particularidade de cada um, mesmo que em princípio, pareça uma invasão de privacidade, mas é importante tratar do

regime de casamento, inclusive, de sucessores, pois amanhã poderão assumir uma posição importante na sociedade e dependendo do regime de casamento adotado, trazer graves conflitos na continuidade da sociedade e/ou no encaminhamento dos bens.

c) Blindar a empresa, de forma que ela não seja uma pura e simples, projeção das famílias envolvidas na sociedade, pois a empresa, muitas vezes, pode não crescer na velocidade e necessidades, resultantes do crescimento das famílias.

d) Só permitir o acesso à empresa, por membros da família, que tenham buscado um grau de profissionalização compatível com as necessidades da empresa. Nesta questão, deve haver uma preocupação dos acionistas de criarem sucessores e não simplesmente, herdeiros passivos, que não consigam participar de forma consistente na sociedade. Em situações como essas, a questão familiar deve ser relegada a um segundo plano, colocando-se em primeiro plano a capacitação sob o aspecto profissional.

e) Profissionalizar a empresa, será sempre um caminho para evitar, que interesses puramente pessoais, venham a colidir com os interesses do negócio. Para uma boa condução desta questão, a empresa deverá ser aparelhada para oferecer a todos os seus gestores, informações de forma transparente e com isonomia no trato dos iguais.

f) Na questão envolvendo a alta administração, assegurar, que todos tenham interesses convergentes, fazendo um correto balanceamento entre comprometimento pessoal e financeiro, direitos e deveres.

g) A presença de acionistas pertencentes ao núcleo familiar, observadas as premissas adotadas para tomada de decisões, pode fazer que a empresa tenha muito mais agilidade, do que empresas muito hierarquizadas e esse é um ganho competitivo, que deve ser bem aproveitado.

A empresa familiar, para buscar reconhecimento e respeito no mercado, deve considerar alguns fatores, que possam transmitir ao chamado Mercado, uma imagem de profissionalismo e segurança. Deve demonstrar que na empresa o crescimento é por

mérito e não por nepotismo, pois essa é uma forma que assegura a retenção de talentos na empresa.

Demonstrar também, que a Empresa adota as boas práticas de Governança Corporativa, com respeito e aplicação às Leis, Resoluções e Tratados, que regulamentam esses programas.

Demonstrar, que existe na Empresa, um processo bastante profissional, para a sucessão, tanto societária, quanto de administração e que a eventual presença de membros da família em postos chaves, obedecem a esses critérios.

Demonstrar, que as relações com investidores, órgãos governamentais, acionistas, consumidores, fornecedores e empregados, sempre são pautados em princípios éticos e estão firmemente sustentados pelos princípios de boas práticas de Governança Corporativa.

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

O que vamos tratar neste capítulo, vale tanto para a avaliação de riscos e continuidade de uma Empresa, familiar ou não, bem como, para a vida das pessoas em suas unidades familiares, sejam elas simples ou complexas, em razão das várias ramificações, que possam ter sido criadas, em razão da existência de filhos oficializados ou não, relações formais ou informais, em relação à convivência matrimonial formal ou não, mas além disso, como aqueles na linha direta de sucessão, que também vão constituir relações pessoais e profissionais e vão poder em algum momento trazer para dentro de uma empresa e/ou de um processo de sucessão familiar, alguém, que sequer sabíamos existir e que agora por obra do acaso, passa a ter direitos, que pode *vis-à-vis* os seus interesses, ser positivo para o resultado que se espera, ou trazer o caos, para dentro de nossos negócios e/ou famílias.

Nas questões empresariais, já discutiremos e de forma resumida, para assumir uma posição na empresa, isso não deverá ocorrer por simplesmente ser herdeiro, mas sim por meritocracia e por ter se preparado para o desempenho de funções, que justifiquem sua permanência no quadro de gestores da organização.

Relembramos aqui, que para evitar grandes transtornos em relação à essa questão, o Contrato Social e Acordo de Acionistas, deve deixar claro, que a simples condição de herdeiro, não pode assegurar a participação na administração do negócio.

O que devemos então considerar e entender, na questão de sucessão?

a) Entender o que diz a CFB - Constituição Federal do Brasil, sobre o que se entende por família, pois aqui são tratadas as formas de reconhecimento de entidade familiar, o que é o casamento, conforme disposto no CC - Código Civil Brasileiro, bem como, as espécies de casamento. É importante conhecer essas questões, pois elas podem trazer consequências de natureza cível e consequentemente patrimonial.

b) Nesta questão, o Regime de Bens, reveste-se de vital importância, para o futuro das relações familiares e para a sequência das atividades empresariais, uma vez que eventuais herdeiros não desejados, advindos de uma escolha equivocada quanto ao regime de bens, pode trazer sérias implicações para a continuidade do negócio e/ou para sua saúde financeira.

c) É importante observar, que para qualquer regime de bens, considerando os legalmente previstos comunhão parcial de bens (art. 1640 CC) e a separação obrigatória de bens (art. 1641, I a III, CC), e os regimes convencionais, como por exemplo o da comunhão universal, há sempre a obrigatoriedade de celebração de pacto antenupcial, para os que não sejam os regimes legais. As espécies de regime de casamento, bem como, disposições sobre o pacto antenupcial, devem seguir o que preconiza o Código Civil Brasileiro, em vigor.

d) Atenção especial, para situações de união estável, pois em muitas situações as pessoas negligenciam a questão formal, que possam estabelecer de forma clara, as condições e limites avençados ou tacitamente aceito pelas partes, sobre essa relação.

O Planejamento Sucessório é a maneira pela qual, são definidas as condições para transferência de bens e direitos, dos patriarcas da família e/ou acionistas do negócio empresarial, quando

houver. É o que determina a forma legal, sobre a transferência de bens e direitos, para sucessores, herdeiros e outros beneficiários, estabelecendo as condições e o quinhão de cada um.

Esse planejamento, não deve visar apenas a sucessão *post mortem*, mas deve também, prever situações de incapacidade temporária ou permanente, daí a razão, para recomendarmos a materialização dos desejos, de quem tem o que deixar após a morte, atualizando sempre que necessário. Figurativamente é como se anualmente ao fazer a declaração para o Imposto de Renda, fizesse uma atualização de seus desejos, para a destinação do que possui.

O Planejamento Sucessório, visa preservar a atividade empresarial e os bens do indivíduo e/ou família, garantindo a continuidade das atividades pessoais e empresariais, evitando burocracia, quanto à utilização de recursos disponíveis.

Um bom Planejamento Sucessório, deverá evitar um usualmente difícil e caro processo de inventário, mostrando-se, portanto, uma estratégia mais eficaz no tratamento em uma situação de sucessão por morte, que por si só, já é um momento de dor para a família, que se agravaria com uma situação de disputas pela sucessão, assim sendo, fazer um bom Planejamento Sucessório é altamente recomendável.

Realizar um bom Planejamento Sucessório, requer cuidado e conhecimento dos propósitos que se pretende atingir. Não existe, em meu entendimento, uma fórmula pronta aplicável genericamente para todos. Há que se examinar com cuidado, as condições legais disponíveis e então construir um modelo que atenda a cada situação em particular.

Existem, dentro de nosso arcabouço legal, vários meios de se efetivar um Planejamento Sucessório, dentre os quais destacamos o Testamento, em suas várias formas, a doação, que pode ser efetivada com reserva de usufruto, a criação de empresas com características de *Holding* familiar, dentre outras possibilidades, que como dissemos, deve ser avaliada para cada caso.

Quando mencionamos, anteriormente, sobre a possibilidade

de aparecerem na linha sucessória, personagens inesperados, lembramos sobre a possibilidade de gravar bens deixados em herança, com cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade, como forma de garantir, que o patrimônio permaneça dentro do núcleo familiar, não se esvaziando, por conta de situações, como as mencionadas em relação aos regimes de casamento.

Para que essas questões aqui mencionadas, recebam atenção e inspirem providências, temos que imaginar, que à frente desses processos, encontraremos alguém com liderança e competência, para de forma preventiva cuidar do seu legado.

“Os líderes têm um papel significativo na criação conjunta do estado de espírito da sociedade que comandam. Eles podem servir como símbolos da unidade moral da sociedade familiar e empresarial. Eles podem expressar os valores que mantêm a sociedade unida. Mais importante, eles podem conceber e articular metas que tirem as pessoas de suas preocupações mesquinhas, conduzam-nas acima dos conflitos que destroem uma sociedade familiar ou empresarial e as unem na busca de objetivos dignos de seus melhores esforços”. (John W Gardner- adaptado).

