

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano II - Número 11
Julho a Setembro de 2011**

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Dr. José Campello de Oliveira Júnior

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva – BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira – RJ

Claudia Lima Marques – RS

Cláudio Araújo Pinho – MG

Éster Kosovski – RJ

José Antônio Figueiredo de Almeida Silva – MA

Luis Dilermando de Castelo Cruz – RJ

Roberto Antônio Busato – PR

Sérgio Ribeiro Muylaert – DF

Vitor Sardas – RJ

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2011.

Ano II – Número 11. Julho a Setembro de 2011

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Índice

DOCTRINA

- 4** **FRAGOSO, Fernando**
Las Garantías Constitucionales En El Proceso Penal. Derecho Y Proceso Penal Constitucional
- 13** **RAMOS, Gisela Gondin**
Constitucionalidade do Exame de Ordem - A profissão da liberdade, em defesa da liberdade da profissão
- 37** **SILVA, Paulo Lins**
Lei da Alienação Parental Emenda Constitucional do Divórcio, Uniões Homoafetivas e Estatuto das Famílias
- 48** **GHECHI, Frederico Price.**
“Notas sobre a Disciplina de Direito Comparado (conceito, objeto, sistemas e globalização) e aplicações práticas”
- 77** **MENDES DE ALMEIDA, João Theotônio Jr.**
Responsabilidade do Sócio Participante e do Sócio Oculto
- 113** **CASTRO, Rogerio Álvaro Serra de.**
Faturização - “Factoring”

Doutrina

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL. DERECHO Y PROCESO PENAL CONSTITUCIONAL

Profesor Doctor Fernando Fragoso

Se presenta en los días actuales una transformación de la teoría del Delito, regida por un redimensionado Derecho Penal, que de aquí en adelante, deberá ser comprendido y enseñado por todos los dogmáticos. Todo resuelta de una combinación de varias ideas, teorías y principios extraídos de un denominador común: la Constitución.

Dos son las perspectivas: la teoría de la imputación objetiva, que es concebida como requisito normativo del tipo y que no tiene la capacidad de eliminar la clásica relación de causalidad, sino la de limitarla y: (b) los principios constitucionales y políticos criminales de la exclusiva protección de los bienes jurídicos (el derecho penal solamente puede tener como misión la protección fragmentada y subsidiaria de bienes jurídicos) y de la ofensión (no hay crimen sin lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico protegido – *nullum crimen sine injuria*), se tornó imposible redimensionar las varias etapas de valoración del hecho punible (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

En este sentido la dogmática presenta, para mas allá del de una visión de la teoría de la imputación objetiva, la propuesta tendiente a una completa revisión en la teoría del delito. Y actualmente todos los autores proponen una teoría constitucional del delito.

El positivismo formal de Binding, de Von Liszt, Beling y otros que marcó, a pesar del neokantismo y paralelamente al finalismo de Welzel, todo siglo XX, están abandonados y se concibe la teoría del delito y, particularmente, la del hecho típico, desde una sólida base constitucional. Para el juicio de tipicidad penal, ya no bastará la pura realización formal de la conducta descrita en la Ley.

El hecho concreto para hecho típico demanda la realización de la conducta descrita en el tipo); la indispensable producción de un resultado jurídico (daño o peligro al bien jurídico), sin valor e intolerable y objetivamente imputable al riesgo prohibido producido por la conducta del agente.

Es una autentica revolución de ideas capaz de provocar la constatación de que no hará un crimen sin la presencia de un resultado jurídico (daño al bien jurídico). Se parte de la premisa de que todos los delitos (comisión u omisión, dolosos y culposos) tienen resultado jurídico (concepción material del crimen). El delito solamente se consuma cuando sucede ese resultado (y no cuando ocurre la conducta o tan solamente el resultado natural).

Así, el resultado jurídico solamente será penalmente relevante cuando sea punible e intolerable y solamente puede ser imputado al agente en la medida en que guarde exactamente correspondencia con el riesgo prohibido que él creó.

En líneas generales es así que se presenta la teoría de la imputación objetiva. No hay duda de que el delito, siendo constitucional y materialmente enfocado, no solo representa garantía y, en esa perspectiva, no solo una expresión del derecho penal mínimo, sino también la terminación del derecho penal de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación.

En realidad, si de tales conductas derivan riesgos permitidos, el eventual resultado jurídico no se les puede ser imputado: solamente el riesgo prohibido es penalmente relevante.

