

Revista da

ESPM

REVISTA DA ESPM • ANO 28 • EDIÇÃO 124 • N.º 2 • 2022 • R\$ 32,00



O DIREITO DO FUTURO E A INUSITUDE ESPM

O Direito ontem, hoje e amanhã e seus operadores

Uma breve história do Direito: como chegamos até aqui e para onde estamos caminhando com os desafios impostos pelos novos tempos

Por Ives Gandra da Silva Martins



Como constituinte, Michel Temer defendeu a inviolabilidade do advogado no exercício da profissão, inspirando o artigo 133 da Lei Suprema, assim redigido:

“133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

E, assim, a Lei Maior do país equiparou, em sua importância, as três instituições (Ministério Público – Advocacia – Judiciário), sem as quais não haveria possibilidade de garantir-se um Estado Democrático de Direito, como define o artigo 1º, cujo *caput* declara:

“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: [...]”,

nem o artigo 2º, corolário do 1º, de que:

“Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

É que, na defesa de direitos fundamentais, as três são imprescindíveis.

Poder-se-ia dizer que duas delas devem, necessariamente, atuar no contencioso, salvo raríssimas exceções pouco utilizadas, como, por exemplo, o *habeas corpus* em situação de extrema urgência, sendo possível ser impetrado sem advogado, se este não estiver acessível.

Tais instituições são o Poder Judiciário e a Advocacia, já que o Ministério Público, nas questões de direito privado, raramente é chamado a atuar.

Como titular de ação penal, entretanto, o Ministério Público – divirjo da orientação do STF, de que quando o ministro é verbalmente ofendido pode ser vítima, investigador, acusador e julgador ao mesmo tempo – é de indiscutível importância na defesa da lei, sendo imprescindível, por exemplo, no combate à corrupção e ao crime organizado.

O certo é que a justiça se baseia no tripé Ministério Público-Advocacia-Judiciário, que deve exercer suas funções típicas de acusar, defender e julgar. Não há uma superioridade entre eles, pois para concreção do

Direito, na fase conflitual, todos têm igual relevância.

A Advocacia garante, numa democracia, o maior direito para o exercício da cidadania, que é o de defesa – nas ditaduras, tal direito é praticamente periférico à busca de um ideal de justiça –, assegurado pelo artigo 5º, incisos LIV, LV, LVI e LVII, assim redigidos:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O Ministério Público, por sua vez, deve atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (nos termos do art. 127, CF/88). Tem, portanto, o “direito-dever” de denunciar delitos de toda a natureza, inclusive os referentes a corrupção e concussão que, normalmente, enfraquecem a democracia, privilegiando grupos que só conquistam ou permanecem no poder à custa deste gravíssimo delito contra a sociedade e a nação pelo Estado representada.

E, por fim, o Judiciário, que não pode ter atuação política, mas tem a obrigação de assegurar a correta interpretação da lei, sem jamais criá-la – no Brasil, o Legislativo e, eventualmente, o Executivo, que são os Poderes representativos do povo que podem elaborá-la –, sendo, pois, o que os hermeneutas chamam de “legislador negativo”, ou seja, aquele que retira a vigência de leis inconstitucionais.

Assim funcionam, como desejaram os constituintes, as três instituições encarregadas de implementar a segurança jurídica no país.

Houve, entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial, uma gradativa mudança de perfil daquelas que militam nas disputas judiciais, nas três instituições, não necessariamente para melhor, decorrente de um protagonismo maior do Poder Judiciário na esfera política, com invasão de competências de

outros poderes e partidização das correntes ideológicas em conflito no país.

Em decorrência desta reconhecida interferência no exercício das atividades de outros poderes, alguns juristas têm se levantado – não muitos, pois a maioria dos advogados e doutrinadores, que também militam na advocacia, não pretende indispor-se com aqueles que julgam seus processos – sempre com a elegância própria que deve formatar os debates jurídicos, procurando mostrar aos ínclitos magistrados da Suprema Corte que tal posicionamento põe em risco a própria estabilidade das instituições.

Mantém-se uma permanente e desnecessária tensão, principalmente quando a invasão de atribuições de outros poderes ostenta nítida preferência por uma das ideologias em choque no país.

Alguns juristas admitem tal intervenção, que se pode explicar por um direito auto-outorgado pelos eminentes julgadores da Suprema Corte de atuar nos vácuos legislativos ou corrigir os rumos do Executivo, quando entendem que o Legislativo não legislou como deveria ou o Executivo seguiu o rumo que não lhes agradou.