Esse é como entendemos deve ser o legado daqueles que lideram os processos de construção de riqueza familiar e empresarial, portanto, um processo de Planejamento Societário e Sucessório, tratado com total transparência, com aqueles que são diretamente envolvidos, é o que pode assegurar perpetuar o legado, sobre aquilo que foi construído e seu desenvolvimento futuro.

REFERÊNCIAS

Gerenciamento de Riscos Corporativos – (IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa) - 2017;

Governança Corporativa em Empresas de Controle Familiar – (IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa); Saint Paul Editora Ltda – 2006.

Case Studies of Good Governance Practices – (International Finance Corporation, Global Corporate, Governance Forum) - 2006;

Bennis, Warren & Nanus, Burt - Leaders, the Strategies for Taking Charge – Harper & Row, Publishers, Inc- 1986.



Capítulo 7

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL: ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE FORMA EFICIENTE

DRA. PATRICIA AYUB DA COSTA



PALAVRAS INICIAIS, MAS INDISPENSÁVEIS AGRADECIMENTOS

Inicialmente é preciso agradecer a oportunidade de participar desta obra coletiva de comemoração e revelar minha participação na história do escritório Graça Advogados Associados.

Minha jornada iniciou em 2001, ainda estudante do terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina. Tive o privilégio de ser entrevistada e escolhida pela Dra. Denize Cabulon Graça com objetivo de ser a estagiária designada para pesquisas.

Durante minha trajetória de estagiária, trabalhei com vários advogados que me ensinaram muito sobre a advocacia, sobre o Direito, a Ética e sobre humanidade. Ao final do curso, fui convidada para permanecer no escritório, agora como Advogada Júnior. E assim, fui evoluindo, ganhando confiança dos clientes e do escritório, passei por Advogada Associada e ao final, por Advogada Sócia. Fui responsável pela área cível do escritório por um período, tive grandes mentores e trabalhei intensamente com o Dr. João Alberto Graça, com a Dra. Denize Cabulon Graça e com o Dr. Marcus Vinícius Cabulon, com quem dividi sala, processos e teses jurídicas por anos, um grande companheiro e professor.

Assim, o Graça Advogados Associados foi o único escritório em que atuei e aprendi a ser advogada, negociadora, combativa, tudo ao seu tempo e conforme a peculiaridade do caso e do momento que se impunha. A ética sempre foi o norte de qualquer tomada de decisão e defesa dos interesses dos clientes, bem como do tratamento dos colegas patronos da parte contrária, do sistema Judiciário e dos companheiros de trabalho, indo das nossas incríveis copeiras até os fundadores do escritório.

Ao final de 2014 fiz uma opção pessoal de dedicação à minha filha e à Universidade Estadual de Londrina. E é claro que contei com a compreensão dos meus sócios que me apoiaram

e me renderam uma linda homenagem, o que só fez com que minha admiração fosse ainda maior e nossa amizade duradora.

Atualmente, em sala de aula, sou uma professora de processo civil, de métodos de solução de conflitos e de direito internacional que teve a oportunidade de conhecer de muitas situações na prática, o que me torna uma profissional melhor.

Deste modo, espero que tenham compreendido que eu precisava render minhas homenagens à história deste escritório que me acolheu ainda menina e me viu amadurecer no Direito, na advocacia e na vida, como ser humano e profissional. Meus profundos e sinceros agradecimentos a todos que contribuíram nesta jornada e que não ousarei nominar para não pecar pelo esquecimento.

INTRODUÇÃO À TEORIA DO CONFLITO E AOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS

A vida é conflituosa por natureza. O conflito faz parte do dia-a-dia de todos, nas mais diversas relações pessoais às profissionais. Acordamos negociando conosco se levantamos ou não da cama, negociamos o tempo todo com as pessoas que moram conosco ou com quem trabalhamos.

O conflito não é sinônimo de confronto. O conflito é uma oportunidade de autoconhecimento, empatia, negociação, gestão e poder.

A advocacia é a arte de gerir o conflito, extraindo dele as opções mais eficientes e viáveis aos interesses do cliente. Raramente o advogado recebe um e-mail, mensagem ou ligação que não se trate de um conflito (ou já confronto) que depositam em suas mãos para que ele resolva.

Os conflitos empresariais são diversificados e alguns, muito complexos, envolvendo diversas áreas do conhecimento jurídico, o que desafia o bom profissional do Direito a ser um especialista em determinada área do conhecimento, mas sem perder a visão do todo, exigindo dele o exercício de um estrategista e gestor que busca resultados de sucesso.

Diversas são as formas de solucionar um conflito, sendo a mais conhecida o processo judicial. No entanto, o Judiciário, na contemporânea visão do estudo dos meios adequados de solução de conflitos, deve ser a última alternativa a ser utilizada. E por quê?

Porque o Judiciário está congestionado de processos, o que o leva a ser demorado, caro e ineficiente.

Disputas judiciais tendem a produzir vencedores e perdedores, mas raramente produzem soluções satisfatórias para os reais problemas das partes envolvidas. Em muitos casos, disputas judiciais têm resultados quase tão devastadores para os vencedores quanto para os perdedores, em custos possíveis de se calcular, como gasto de tempo, dinheiro com excessivos honorários de advogados e peritos técnicos, e outros não tão fáceis de estimar, como o custo de desviar a atenção e esforços de executivos e indivíduos de suas tarefas principais, perda de oportunidades e perdas decorrentes da deterioração de relacionamentos, seja no mercado ou no campo pessoal. A grande maioria das disputas que normalmente nos envolvemos podem ser resolvidas em menor tempo e com menor custo, preservando relacionamentos importantes e estratégicos para o sucesso em um mercado competitivo, para a implementação de uma política pública, ou para se atingir um objetivo desejado⁴¹.

É claro que não se está negando a necessidade e utilidade do Estado na solução dos conflitos, pelo contrário, mas é preciso entender que existem várias formas de se resolver conflitos e que para cada conflito existe um ou mais métodos adequados de solução.

⁴¹ FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos. SALLES, Carlos Alberto de [et al] (coord.). In **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 73-74.

Em certos casos, a solução via Poder Judiciário é a mais indicada; muitas vezes, necessária. Mas assim como a vida em sociedade é dinâmica e existem conflitos de toda sorte, e é natural que a solução dos conflitos ocorra por meio de métodos diferentes, respeitando as peculiaridades das partes, do tema em disputa e outras circunstâncias que não cabem na resposta única da solução adjudicada dada pelo Poder Judiciário”⁴².

Então, o que fazer?

O advogado como um gestor de conflitos deve analisar as peculiaridades que o caso comporta, as necessidades das partes envolvidas, o tempo, os custos de transação e traçar o melhor caminho para a prevenção e resolução do conflito. Este trabalho se inicia na consultoria, na preparação do contrato, no acompanhamento da negociação, justamente para que, se no futuro houver conflito, ele possa encontrar no contrato os mecanismos de segurança e solução. E neste sentido, buscar resolver estes conflitos, primeiro de forma consensual e só após não ser frutífera a tentativa de acordo, buscar a solução adjudicada por um terceiro que terá o poder de julgar o conflito.

Considerando que na maior parte dos conflitos empresariais envolvendo relações societárias, contratos de longa duração e determinadas relações esporádicas, mas de caráter relevante para o negócio, para a identidade da marca, do mercado consumidor e de fornecedores, manter uma boa relação antes, durante e depois é essencial para minimizar danos e possibilitar ganhos futuros. Isto nos leva a crer que as relações empresariais demandam prévio conhecimento do negócio, da parte envolvida, do produto, do mercado etc.

Toda essa análise impacta no que se denomina de custos

⁴² LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. SALLES, Carlos Alberto de [et al] (coord.). In *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 44-45.

de transação, ou seja, custos de informação, monitoramento, registro e execução de contratos e negócios.

Custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação. Incluem-se nessa concepção de custos de transação, o esforço com a procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade do bem desejado, a *segurança do cumprimento das obrigações pela outra parte, isto é, do adimplemento certo, seguro e a tempo*, passa pelas garantias que o agente venha a requerer para caso de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito, e abrange, até mesmo, o trabalho com a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas essas tratativas, desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes, compreende, enfim, cuidados e o tempo despendido entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação ou transação, na linguagem dos economistas, e o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes. Pode ser considerado um custo de transação qualquer movimento posterior à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito. *Medidas judiciais, quando se as consideram inevitáveis para a satisfação da pretensão, por conta do recurso ao Judiciário, do tempo e esforços dispendidos entram no cômputo e, portanto, na estratégia de qualquer agente econômico, como fonte de custos de transação.*⁴³

⁴³ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 22, abr.-jun. 2005, p. 252-253.