El consentimiento de la víctima tampoco entra en el ámbito del riesgo jurídicamente prohibido. Lo mismo puede ser dicho en relación a las lesiones deportivas, la intervención quirúrgica, impedimentos, las conductas impuestas por la ley (en estricto cumplimiento del deber legal), etc. Resultados jurídicos derivados de riesgos permitidos no son jurídicamente punibles.

Por eso, no pertenecen al ámbito prohibido por el tipo penal. No son diferentes los resultados socialmente adecuados (Welzel) o insignificantes (Roxin).

Antijuridicidad no es la misma cosa que ilícito (delito). Este es compuesto por el hecho típico y antijurídico. Antijuridicidad es una calidad del hecho típico. El delito (injusto) es el hecho típico ya valorado como antijurídico.

La culpabilidad por su lado, está fuera de lo injusto penal (del delito). Es un juicio de reprobación (Welzel), al autor del delito. Como juicio de reprobación, se considera un acusado imputable, a quien se espera tener la posibilidad de conocer la ilegalidad de su conducta y que podía en la circunstancias actuar de modo diverso.

La reprobación recae sobre la actitud interna revelada por el autor del hecho concreto cometido, pues nadie puede ser reprobado solamente por su actitud interna. La actitud interna es relevante para la fijación de la pena y se exterioriza por una actitud de menosprecio al bien jurídico o por la indiferencia frente al bien jurídico, o en los crímenes culposos por la falta de cuidado o de cautela frente al bien jurídico (culpa).

El objeto del juicio de reprobación (actitud de menosprecio, indiferencia o descuido frente al bien jurídico) es graduable y por tanto, al lado de otras circunstancias (motivación, consecuencias, personalidad, conducta social, etc.) sirven como informaciones para la medida contra el reo considerado culpable por el Juez.

Si de plano ya se comprueba que el hecho es atípico, porque no cumple los requisitos típicos o porque no ofensivo o porque no alcanzó un resultado penal intolerable o todavía porque ese resultado no es jurídicamente imputable al riesgo prohibido originado por el agente), o no es antijurídico (estricto cumplimiento del deber legal, legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de derecho), o el agente no es culpable (inimputabilidad, error excusable o inexigibilidad de conducta diversa) no habrá que hablar de un hecho punible.

El proceso penal constitucional exige que el investigado pueda tener conciencia del desarrollo de las investigaciones contra su persona. No tiene mas lugar la investigación sigilosa, a la que sólo tiene acceso el promotor de justicia (Fiscalía), la autoridad policial y el Juez de instrucción, excepto cuando definitivamente indispensable la producción de la prueba cuando sujeta a intervención prejudicial del investigado. El abogado de defensa, así como el abogado de la acusación, deben tener acceso pleno a los actos de investigación, participando efectivamente de las audiencias de personas y examinando las piezas de procedimiento.

Terminada la investigación por el órgano de Policía Judicial, el Ministerio Público deberá producir la acusación formal al investigado. La norma constitucional debe exigir que el futuro imputado o acusado sea llamado a presentar su defensa en oposición a la propuesta acusatoria, de modo a permitir que el Juez solamente acepte el inicio del proceso penal acusatorio después de permitir una defensa previa al imputado.

Así, la posibilidad del imputado de presentar una defensa preliminar en fase de la propuesta de inicio del proceso acusatorio es consecuente del debido

proceso legal y del principio del contradictorio. La defensa preliminar permitirá que el imputado, por medio de su defensor, alegue y que el Juez reconozca la inexistencia del hecho punible.

En otra medida, es preocupante para los operadores penalistas la producción en demasía de leyes penales, fenómeno a que denominamos "terror penal".

Se habla también de un "derecho penal de emergencia o excepción", que, según Ferrajoli, se caracteriza por la ampliación de los poderes de la policía, de la legislación política y antiterrorista y, más recientemente, magistrados e miembros del Ministerio Público que se encargan de la "lucha" contra la criminalidad. Los años 1990 y comienzo del nuevo siglo, en Brasil, se caracterizan por las nuevas Leyes de "excepción" contra los crímenes hediondos, el crimen organizado, el tráfico internacional, la criminalidad económica y financiera, la corrupción política etc. Se trata de un Derecho Penal distinto, porque ya no importa tanto el "hecho", pero las características personales del autor ampliando la práctica judicial.