Francesco Ferrara, em seu livro *Interpretação e Aplicação das Leis*, em 1933, já dizia que o vício maior do intérprete é colocar na lei o que na lei não está por preferências pessoais, ou dela tirar o que nela está, por antipatia ao dispositivo.

Em recente pesquisa da *Folha de S.Paulo* a respeito da visão do povo sobre os três poderes e se o Poder Judiciário colocava em risco a democracia no Brasil, 63% dos entrevistados disseram que sim. Trata-se da avaliação popular mais depreciativa da Suprema Corte, depois da Segunda Guerra Mundial.

Nunca se põe em dúvida nem a idoneidade nem o conhecimento jurídico de S.Exas, mas o protagonismo para além das competências delineadas pela Constituição é que tem gerado avaliação tão negativa.

Francesco Ferrara já dizia que o vício maior do intérprete é colocar na lei o que na lei não está por preferências pessoais

Lastreiam aqueles que apoiam tal postura da Suprema Corte, normalmente adeptos da mesma corrente ideológica que parece ser aquela que é adotada pela maioria dos senhores ministros – digo “parece” porque não sei o que pensam, mas apenas avalio o teor das decisões –, no consequencialismo jurídico, no neoconstitucionalismo e na jurisprudência constitucional que permitem tal comportamento. Reconheço que são correntes respeitáveis e discutidas em todo o mundo e que dariam um respaldo doutrinário a esta postura.

Ocorre que o colegiado que aprovou a Constituição não encampou tais correntes doutrinárias, tendo hospedado a clássica divisão de poderes de Montesquieu e estabelecido exaustiva enunciação da competência de cada um. Participei de audiências públicas, a convite dos constituintes, durante o período de elaboração da Constituição, mantendo, durante 20 meses, permanente contato com o relator e o presidente da Assembleia Constituinte e comentei a Carta da República, durante dez anos, com Celso Bastos, em 15 volumes, totalizando cerca de dez mil páginas.

Assim é que a Constituição, em seu artigo 103, § 2º, não permite, nem mesmo nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, que o Judiciário legisle, estando dispositivo assim redigido:

“§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”,

assim como definiu que o Congresso tem obrigação de zelar por sua competência legislativa, conforme o artigo 49, inciso XI, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]”

XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Infelizmente, nem o Judiciário fica apenas nas linhas de atribuições permitidas pela Lei Suprema, nem o Legislativo tem olhado por sua competência normativa, perante o Judiciário.

Em tal cenário que vivemos no momento, a insegurança jurídica com a liberdade de expressão, prisões



SHUTTERSTOCK.COM

Mantém-se uma permanente e desnecessária tensão, principalmente quando a invasão de atribuições de outros poderes ostenta nítida preferência por uma das ideologias em choque no país

provisórias preventivas por meras manifestações de pensamentos, criação de hipóteses novas para concessão de aborto, novos tipos de casamento não hospedados pela Lei Maior, criação de novos institutos penais como o flagrante perpétuo, a reescritura da Constituição sobre as penas no caso de *impeachment* e da respectiva redação do regimento interno do Senado e muitas outras decisões mostram um protagonismo do Judiciário em matéria que só caberia ao Congresso, onde tais propostas legislativas deveriam ser apresentadas.

Nada obstante tal realidade momentânea, tenho a impressão de que o tempo corrigirá este protagonismo, não só por reação ao próprio ativismo judicial, mas por autoanálise dos componentes da Corte Maior do país, que já tem percebido a desfiguração de sua imagem perante a sociedade.

Outro fator, a meu ver, contribuirá para o recuo futuro

neste protagonismo. A advocacia mudou muito desde que me formei até os dias atuais.

À época, havia apenas três faculdades de Direito em São Paulo, que, por sua vez, já tinha uma população de alguns milhões de habitantes. Meu curso foi de 1954 a 1958, quando minha mulher Ruth e eu nos formamos e as matérias ensinadas concentravam-se em Direito Civil, Comercial e Penal, cujas cadeiras duravam de três a quatro anos, pois o Direito Civil exigia mais tempo. Direito Administrativo, Constitucional, Trabalhista e Internacional Público e Privado compunham a grade com um ano apenas, pois não eram matérias consideradas relevantes para o exercício da advocacia tradicional (Penal e Civil). Havia disciplinas teóricas (Ciência das Finanças, Economia, Política, Introdução ao Direito Romano e Filosofia do Direito), mas apenas para permitir um conhecimento alargado do exercício profissional.