Neste sentido, resta lógico que a elevação dos custos de transação aumenta o custo da própria atividade empresarial e do negócio, seja qual for. Esta é uma realidade para a empresa, para as relações contratuais, societárias e para os mecanismos de solução dos conflitos.

O mercado tende a buscar previsibilidade e segurança jurídica, o que significa a possibilidade de avaliação de custos e riscos pelos agentes, mesmo que dentro de uma racionalidade limitada, mas que permita que eles se organizem na busca pelo resultado mais eficiente

Em comparação com a jurisdição estatal, tanto a mediação quanto a arbitragem são tidas como mais eficientes para as relações empresariais, pois favorecem um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento dos contratos, reduzindo os custos de transação e maximizando a eficiência na relação comercial entre as partes.

Diante destas considerações, parte-se para esclarecimentos quanto às vantagens de se utilizar a mediação e a arbitragem para solução dos conflitos empresariais em comparação ao sistema judiciário.

VANTAGENS DA MEDIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS

A mediação é classificada como um mecanismo de solução de conflito autocompositivo, ou seja, onde a vontade das partes impera. São as partes, geralmente assistidas por seus advogados, que constroem a solução do conflito posto. Esse protagonismo eleva e muito o incentivo ao cumprimento do que foi acordado, pois não foi forçado, pelo contrário, foi pensado, planejado, monitorado e executado conforme a vontade das partes em consenso.

A mediação, portanto, é um método não adversarial de solução de conflitos, e isto resulta no favorecimento de um diálogo construtivo, permitindo o entendimento do contexto conflitual e a reavaliação das próprias perspectivas e da outra parte, o que proporciona a criação de soluções mais criativas e favoráveis

aos interesses e necessidades de todos, possibilitando ainda o tratamento de questões emocionais que eventualmente estejam envolvidas no conflito. Por isso se costuma dizer que a mediação é mais profunda que a conciliação e que o processo judicial.

E o interessante é que, embora a mediação seja mais profunda, é menos invasiva que os demais métodos. O desafio do mediador – terceiro imparcial escolhido pelas partes ou pelo juiz - é estimular as partes a retomarem a comunicação e atuarem como parceiras para encontrarem o ponto de convergência dos seus interesses para resolverem o conflito. Mas então o mediador não decide? Exatamente, o mediador não decide, mas é ele, enquanto profissional habilitado com as técnicas corretas de negociação, que levará as partes a retomarem o diálogo.

Essa busca mais profunda pelo restabelecimento da comunicação das partes faz com que a decisão tomada por elas seja mais estável e duradora e por esta razão mostra-se muito eficiente para conflitos de direito de família e societário, além de revelar potencial de crescimento em áreas “como as de construção civil, energia, infraestrutura, seguros, societário, contratos, responsabilidade civil, dentre outras em que existam relações continuadas entre os envolvidos”⁴⁴.

A mediação pressupõe a autonomia da vontade, a isonomia entre as partes, a consensualidade, informalidade, boa-fé, imparcialidade do terceiro, oralidade, confidencialidade e decisão informada (art. 2º da Lei de Mediação e art. 166 do CPC/2015).

Outro ponto importante a se destacar é que a mediação pode ocorrer fora do Poder Judiciário (mediação extrajudicial) ou dentro de um processo judicial em andamento (mediação judicial).

O sistema legal brasileiro preza pela utilização da mediação como método adequado de solução de conflito é a política pública para tratamento de conflitos de interesses do Conselho Nacional de Justiça desde a Resolução n. 125/2010. Passou também a ser incentivada pelo

⁴⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação empresarial em números: um retrato do funcionamento da mediação em Câmaras de Mediação e Arbitragem que atuam no Brasil. In BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação Empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2019, p. 168.

Código de Processo Civil de 2015 que regula os processos judiciais, bem como pela vigência da Lei de Mediação, Lei n. 13.140/2015.

É ponto pacífico que a mediação deve ser incentivada pelo Estado, em todos os seus âmbitos de atuação, bem como pelos advogados, promotores de Justiça, defensores públicos e pela sociedade civil para resolução do conflito que verse sobre direito disponível ou direito indisponível que admita transação (interpretação dos arts. 1º e 3º da Lei de Mediação em conjunto com o art. 3º, §2º e §3º do CPC).

E neste sentido, diante da pandemia do COVID-19, observa-se pela declaração do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, que o melhor método para solução das novas demandas causadas pelos impactos comerciais, econômicos e jurídicos da pandemia seria a mediação, especialmente, a mediação extrajudicial.

A mediação é fundamental, neste momento, para que possamos superar a crise. A mediação é complementar à atividade jurisdicional, assim como a conciliação. Toda vez que acontece uma crise econômica, sucede um grande aumento de demandas, pedidos de revisão de contratos, moratórias e recuperação de empresas. [...]

A saída para o Brasil é a renegociação, e será melhor se acontecer fora do Poder Judiciário. Os instrumentos de regulação não foram nem serão alterados em função da crise. Neste momento, precisamos de diálogo, e a melhor maneira de intermediar esse diálogo é a mediação.⁴⁵

Deste modo, resta patente que a mediação, enquanto representante da cultura de paz construída pelas partes é mais vantajosa que a sentença judicial, decisão adjudicada por um

⁴⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Mediação é fundamental para enfrentar a crise, afirma ministro Noronha em debate na internet.** Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Mediacao-e-fundamental-para-enfrentar-a-criese--afirma-ministro-Noronha-em-debate-na-internet.aspx>. Acesso 07 set. 2020.

terceiro, que tem milhares de outros litígios para decidir. Kazuo Watanabe⁴⁶ há muito tempo defende que a autocomposição proporciona um efetivo acesso à ordem jurídica justa, filtrando o que realmente precisa ser julgado pelo juiz daquilo que pode ser consensualmente resolvido com o auxílio de um terceiro capacitado – o conciliador ou o mediador.

O Código de Processo Civil optou por diferenciar a conciliação da mediação judicial pelo grau de vínculo existente entre as partes e pelo grau de interferência do terceiro imparcial na solução do conflito.

Desta forma, o art. 165, §3º do CPC prevê que a mediação é o método de solução de conflito em que o mediador atuará preferencialmente em casos onde exista vínculo anterior entre as partes trabalhando no restabelecimento da comunicação, enquanto que o conciliador atuará preferencialmente nos casos onde não haja vínculo anterior, podendo sugerir soluções, desde que não haja constrangimento ou intimidação das partes (art. 165, §2º, CPC).

Em conclusão, Fabiana Marion Spengler distingue a conciliação da mediação:

A conciliação tem por objetivo principal a pacificação do litígio processual mediante a elaboração de um acordo. Já a mediação pretende humanizar o conflito, restabelecendo a comunicação rompida entre os litigantes e tornando-a viável e, se possível, harmoniosa. O acordo é efeito secundário da mediação, e não objetivo principal a ser perseguido, como é o caso da conciliação⁴⁷.

Pois bem, diante das peculiaridades e complexidade das relações humanas, empresariais e governamentais é possível um exercício criativo dos advogados para planejamento, gestão

⁴⁶ WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

⁴⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos – da teoria à prática**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 74.

e resolução de conflitos, montando um verdadeiro desenho de solução de conflitos (Dispute Systems Design – DSD), sendo imprescindível a aplicação da técnica adequada ao caso, às partes e interesses envolvidos.

Neste sentido, o processo judicial e a sentença judicial deixaram de atender a todas as necessidades e houve um crescimento relevante do emprego das técnicas de autocomposição, percebendo-se a necessidade de ir além, de se desenvolver um desenho de sistema de solução para o conflito, criando, prevenindo, gerindo e resolvendo os conflitos de acordo com as necessidades do caso concreto, dos envolvidos e do tema.

A mediação apresenta vantagens econômicas, sociais e jurídicas evidentes na resolução de conflitos onde importe a continuidade das relações.

Vale dizer que eventual acordo advindo da mediação judicial (ocorrida no processo judicial) será homologada por sentença e se descumprida, será levada a cumprimento de sentença pelo disposto no art. 523 e seguintes do CPC.

Por sua vez, o acordo advindo de uma mediação extrajudicial, desde que cumpridos os requisitos de um título executivo extrajudicial (art. 784, III, IV, do CPC) em caso de descumprimento, poderá ser executado judicialmente conforme os artigos 771 e seguintes do CPC. Existe também a possibilidade das partes realizarem o acordo e levarem à homologação judicial.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro garante validade e efetividade à mediação, não havendo que se questionar a segurança jurídica e previsibilidade do instituto.