Esta legislación excepcional se torno posible, de acuerdo a Ferrajoli, en virtud de la creación de una verdadera "cultura de emergencia", lo que provocó un claro retroceso, típico de la tradición penal pre-moderna marcada por la inquisición. La base de todo, hablando políticamente, esta en la prioridad de la "razón de estado" sobre la "razón jurídica". La tutela o solo el bien del Estado es la *norma fundamental* del derecho de emergencia. Por Derecho Penal de emergencia, concluye el citado autor, debemos entender dos cosas: una legislación penal excepcional frente a la Constitución y una jurisdicción de excepción. Todo eso tenía que generar, evidentemente, una fuerte crisis de legalidad en el derecho penal, caracterizado, fundamentalmente, por el enorme desequilibrio entre el "deber ser normativo" y el "ser efectivo".

Una visión crítica del crimen organizado no puede tener como punto de partida su "combate a todo costo", sino el "control democrático". Ninguna cultura de emergencia, salvo el caso de guerra, estado de sitio o algo aproximado, puede justificar el debilitamiento de los derechos y garantías fundamentales, que es punto fundamental del derecho penal mínimo. Las razones de Estado sólo son válidas cuando jurídicamente no entran en conflicto con el ordenamiento jurídico.

La tensión entre el individuo y el estado (*status libertatis versus ius puniendi*) jamás puede ser solucionada con apoyo de ideas intervencionistas y antigarantistas, como aquellas de *law and order*. Todo "derecho de

excepción” configura un serio riesgo para el ciudadano, porque solo puede ser concebido con supresión de los derechos y garantías individuales.

No se puede concebir el derecho penal como instrumento al servicio de la política. Tiene él que estar encima de la política. No debe cambiar cuando mudan los regímenes políticos, o al sabor de proposiciones de candidatos en campaña política. La regla es tratar con Derecho Penal comportamientos absolutamente inaceptables en cualquier tipo de sociedad: actos atroces cometidos por una persona contra otra, contra la vida, la libertad sexual, estafa etc...

La publica seguridad es un tema recurrente. Diariamente los periódicos de todo el mundo nos provocan reflexionar sobre los peligros de vivir en sociedad. La violencia en los grandes centro urbanos constituye una preocupación permanente, sea por causa de crímenes violentos, o la violencia doméstica, sexual, violencia juvenil, etc. Ante ello, la opinión pública y la clase política reaccionan, demandando y ofreciendo seguridad, respectivamente. La pena criminal es alardeada como el remedio milagroso contra el fenómeno del delito violento.

Es gravísima la asociación entre delincuencia y drogadicción, presente en todas partes, y no se mitigó con el endurecimiento de las penas que también ocurrieron mundialmente. Resta muy claro que este fenómeno demanda una política asistencial para los drogodependientes y de información y educación públicas para adolescentes. Claro que estas medidas son costosas, pero la inversión pública en la prevención y tratamiento de las causas del delito se torna más barato do que tratar el crimen y el delincuente.

Ocurrencias de violencia juvenil deben analizarse, empezando por preguntar qué sucede con los adolescentes “fracasados”, sin trabajo ni posibilidades de integración en corto plazo. Las bandas juveniles son, frecuentemente, un mecanismo de identificación que aúna a un grupo de personas “sin rumbo” y los hace fuertes. Otras veces, los *menores* que las integran no son más que otras víctimas de *mayores* que organizan ejércitos de marginalidad para alcanzar con mayor impunidad y estabilidad fines delictivos (tráfico de drogas, de armas o prostitución). Ejemplo importante de criminalidad juvenil temible son las “maras” en casi todos los países de Centroamérica.

Las prohibiciones y penas criminales tan solamente pueden fortalecer determinados modelos de conducta y propiciar que se eviten ciertas acciones. Todavía, no es admisible la expectativa de que ellas sean determinantes para el control de conductas. El control total de las conductas de los ciudadanos sólo es posible mediante la presencia en cada acción y situación de un vigilante

del cumplimiento de las normas, por educación ciudadana desde los primeros momentos de la vida infantil.

Las carencias en la conformación de valores sociales, como el respeto por los demás y sus bienes, no pueden compensarse por un sistema de sanciones, cuya eficacia está condicionada por el principio de la mínima limitación de la libertad posible. Debemos reconocer que la seguridad total es una utopía. Quien espere eso del Derecho Penal va a verse frustrado y, además, habrá pagado el falso precio que comporta el recorte de derechos y libertades, que, una vez perdidos, no suelen recuperarse. No es de olvidar que el principal legado del movimiento penal corresponde a vínculos de legitimidad a la ley penal.