Não se lecionava, portanto, Direito Tributário, Empresarial, Ambiental, da Informática, Desportivo e muitos outros cujos ramos foram aparecendo com a evolução e a internacionalização do Direito.

Quando saí da faculdade, não se falava em escritório, mas em banca de advogados, havendo em São Paulo pouquíssimas organizações de advocacia com dezenas de advogados. O próprio direito internacional privado era um ramo de poucas perspectivas para a advocacia.

Na década de 1960, após a intervenção contra o governo de Jango, o Brasil cresceu no chamado “milagre econômico”, graças à inteligência de três economistas: Roberto Campos, Octavio Gouveia de Bulhões e Delfim Netto.

Após o governo Juscelino, em que o Brasil partiu para um processo de industrialização acelerada, e nos governos militares, em que a indústria armamentista foi internacionalizada com a criação de fortes empresas cuja tecnologia foi utilizada para o segmento privado, como foi o caso da Embraer, o Brasil entrou definitivamente no comércio internacional, deixando de ser apenas um exportador de café.

A globalização tornou-se uma realidade mundial no período, apesar dos dois choques do petróleo do início da década de 1970 e em 1979, quando a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (Opep), com o controle do petróleo mundial, provocou o retorno ao protecionismo numa volta ao protagonismo interno, o que gerou uma crise nos países que se aventuraram na chamada poupança externa, na década de 1980.

A queda do muro de Berlim, porém, permitiu nova integração mundial de economias, tendo o Brasil ganhado relevância e passado a variar sua posição entre os grandes PIBs mundiais, entre 8º e 12º lugar, conforme o dólar oscilasse sua cotação no mercado, que foi estável até retornar ao “ranking” dos países de recebimento de investimento especulativo, com riscos variáveis no pagamento da dívida oficial.

Apesar de uma reserva superior a US\$ 350 bilhões, o endividamento público brasileiro é elevado para um país emergente, o que dificulta a saída desse grau especulativo, mormente após a pandemia e uma corrosiva inflação global, depois da invasão, sem justificativa no direito internacional, da Rússia sobre a Ucrânia.

À evidência, a advocacia teve que se adaptar aos novos desafios com o aparecimento de grandes corporações de advogados, sendo que os pequenos escritórios, cujo renome decorria da respeitabilidade de seus titulares, foram dedicados à especialidade desses luminares professores titulares das grandes faculdades.

Por outro lado, a multiplicação das faculdades de Direito – os Estados Unidos, com o dobro da população do Brasil, têm aproximadamente seis vezes menos escolas de direito – obrigou a realização de exames de capacitação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício da advocacia, sendo que o grande ideal do estudante de Direito é prestar um concurso público para ter segurança.

A complexidade cada vez maior que a globalização trouxe às relações de toda ordem, além da econômica, está obrigando o profissional de Direito “não governamental” a introduzir-se nas variadas legislações de outros países e a ter uma visão mais abrangente do direito, com conhecimento de ciências sociais paralelas como economia, sociologia, política etc.

O certo é que, hoje, o campo é mais vasto para o exercício da profissão, porém exige habilidade e conhecimentos maiores por parte do profissional.

Terminei este artigo fazendo menção ao Decálogo do Advogado, que escrevi para meus alunos da Universidade Mackenzie, no início da década de 1980, e que anexo a este texto, pois quaisquer que sejam a amplitude e os desafios dos novos tempos da advocacia, a ética no exercício da profissão é fundamental, algo que procurei inculcar entre meus alunos para quando viessem a ser advogados, se escolhessem esta profissão.

Ives Gandra da Silva Martins

Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de S.Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme), Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-PR e RS, e catedrático da Universidade do Minho (Portugal); presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio – SP; ex-presidente da Academia Paulista de Letras (APL) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp)

DECÁLOGO DO ADVOGADO

I O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a terra, abandona-a porque não és advogado.

II O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios, e batalhador, sem tréguas, nem leviandade. Qualquer questão se encerra apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras.

III Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário El Cid, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos.

IV Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre e altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito.

V Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te reveste. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada.

VI O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal

forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê justo na determinação do valor de teus serviços, justiça que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem recursos o lesado. É, todavia, teu direito receberes a justa paga por teu trabalho.

VII Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas.

VIII Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo.

IX O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Por isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo.

X Tua paixão pela advocacia deve ser tanta que nunca admitas deixar de advogar. E se o fizeres, temporariamente, continua a aspirar o retorno à profissão. Só assim poderás dizer, à hora da morte: "Cumprí minha tarefa na vida. Restei fiel à minha vocação. Fui advogado".