VANTAGENS DA ARBITRAGEM PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS

Já a arbitragem é mecanismo de solução de conflitos heterocompositivo, ou seja, delega-se ao terceiro imparcial – árbitro - escolhido pelas partes o poder de julgar e decidir definitivamente, por meio de sentença, sobre o conflito trazido a ele. Deste modo, a decisão do árbitro é equivalente à decisão

do juiz. A diferença e vantagem é que o árbitro é escolhido pelas partes e o procedimento, a lei, o idioma, local é tudo decidido pelas partes, antes (por meio de cláusula compromissória) ou após (compromisso arbitral) o conflito. É a terra da autonomia da vontade, com os devidos limites legais.

[...] arbitragem é um método de solução de conflitos com extrema influência dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva, uma vez que são as partes capazes civilmente, seja pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que escolhem um ou mais árbitros ou uma instituição arbitral para decidir a controvérsia futura ou existente, conforme regras, procedimentos, lei aplicável, sede de arbitragem e língua, de interesse delas, retirando a competência da jurisdição estatal e concedendo poderes para que a decisão desse terceiro seja obrigatória e irrecorrível.⁴⁸

A arbitragem tem crescido exponencialmente no país desde a vigência da Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307/96. Após a sua reforma em 2015, autorizou-se expressamente a Administração Pública Direta e Indireta a utilizar arbitragem em seus contratos administrativos, o que tem se revelado pertinente para o incentivo de captação de recursos privados e parcerias público-privadas.

A arbitragem possibilita uma governança e previsibilidade para as contratações de longa duração, pois indica, desde a negociação do contrato, uma pré-disposição para cooperação das partes e inibição de descumprimento do que for pactuado, pois se sabe que será julgado rapidamente por *expert* na matéria, com um custo de honorários a se ponderar, revelando um incentivo econômico para o adimplemento das obrigações e para manutenção da credibilidade comercial.

⁴⁸ LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa. **A inserção da cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos internacionais do comércio**. 2010, 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, p. 104.

A possibilidade de escolher o seu julgador não traz desconfiância na sua competência e imparcialidade como alguns podem pensar, pelo contrário, para as partes concordarem consensualmente com os seus julgadores   porque depositam grande confiança no seu conhecimento, reputa o e trabalho. O fato do árbitro poder ser alguém com especialidade, conhecimento teórico e prático sobre a matéria controvertida traz maior segurança no seu julgamento, menores chances de erro e até por isso sua decisão será irrecorrível.

Dentre as vantagens de utilizar a arbitragem para a resolu o de conflitos patrimoniais disponíveis   a celeridade. Isto se dá por várias razões, seja porque a arbitragem não está sujeita a um sistema recursal e nem a rigidez do procedimento judicial, bem como pelo volume de trabalho do árbitro ser inferior ao de um juiz estatal e ainda pelo árbitro possuir uma infraestrutura que proporciona maior rapidez na tomada de suas decis es⁴⁹. Não há d vidas de que a economia de tempo   um incentivo econômico essencial em compara o com a jurisdi o estatal.

Outros pontos considerados vantajosos da arbitragem são a confidencialidade, o que traz um benefício competitivo para as partes, que não terão sua controvérsia exposta publicamente, bem como a flexibilidade do procedimento, podendo, dentro das garantias do devido processo, adequar o procedimento às necessidades do conflito.

Quanto   rela o da arbitragem com o Poder Judiciário   possível afirmar⁵⁰ que existe uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça favorável   arbitragem, respeitando seus princípios, as decisões arbitrais e validando os poderes do  rbitro. Existe coopera o entre a jurisdi o estatal e a privada quando necessário, prevista, inclusiva na Lei de Arbitragem e no Código

⁴⁹ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e gera o de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo. vol. 4, n.1, p. 15-28, jan.-jun. 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em 10 jul. 2015, p. 19.

⁵⁰ Vide COSTA, Patricia Ayub da; MUNIZ, Tânia Lobo. **Lei de Arbitragem e Lei de Media o Anotadas**. Londrina: Thoth, 2020.

de Processo Civil.

Por todos estes motivos é inegável que a advocacia possui na arbitragem a segurança de uma prestação jurisdicional de qualidade ao seu cliente, devendo, apenas ser cautelosa na elaboração da cláusula compromissória, na utilização da autonomia da vontade para bem escolher a instituição arbitral ou os árbitros *ad hoc*, as regras que regerão o procedimento, os cuidados com os valores dos honorários e da taxa administrativa da câmara, adequando-as à realidade econômica do seu cliente, a fim de não inviabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Pois bem, a arbitragem possui resguardo legal e econômico tanto em âmbito nacional quanto internacional, o que possibilita segurança e previsibilidade aos empresários e aos advogados, sendo um mecanismo extremamente profissional e útil para solução de conflitos que demandam complexidade, rapidez e conhecimento qualificado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: DECISÃO CONSCIENTE DO ADVOGADO EM CONSENSO COM O CLIENTE

Deste modo, depois de analisar o caso trazido pelo cliente, de verificar quais as possibilidades para a solução do conflito é importante que o advogado converse com o cliente sobre o caminho que será tomado, demonstrando as vantagens e desvantagens de cada método de solução de conflito, apontando as peculiaridades e necessidades envolvidas.

É extremamente importante que tanto o advogado quanto o cliente estejam conscientes da melhor estratégia e se abram a estas “novas” possibilidades de solução dos conflitos.

Como se viu, a mediação e a arbitragem são meios seguros e eficientes de solução de conflitos para quem deseja manter o relacionamento empresarial de forma duradora, equilibrada, ou que deseja não revelar ao mercado o conflito ou os segredos do negócio, em razão da confidencialidade dos procedimentos.

Outro ponto de evidência é o poder dado às partes e aos patronos nos meios extrajudiciais de solução de conflitos, pois a

autonomia da vontade preza pela cooperação, pela construção mútua das regras do procedimento, da lei aplicável, do profissional qualificado que atuará como terceiro imparcial.

A consciência de que as relações empresariais contemporâneas necessitam de respostas mais adequadas, rápidas, dinâmicas, eficientes e seguras não induz à total exclusão do Poder Judiciário, mas incentiva a adesão a outros métodos de solução de conflitos, autocompositivos, como a conciliação e a mediação, e heterocompositivo, como a arbitragem, que se destaca por sua força obrigatória, acarretando um *enforcement* diferenciado e vantajoso aos agentes que podem dosar, por um acordo de vontades, a coercitividade necessária para o cumprimento da obrigação, ou ao menos, a minimização de danos, dentro de um cenário tão complexo e diversificado.

REFERÊNCIAS

COSTA, Patricia Ayub da; MUNIZ, Tânia Lobo. **Lei de Arbitragem e Lei de Mediação Anotadas**. Londrina: Thoth, 2020.

FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos. SALLES, Carlos Alberto de [et al] (coord.). In **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação empresarial em números: um retrato do funcionamento da mediação em Câmaras de Mediação e Arbitragem que atuam no Brasil. In BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação Empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2019.

LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa. **A inserção da cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos internacionais do comércio**. 2010, 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. SALLES, Carlos Alberto de [et al] (coord.). In **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo. vol. 4, n.1, p. 15-28, jan.-jun. 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso 10 jul. 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos – da teoria à prática**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Mediação é fundamental para enfrentar a crise, afirma ministro Noronha em debate na internet**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Mediacao-e-fundamental-para-enfrentar-a-crise--afirma-ministro-Noronha-em-debate-na-internet.aspx>. Acesso 07 set. 2020.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, n. 22, abr.-jun. 2005.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional**

para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeska-zuowatanabe.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.



Capítulo 8

AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS "A LICITAÇÃO"

DR. SEBASTIÃO CÉSAR COELHO



INTRODUÇÃO

A licitação é procedimento obrigatório em todas as contratações públicas, nesse procedimento, a Administração identifica suas necessidades e as entabula em instrumento que é comumente conhecido como edital.

Vale ressaltar que nas contratações públicas, há diversas peculiaridades, e uma delas é a presença de cláusulas não comuns nas contratações privadas, tais cláusulas são chamadas de Cláusulas Exorbitantes, estão inseridas no contexto dos Contratos Administrativos. Por sua vez, os Contratos Administrativos, são os contratos que são firmados pela Administração Pública, quando ela figura na contratação manifestando expressamente que o objeto daquele contrato visa atender às atividades precípua da Administração Pública.

Os Contratos Administrativos são precedidos de um processo formal de seleção que tem sempre por objetivo a escolha de uma proposta que seja mais vantajosa para a Administração Pública, esse processo formal de seleção da proposta que melhor atende aos interesses da Administração Pública pode ser conceituado como licitação.

Para o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello⁵¹ a Licitação em seu entendimento:

É um certame que as entidades governamentais devem promover no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa as conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

A Licitação é portanto, o processo administrativo composto

⁵¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 517.

por uma série de atos oficiais definidos em Lei, cujo objetivo é a obtenção de uma proposta que mais satisfaça aos anseios da Administração Pública, selecionada a partir de possível número de interessados em contratar com a Administração Pública, após a análise de Edital ou Convite que demonstrou todas as condições necessárias para que possam atender ao objeto da contratação.

DA EXIGÊNCIA DA LICITAÇÃO

A Administração em todas as suas contratações não pode prescindir da Licitação é ela portanto, um processo que é exigido pela Legislação de Regência. A Lei que disciplina a Licitação e as Contratações com a Administração é a Lei Federal 8.666 de 21 de junho de 1993, esta lei veio para regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal.

A Lei de Licitações diz em seu artigo 1º firma que ela estabelece normas gerais para licitações e contratos administrativos atinentes a obras e serviços, incluindo os contratos de publicidade, além das obras e serviços, alcança também as compras, as alienações e as locações, no ceio dos três poderes da União, dos Estados Membros e do Distrito Federal, bem como no âmbito do Executivo e Legislativo Municipal.

Além da Administração Direta e todos os seus órgãos, se submetem ao Diploma das Licitações as Instituições da Administração Indireta da União, Estados Membros, Distrito Federal e pelos Municípios.

A exigência da Licitação tem sua fundamento primeiro na Constituição Federal o artigo 37, inciso XXI, firma que *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*. (grifou-se)

E no mesmo espectro, da matriz constitucional vem a Lei

das Licitações no artigo 2º e preconiza a exigência da Licitação todas as vezes que a Administração Pública for contratar obras e serviços com terceiros.

A Licitação, assim sendo, não é uma faculdade, na verdade é uma exigência, e não pode a Administração Pública contratar como entender, deve ela quando no exercício de suas atividades necessitar contratar obras e serviços fornecidos por terceiros, sempre a Licitação deve ser realizada, para que possa receber e escolher conforme critérios estabelecidos no Edital ou Convite aquele interessado que ofertar a proposta que melhor atenda suas necessidades.

Importa ressaltar, que estão obrigados a licitar por força da norma constitucional do art. 37, caput todos os órgãos e entidades do Poder Público, tanto da Administração Direta, que são as pessoas de Direito Público com capacidade política, quanto a Administração Indireta que são as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

E, quanto ao que se deve licitar como exigência plena, no viés da legislação dever ser *unicamente aqueles objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes.*⁵²

DA DISPENSA DA LICITAÇÃO

Como dito no parágrafo anterior, a Licitação é uma exigência e não uma faculdade, sendo, portanto, uma regra, e como toda regra há também suas exceções, ou seja, há hipóteses em que a Licitação pode ser dispensada, ou inexigida. A dispensa da Licitação está prevista no artigo 24 Lei de Licitações e nele há 32 incisos com hipóteses em que a licitação deixa de ser uma exigência. Além do artigo 24, há também algumas hipóteses contidas no artigo 17 da mesma lei.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵³ considera que:

⁵² Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 534.

⁵³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 367.

“Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação, quando haja possibilidade de competição. Precisamente por constituírem exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito”.

Convém notar, que a dispensa não é uma possibilidade que pode se dizer que é Administração Pública pode contratar adstrita de sua vontade, o artigo 26 da mencionada Lei das Licitações preconiza que a dispensa deve ser devidamente justificada em processo de contratação com toda fundamentação fática do porquê da dispensa e o porquê da escolha de determinado fornecedor.

Assim, conclui-se que embora a contratação possa ser dispensada, ela não pode deixar de ser justificada e ter seu contrato devidamente acompanhado pelos órgãos de controles internos dos órgãos que assim contratarem.

DA INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO

Como demonstrado acima prescrevendo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que consiste em dizer que são licitáveis unicamente os objetos que possam ser fornecidos por mais de um fornecedor, já se depreende, que, aquele objeto que possui apenas um fornecedor não necessita haver prévia licitação, portanto, em um processo de licitação que chame a possibilidade de existir uma competição.

Esta hipótese existe e está prevista no artigo 25 da Lei de Licitações, o caput no mencionado artigo diz que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, então enumera três incisos: *I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço,*

pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Em suma os três incisos, dizem que, primeiramente, inexige-se a licitação para a aquisição de objetos que só possuem um único fornecedor, seja um produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedando-se obviamente, a preferência de marca.

Convém ressaltar, que tanto a doutrina e jurisprudência entendem que se excluem da vedação de preferência de marca que se trata da aquisição de peças originais, que seus bens não venham perder notadamente suas garantias.

A segunda hipótese de inexigibilidade alcança as contratações de serviços técnicos, que se encontram elencados no artigo 13 da mesma Lei das Licitações, que são obviamente de natureza singular, que são fornecidos por profissionais ou empresas de notória especialização, ficando vedada referida inexigibilidade para os serviços de publicidade e divulgação.

Os serviços técnicos mencionados são os estudos técnicos, os planejamentos e projetos básicos ou executivos, os pareceres, as perícias e avaliações em geral, as contratações de assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias, a fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços, o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, o treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, bem como a restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

A terceira e última hipótese de inexigência de licitação é portanto, para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, quer seja direta, ou passando por empresário exclusivo, exige-se ainda, que tal artista seja consagrado pela crítica especializada, ou pela menos pela opinião pública.

Conclui-se então que as contratações que inexistem licitação, muito embora inviável qualquer competição, deve ela de qualquer modo, perceber todo um processo que no mínimo vai exigir que a Administração Pública cuide para não contratar sem observar qualquer critério. Pois assim como na contratação por dispensa a inexigibilidade cobra que o responsável pela contratação abra um processo formal e justifique amplamente o porquê daquela contratação.

DAS MODALIDADES

O termo modalidade pressupõe de chofre espécie, classe, opções de uma mesma espécie. Em se tratando de licitação modalidade as espécies de licitação que podem ser utilizadas, a Lei de Licitações no artigo 22 define as espécies existentes que são a Concorrência, a Tomada de Preços, o Convite, o Concurso e o Leilão, foram estas cinco modalidades, ainda existe outra que foi criada pela Lei 10.520/2002, que a modalidade Pregão, esta podendo ser realizada de duas formas Presencial e Eletrônica.

A Concorrência tem sua definição no § 1º do artigo 22 da mencionada Lei das Licitações *“Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”*.

A Tomada de Preços vem definida § 2º do mesmo artigo 22 *Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação*.

A Modalidade Convite tem sua definição também no artigo 22, em seu § 3º *Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas*.

Já a Modalidade Concurso vem conceituada no § 4º do mesmo artigo 22 *Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias.*

Por fim, o Leilão, esta Modalidade vem definida no § 5º do mesmo dispositivo *Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.*

Quanto a Modalidade Pregão seu conceito não vem definido na lei que o criou que a Lei Federal nº 10.520/2002. Pois o texto do dispositivo que o definia foi vetado⁵⁴, mais no artigo 1º, da Lei 10.520/2002, vem a sua finalidade que para aquisição de produtos e serviços comuns e deve ser entendido por comum na concepção do dispositivo da citada Lei do Pregão *aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.* Portanto, Pregão na definição da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁵:

É a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Como dito acima, a Modalidade Pregão, pode ser realizada de duas formas, Presencial e Eletrônica.

⁵⁴ O texto vetado trazia a seguinte redação: Art. 2º *Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, vedada sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária.*

⁵⁵ Di Pietro, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 386.

A forma Presencial é aquela em que a Administração Pública, define no uma sessão pública onde serão recebidas as propostas e a conseqüentemente julgadas as mesmas.

Já a Eletrônica é aquela em que a Administração Pública pode lançar mão de Tecnologia da Informação, conforme prevê o § 1º, do artigo 2º da Lei nº 10.520/2002 que assim dispõe “*Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica*”.

Esta forma da Modalidade Pregão tem sido a mais utilizada nos últimos anos, pois ela viabiliza a participação de um número muito maior de concorrentes, em razão de poderem participar pessoas de todas as partes, inclusive estrangeiras, se assim prever o Edital da Licitação.

Assim pode ser concluído que as Modalidade de Licitação são efetivamente, as espécies que a Administração Pública tem a seu dispor, que a partir das características do objeto a ser contratado, assim como os preços dos mesmos e condições de fornecimento pode ela escolher a Modalidade que será utilizada em determinado procedimento licitatório.

DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A LICITAÇÃO

A Licitação como já tivemos a oportunidade de afirmar neste trabalho é um procedimento formal, que tem como objetivo proporcionar à Administração Pública a possibilidade de que em uma contratação para o fornecimento de um produto ou serviço obter uma proposta que lhe seja mais vantajosa. Este procedimento, além seguir as regras estipuladas na Lei de Licitações, seguem também princípios que o orientam e o instruem.

Os princípios que regem a Licitação, ou seja, princípios sobre os quais as Licitações serão processadas e julgadas estão informados no artigo 3º da Lei de Licitações, que são os princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Igualdade, da Publicidade, da Probidade Administrativa, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo e dos que lhes são correlatos, bem como à observância do Princípio Constitucional da Isonomia,

a Seleção da Proposta mais Vantajosa para a Administração e a Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade é aquele princípio que diz que a Administração Pública deve processar a Licitação em observância fiel ao procedimento estabelecido em lei, para melhor esclarecer diz o artigo 4º da Lei das Licitações que *todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei.*

Lecionando sobre o Princípio da Igualdade, Pedro Lenza⁵⁶ diz que:

“o princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático”.

O Princípio da Legalidade então é aquele princípio que garante que a Licitação será realizada pela Administração Pública garantindo a plena observância ao que a lei estabelece.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Princípio da Igualdade é o princípio que dita à Administração Pública que ela deve tratar de forma isonômica não só os que tiverem interesse em conhecer o processo licitatório, mas também tratar igualmente todos os que se motivarem a avaliarem e participarem do certame licitatório.

O Princípio da Igualdade além de ser um comando de ordem constitucional, vem também previsto na Lei de Licitação nos Incisos I e II, do § 1º, do artigo 3º, onde no dizer do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷:

⁵⁶ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquemático / Pedro Lenza – 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.160.

⁵⁷ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 526.

“o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão de naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato”.

Posto isso, conclui-se por evidenciado que o Princípio da Igualdade compulsório à Administração Pública não só o dever de tratar aos interessados no certame de forma igualitária, mas que no próprio Ato Convocatório não contenha qualquer disposição que possa privilegiar possíveis concorrentes ao procedimento licitatório.

PRINCÍPIO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Todos os estudiosos do tema Licitações, quando tratam do Princípio da Proibição Administrativa, o estudam juntamente com o Princípio da Moralidade, pois são princípios de conteúdo inespecíficos, mais de finalidade singular. Contudo, neste trabalho os dois princípios serão discorridos separadamente, para melhor entendermos.

O Professor Marçal Justen Filho⁵⁸, comentando sobre os princípios em estudo diz que:

Ainda quando as expressões não tenham significação precisa, a “moralidade” abarcaria a “proibição”. A utilização cumulativa das expressões não representa conceitos diversos.

O Professor Marçal ainda considera que:

⁵⁸ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos / Marçal Justen Filho. – 13. ed. – São Paulo: Dialética, 2009. p. 73.

A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo.

O citado mestre em nota de rodapé sobre os princípios em voga ele registra que *talvez a Lei tenha mantido a alusão a “probidade” por mera preocupação. A lei anterior aludia à “probidade” e não a “moralidade”. A mera substituição dos temas poderia induzir uma alteração ou redução do conteúdo normativo, o que não era desejável*, de fato ele tem razão, pois verdadeiramente é um tanto quanto difícil exaurir a discussão sobre os dois princípios, bem como seus conceitos e finalidade sem muito próximos.

Mister se faz, lembrarmos, que quando falamos de “probidade” estamos falando de “honestidade”, e as figuras antitéticas, e que são proibidas, são os atos de “improbidade” ou de “desonestidades”, ou seja, os atos praticados que causam prejuízo à Administração Pública, e por conseguinte quando a Lei fala de “moralidade”, o que o legislador demonstra é que não se deve praticar atos de “imoralidade”.

Logo, podemos entender que, embora a “moralidade” pode produzir e produz a “probidade”, e que a “imoralidade” pode e produz a “improbidade”, e por essa razão, entendo que os dois princípios podem ser estudados separadamente, embora concorde com a posição dos Estudiosos da atualidade tem base sólida.

Dito isso, conclui-se que o Princípio da Probidade Administrativa é o princípio que tem por fim orientar o Administrador Público que ele não deve agir de modo que possa causar prejuízo à Administração Pública, ou de modo, que venha auferir vantagens ilícitas, que possam lhe imputar condutas criminalizadas, não sem razão é a Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, que tem a finalidade de impor sanções, aos entendidos como atos de improbidade administrativa, estes inaceitáveis aos que tratam ou que contratam com a *res publica*.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Como falado no item 4.5.3; o Princípio da Moralidade é estudado por todos os Estudiosos conjuntamente com o Princípio da Probidade Administrativa, mas como já dissemos no item supra, para uma melhor compreensão os estudaremos separadamente.

A Moral⁵⁹ que inspira o Princípio da Moralidade é conceituada como “conjunto dos costumes e opiniões de um indivíduo ou de um grupo social respeitantes a comportamentos” na Filosofia pode ser conceituada como o “domínio da filosofia que se ocupa dos problemas relativos à conduta do homem na sua vida e na vida social”, ou “teoria, geralmente considerada normativa, do dever e do bem”. Juridicizando, o termo “moral”, pode ser conceituado como uma série de comportamento que orientam a conduta com vistas ao bem tratar com a *res publica*, de modo que a Administração Pública atinja sua finalidade precípua de forma eficiente.

Assim, podemos concluir que o Princípio da Moralidade é o princípio que tem como conteúdo jurídico a finalidade de informar ao Administrador Público como ele deve proceder para atingir seus objetivos guardando a moral social comum, *os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade*⁶⁰.

PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório tem seu fundamento no artigo 41, *caput* da Lei das Licitações que diz que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶¹ diz que:

“Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento”.

⁵⁹ Dicionário *mobile* da Língua Portuguesa. Porto Editora.

⁶⁰ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 22. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 358.

⁶¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 22. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 360.

Assim, pelo princípio em tela a Administração Pública uma vez definidas as regras de um processo de Licitação e as entabulando em um Edital, ela está obrigada a proceder conforme tal definição, porque o Instrumento Convocatório é a Lei interna da Licitação.

PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Este princípio decorre dentre outros, do princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, ao Princípio da Legalidade. Por ele tem-se que a Administração Pública deve processar, ou melhor, julgar a Licitação de forma objetiva, ou seja, julgar conforme ficou definido do Edital.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁶² com muita maestria ensina que:

“O princípio do julgamento objetivo almeja, como evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”.

O Princípio do Julgamento Objetivo procede diretamente da Lei de Licitações, que em seu artigo 45 orienta que a Administração Pública deve fazer o julgamento das propostas de forma objetiva, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Desse modo, pode se concluir que a Administração deve julgar todas as fases do procedimento licitatório de forma que cumpra objetivamente todos os critérios e regras que foram previamente definidas no Edital ou Convite.

⁶² Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 529.

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Outro princípio que também se funda na disposição do artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como tem nascente originária da matriz constitucional do artigo 37, caput, da CF/88 é o Princípio da Publicidade. Este princípio tem a finalidade de orientar a Administração Pública à divulgação do procedimento licitatório, tanto no que concerne, espalha ao conhecimento do público em geral para alcançar o maior número possível de interessados no certame, quanto a permitir a quem queira poder de fiscalizar e acompanhar os atos dos que tratam da coisa pública.

O Professor Marçal Justen Filho⁶³ em seu Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos ensina que o Princípio da Publicidade: “visa a garantir a qualquer interessado as faculdades de participação e fiscalização dos atos da licitação”.

O mestre⁶⁴ ainda diz que:

A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se nesse aspecto, à universalidade de participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados.

Frente ao exposto, pode-se concluir que o Princípio da Publicidade, tem sua finalidade alcançada ao passo que permitir a ampla divulgação dos procedimentos licitatório, possibilitando tanto aos interessados em participar da licitação, pleno conhecimento do certame, quanto aos que se preocupam em fiscalizar os atos praticados que visam gastar o dinheiro público, ainda que sejam para atingir o interesse do povo.

⁶³ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos / Marçal Justen Filho. – 13. ed. – São Paulo: Dialética, 2009. p. 74.

⁶⁴ Idem.

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O Princípio da Ampla Defesa é um dos princípios Constitucionais mais invocados nos processos, sejam eles judiciais ou extrajudiciais. Este princípio diz que a todos em qualquer processo a todos é garantido o direito à ampla defesa, tanto técnica, como a autodefesa que é o direito de defender-se quando lhe imposta alguma restrição.

Em matéria de Licitação, o Princípio da Ampla Defesa alcança principalmente quando a licitação passa para a fase externa que é a fase em que o certame licitatório é divulgado ao mercado, e quem tiver alguma coisa a dizer, notadamente aos interessados em participar do pleito licitatório, aí ele tem a seu favor ampla proteção para que possa defender seus interesses e direitos quanto àquele certame.

Assim, conclui-se que o Princípio da Ampla Defesa visa garantir que todos os que tiverem alguma demanda em procedimento licitatório terá seu apreciado amplamente, e de qualquer modo deverá ser resguardado.

PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Este princípio tem sua força porque havendo um vencedor, a Administração Pública está obrigada a com ele firmar o Contrato, não podendo a outro adjudicar o objeto da licitação.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁵, embasada no ensino do Mestre Hely Lopes Meirelles (2003:267) diz que:

“a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor. “A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto

⁶⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 22. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 361.

válida a adjudicação anterior”.

Diante do exposto, pode-se concluir que o Princípio da Adjudicação Compulsória, visa garantir ao vencedor do certame a certeza de o objeto da licitação ser-lhe-á entregue, e que apenas superveniências o poderiam impedir de executar o objeto da licitação do qual se sagrou vencedor.

DO PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

A licitação segue um rito processual que está consubstanciado na Lei Federal nº 8.666/93 tal rito, compõe-se de uma Fase Interna, uma Externa e termina com a adjudicação do objeto licitado ao vencedor do certame.

FASE INTERNA DA LICITAÇÃO

A Fase Interna é aquela em que a Administração Pública identifica a necessidade de uma determinada situação, em seguida ela constitui uma comissão, que se designa como Comissão de Licitação ou Comissão Julgadora, posteriormente à constituição da comissão, ela abre um processo administrativo que terá um número de autuação, com o objeto sucintamente aduzido, e, então, passa a reunir-se previamente, até definir as regras e as condições para atender aquela demanda.

Após tais etapas, a Comissão de Licitações entabulará todas as regras e condições para atendimento do objeto em um documento que será o Edital ou Convite, e só então, após todas as análises e autorizações da Autoridade Superior do Ente Público é que o Edital ou Convite será publicado, passando então para a Fase Externa da Licitação.

Mister se faz lembrar, que para as Licitações cujo objeto seja superior a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), conforme define o artigo 39, *caput* da Lei de Licitações é obrigatório a realização de uma Audiência Pública, cujo objetivo será a de passar as informações sobre a licitação para o mercado, bem como para que o mesmo possa esclarecer dúvidas ou suscitar

questionamentos sobre o certame.

O Professor Toshio Mukai, discorrendo sobre o procedimento da licitação ele ensina que⁶⁶:

A fase interna da licitação começa propriamente com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização competente para a abertura da licitação, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a dispensa (art. 38, incisos e parágrafo único, da lei).

Portanto, pode-se dizer, que é na Fase Interna da Licitação, que a Administração Pública procede a total definição do objeto a ser licitado, inclusive no que tange aos preços mínimos ou máximos aceitáveis para o certame.

FASE EXTERNA DA LICITAÇÃO

Dito isso, passemos então a tratarmos da Fase Externa da Licitação. A Fase Externa da Licitação é aquela em que o mercado toma conhecimento total da Licitação, obtendo cópia do Edital ou Convite. De posse do Edital ou Convite o interessado em participar do pleito licitatório fará todas as suas análises sobre a licitação.

Importa frisar, que nessa fase é muito comum surgirem sobre o Edital ou Convite, e a Lei de Licitações garante, bem como todo bom Edital ou Convite, define prazos e condições para solicitação de esclarecimentos acerca do certame.

O Professor Toshio Mukai, ensinando também sobre a Fase Externa da Licitação diz que⁶⁷:

A fase externa da licitação é aquela onde a Administração comunica ao mercado de sua intenção de contratar determinado produto ou serviço, nesse

⁶⁶ Mukai, Toshio, 1938 – Licitações e contratos públicos / Toshio Mukai. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004. Pág. 72.

⁶⁷ Idem. Pág. 73.

comunicado a Administração define as características e as condições para a contratação, tudo isso deve vir previamente definido no instrumento convocatório.

Portanto, conclui-se que a Fase Externa é aquele em que os interessados tomam pleno conhecimento do certame e das intenções da Administração Pública para o objeto, e, fazem suas avaliações e análises e decidem se participarão ou não da Licitação.

DA REALIZAÇÃO DO CERTAME

Passada a fase interna da licitação em que a Administração procedeu à instauração do processo administrativo para a contratação de determinado objeto de terceiros, em finalizou com a publicação do Edital, onde constarão as condições da execução do objeto a ser contratado, e demais condições que os interessados em contratar com a Administração devem preencher. Tais condições envolvem tanto a habilitação, momento em que o pretense contratado apresenta a prova que tem capacidade para fornecer o objeto licitado, bem como, apresenta sua proposta para execução do contrato.

Encerrado o processo licitatório, ou seja, passada a etapa da habilitação dos licitantes e, após analisada as propostas, escolhida a mais vantajosa à Administração, segue o processo de licitação à autoridade superior para homologação do certame, sendo a mesma aprovada pela dita autoridade, a Administração adjudica o objeto licitado ao vencedor do certame.

Ensinando sobre o que seja homologação e adjudicação o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello⁶⁸, diz que:

Homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas.

⁶⁸ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág. 599 e 600.

Pelo contrário, se houve vício no procedimento, ao invés de homologa-lo, deverá preferir-lhe anulação. À homologação segue-se a *adjudicação*, que em o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual se realizou o certame.

Portanto, a realização do certame é o momento em que a Comissão de Licitação se reúne e recebe as documentações e propostas dos interessados no pleito e ali os analise e julgue conforme estipula o Edital ou Convite.

DOS EFEITOS DO CERTAME LICITATÓRIO

Tendo o certame licitatório cumprido as exigências da lei, bem como tenha sido julgado conforme definido no Instrumento Convocatório, e conseqüentemente homologado e adjudicado ao vencedor do certame, este processo gera pretensões, sendo tais pretensões ultimadas com a assinatura do contrato administrativo.

Havendo sido concluído com êxito o pleito licitatório, a Administração está obrigada a contratar com o vencedor do certame.

REFERÊNCIAS

- Carvalho Filho, José dos Santos – Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 22ª ed. – Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.
- Diniz, Maria Helena. Código Civil anotado / Maria Helena Diniz – 14. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários / coordenadores Odete Medauar, Fernando Dias Menezes de Almeida. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- Fernandes, J. U. Jacoby. Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices / J. U. Jacoby Fernandes. 3. ed. rev., atual. e ampl. 5. Reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2009.
- Fernandes, Ricardo Vieira de Carvalho – Jurisprudência do STF: anotada e comentada / Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, Eduardo Muniz Machado Cavalcanti. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.
- Ferreira Netto, Cássio Telles Contratos administrativos e arbitragem / Cássio Telles Ferreira Netto. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- Granziera, Maria Luzia Machado. Contratos administrativos: gestão, teoria e prática / Maria Luzia Machado Granziera. -- São Paulo: Atlas, 2002.
- Justen Filho, Marçal Comentários à lei de licitações e contratos administrativos / Marçal Justen Filho. – 13ª. ed. – São Paulo: Dialética, 2009.
- Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza – 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- Lima, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros – A defesa da empresa na licitação: processos administrativos e judiciais / Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima. – Campinas, SP: LZN Ed., 2006. 216p.
- Mazza, Alexandre – Repertório de jurisprudência de direito administrativo / Alexandre Mazza. – São Paulo: Premier Máxima, 2009.
- Mazza, Alexandre – Prática de direito administrativo / Alexandre Mazza, Flávia Cristina Moura de Andrade. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Medauar, Odete. O direito administrativo em evolução / Odete Medauar. – 2. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Medina, José Miguel Garcia – Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009 / José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, ed. 33ª 2007.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2003.

Moraes, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 19. ed. – São Paulo: Atlas, 2006

Mukai, Toshio, 1938 – Licitações e contratos públicos / Toshio Mukai. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

Nery Junior, Nelson. Constituição Federal comentada e legislação constitucional / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações do direito administrativo / Diogo de Figueiredo Moreira Neto. – 3ª ed. revista e ampliada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Nunes, Luis Antonio Rizzatto – Curso de Direito do Consumidor / Rizzatto Nunes. – ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Rigolin, Ivan Barbosa – Manual Prático das licitações: Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 / Ivan Barbosa Rigolin, Marco Tullio Bottino. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

Rodrigues, Sílvio Direito Civil, volume 2: parte geral das obrigações / Sílvio Rodrigues. – 30ª. ed. Atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, 8ª tiragem, 2007.

Rodrigues, Sílvio Direito Civil, volume 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontades / Sílvio Rodrigues. – 30ª. ed. Atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, 4ª tiragem, 2007.

Rodrigues, Sílvio Direito Civil, volume 4: responsabilidade civil / Sílvio Rodrigues. – 20ª. ed. Atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.

10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, 5ª tiragem, 2008.
Silva, Virgílio Afonso – A constitucionalização do Direito / Virgílio Afonso da Silva. – 1ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2008.
Sundfeld, Carlos Ari – Fundamentos de Direito Público / Carlos Ari Sundfeld. – 4. ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.
Tavares, André Ramos – Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 9. ed. rev., e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.



Agradecimentos

DR. JOÃO ALBERTO GRAÇA

AGRADECIMENTOS

Não poderíamos deixar de destacar nesse livro a trajetória de um escritório insculpido pelo empenho, dedicação e total entrega de todos aqueles que contribuíram para sua trajetória ao longo desses vinte anos.

Somos gratos a todos aqueles que se empenharam em nos representar, através de seus mais diversos patrocínios. Desde as queridas amigas que nos serviram ao longo dos anos até o mais graduado sócio que por razões de brilhantismo resolveram seguir seus passos isoladamente, mas sempre nos deixando uma alegria pelo convívio e amor que sempre nos guiou.

Tivemos inúmeras mudanças, porém, sempre pautamos nossa essência em corresponder às expectativas daqueles que nos deram a honra de patrocinar seus anseios nos mais diversos ambientes jurídicos, nas mais diversas localidades.

Graças a tantos que se destacaram fazendo o seu melhor alcançamos sucesso em diversas especialidades do direito.

Portanto, enquanto iam sendo feitos todos os preparativos para o lançamento deste livro, mais emocionado fiquei ao relembrar a trajetória desse escritório. Foram tantas histórias contadas, tantos clientes e colaboradores que por aqui passaram, que construíram a história desta empresa.

O balanço que fazemos desses 20 anos só poderia ser positivo!

Construir uma história de fato dá trabalho é necessário dedicação, ousadia e total entrega à causa que se acredita e se defende, diariamente.

Destacamos a irresignação dos amigos que ao longo dos anos compartilharam conosco a crença que não podemos ficar inertes ante mudanças que não atingem o jurisdicionado.

Queremos crer que as pessoas que estiveram à frente de nosso escritório, em verdade, nos ensinaram a resiliência e o amor incondicional por uma causa que jamais pode ser perdida: a essência da justiça, por assim dizer!

Impossível não nos emocionarmos pelos anos de convívio com todos que nos deram sua contribuição. Coincidência ou não recebemos inúmeros relatos e eles nos fazem refletir da importância de cotejar como lema a humildade ante tantos que divulgam seus resultados com soberba.

Creemos que o direito é uma ciência em mutação cujo sujeito se confunde com o objeto: o ser humano.

Portanto, a todos esses amáveis seres humanos que passaram ao longo desses anos nossa eterna gratidão.

Àqueles que creram em nossa liderança, permita-nos recorrer a vocês como um norte para corrigirmos nossa bússola. E hoje, aos nossos colaboradores atuais, que continuam acreditando em nossa liderança, pedimos que nos auxiliem a conduzir esse caminho para a perpetuação de nossos sonhos.

Aos nossos familiares que, com resignação permitiram o sacrifício da nossa ausência, nosso sentido perdão, porém, cremos em nosso sacerdócio e lutaremos para o equilíbrio de nossa sociedade.

Enfim, a todos: colaboradores, advogados, sócios e prestadores de serviço, nossa certeza de que podemos ser melhores e por isso queremos compartilhar ainda mais nossos anseios e objetivos. Para tanto, somos gratos de maneira significativa pelo desenvolvimento de suas habilidades em benefício de nossa empresa.

Não poderíamos deixar de destacar que somos frutos de famílias que lutaram para alcançarmos nosso sucesso com muito sacrifício. Esse modelo não pode ser deixado de lado ou esquecido porque devemos permitir que essa ascensão social possa ser alcançada por todos aqueles que acreditam que o trabalho dignifica o ser humano. Uma valorosa contribuição a todos os nossos familiares que nos deram a base moral significativa para alcançarmos nossos ideais.

E, por derradeiro, e mais importante, não vivemos em um escritório laico. Permitimos que todos vivam com total autonomia para ter sua crença ou não ter, porém, nossa essência nos obriga a diariamente reconhecermos a importância de

Deus que nos conduz nos mais diversos desafios, dando-nos capacitação, discernimento, permitindo-nos a busca do refrigério para chegarmos a sermos consolados e alcançarmos a mansidão merecedora, cabível a quem crê.

Portanto, agradecemos a Deus, pelo nosso êxito e pela nossa resiliência ante tantos desafios e adversidades. Certamente sempre destacaremos a sua importância, pois, enfim, há um longo caminho a trilhar e Sua presença nos traz, acima de tudo, a certeza de que teremos, abundantemente, a paz para caminharmos mais anos ao lado dos justos. Que assim seja!



Colaboradores



ANA PAULA RODRIGUES ALVES (COORDENAÇÃO)



Mestranda em Direito Negocial pela UEL. Professora convidada para o curso de Pós-graduação em Direito Empresarial aplicado à Era Digital pela UEL. Professora dos cursos de Extensão e Prática Gestão Estratégica na Advocacia pela ESA/SC e Damásio/SP. Autora de livros no seguimento jurídico, gestão e análise comportamental. Advogada e Consultora.

DENIZE CABULON GRAÇA (PREFÁCIO)



Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Estudos Jurídicos. Capacitação em Administração Legal pela Fundação Getúlio Vargas. Conselheira 2019/2020 do CAD, Conselho de Administração, da Empresa de Telecomunicações Sercomtel S/A. Fundadora do escritório Graça Advogados Associados. Advogada.

JOÃO ALBERTO GRAÇA (ORGANIZADOR E AUTOR)



Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de Castilla – La Mancha em Toledo/Espanha. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP. Conselheiro do CCRF - Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Paraná, mandatos 2020-2021 e 2021-2022. Aperfeiçoado em Direito da Função Pública pela Universidade de Lisboa – Portugal. Fundador do escritório Graça Advogados Associados. Advogado.

URBANO VITALINO NETO (AUTOR)



Pós-graduado pela Fundação Dom Cabral no Programa de Desenvolvimento de Dirigentes. Presidente do Conselho do Porto Social. Mentor da Endeavor. Diretor do YPO – Liderança Global de Presidentes de empresas. Conselheiro do Grupo Atitude e membro do Comitê de Business Affairs da Câmara Americana de Comércio - AMCHAM. Advogado.

VANDERCI ALVAREZ (AUTOR)



Desembargador Aposentado. Especialista em Direito Público e Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Formado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru/SP. Integrante do Instituto Vertus de Mediação. Autor de diversos artigos publicados em Revistas Jurídicas. Advogado.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA (AUTOR)



Procurador de Justiça aposentado. Doutor e Mestre e Livre docente em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Titular em Direito Tributário pela PUC/SP. Ex-Presidente da Academia Paulista de Direito. Autor de diversos livros em direito. Advogado e Consultor Tributário.

RICARDO PIVA (AUTOR)



Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Positivo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera/LFG. Integrante do Instituto de Direito Tributário do Paraná. Advogado.



PAULO PELI (AUTOR)

Pós-graduado em Finanças Corporativas. Pós-graduado em Administração Contábil e Financeira pela Fundação Getúlio Vargas/SP. Curso de Especialização na Harvard Business Scholl – USA em Finanças Corporativas, com ênfase em Fusões e Aquisições. Curso de Especialização na North western University – USA em Planejamento Estratégico. Autor do livro Assédio Moral – Uma Responsabilidade Corporativa. Advogado e Economista.

PATRICIA AYUB DA COSTA (AUTORA)



Doutoranda em Direito Internacional pela USP. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Professora do curso de graduação em Direito e Coordenadora da Especialização em Direito do Estado pela UEL. Autora de diversos livros e artigos jurídicos. Vice Coordenadora da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/Londrina. Advogada e Professora.



SEBASTIÃO CÉSAR COELHO (AUTOR)

Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Extensão Planejamento Patrimonial e Sucessório em Empresas Familiares pela FIPECAFI. Extensão em Fusões e Aquisição pela FGV-GVPEC. Mediação e Arbitragem pelo IASP. Advogado.