Las Constituciones democráticas incorporaran los derechos y garantías, inspiradas en la Carta de la ONU de 1948, comportando o ingreso en la Ley Mayor la gran parte de la corriente de principios garantistas. Los principios y valores aclarados por la normas constitucionales pasa actuar como mecanismos de evaluación del contenido de las demás reglas. Una de las importantes consecuencias tomadas del constitucionalismo penal es que el garantismo presupone la reducción de la incidencia del sistema punitivo sobre conductas que no demuestran capacidad lesiva al bien jurídico tutelado (principio de la insignificancia).

Se concibe el programa político criminal minimalista como estrategia para maximizar los derechos y reducir el impacto del sistema penal en la sociedad, disminuyendo el número de personas en las cárceles, a través de procesos de descriminalización y despenalización.

Naturalmente, el presupuesto básico del programa garantista es el principio de la legalidad, que puede ser dividido en dos reglas de legitimación. La legalidad amplia vincularía el crimen a la ley penal, lleva ser esta *conditio sine qua non* de existencia del delito y de aplicación de la pena (principio de la legalidad). Así, prescribe al juez verificar como delito solamente lo que esta reservado por el legislador determinar como tal. De otra forma, el principio de la legalidad estricta definiría reglas de formación de lenguaje penal que prescribirían al legislador o uso de términos en la definición de delito, para que torne posible su aplicación en el lenguaje judicial: el principio cognitivo de estricta legalidad es una norma metajurídica dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea que deberá garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena.

El garantismo penal se caracteriza como una tecnología dirigida a la satisfacción de valores substanciales, seleccionándolos, explicándolos e los

incorporando normativamente como condiciones de legitimación jurídica de las prohibiciones y de las penas, con el objeto de minimizar el poder punitivo.

Así, el primer criterio de interpretación mínima en la teoría de la ley penal proviene del principio de la necesidad (*nulla lex poenalis sine necesítate*). Se trata de un criterio de economía que procura obstaculizar abuso e o gigantismo penal, y de esta forma solamente legitimando prohibiciones cuando sean absolutamente necesarias. Los derechos fundamentales corresponderán a los límites de derecho penal.

El criterio de la necesidad es valorativo orientado a establecer los costos de la violencia de la pena institucional, en relación a las reacciones informales, luego que el derecho se justifica únicamente por la capacidad de prevenir daño a las personas, sin causar efectos mas dañinos de los que tienen condiciones de impedir.

Así, tenemos que al presupuesto de la necesidad se soma el principio de la lesividad, anunciando la funcionabilidad del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales, o sea, los derechos son tratados dentro del universo del derecho penal. El parámetro aquí utilizado es la categoría "bien jurídico". Desde el punto de vista externo, la teoría del bien jurídico definiría un modelo orientado a la máxima tutela de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y puniciones. Por esta perspectiva el criterio de criminalización sería la idoneidad del sistema en prevenir ataques concretos (daño y peligro concreto) a bienes jurídicos individuales, y su capacidad de no generar efectos dañinos con la conducta incriminada. Ahora si, la política criminal debería ser necesariamente acompañada de política extra penal de protección de estos bienes.

Según Ferrajoli tres clases de delitos deberían ser ampliamente descriminalizados, con apoyo en la Constitución: delitos de bagatela (contravenciones, delitos punibles exclusivamente con pena pecuniaria o restricción de derecho), que no justificaría el proceso penal y la pena. Restablecería, pues, una dirección entre delito, proceso y pena: Delito serían solo aquellos desvíos dotados de los requisitos objetivos y subjetivos exigidos; penas serían solamente las restricciones de libertad, de tipo definitivo u otros; proceso sería solamente el procedimiento con la finalidad de limitar la libertad personal a fin de tutelar los bienes fundamentales. El segundo grupo adoptaría criterio cualitativo de las ofensas, en el cual el principio de la lesividad permitiría considerar solamente las lesiones concretas a personas, excluyendo conductas contra la personalidad del estado, contra la administración pública, religión, fe pública etc... La tercera restricción sería de exigirse lesividad concreta como resultado necesario, cesando punibilidad de actos de mera

desobediencia, y peligros abstractos, por tanto inadmisibles el castigo por actos inconsecuentes.

Unido al criterio de la necesidad, fundamental en la construcción del sistema garantista, se impone la consolidación del principio de la materialidad de la conducta (*nulla iniuria sine actione*). Desde el presupuesto se percibe que el derecho penal abdicó de punir actos de preparación y cogitación del delito, puros estados de ánimo pervertido, o mismo caracteres personales o comportamientos inmorales, peligrosos u hostiles, exigiendo tolerancia de toda actitud o comportamiento no lesivo a terceros.

Con efecto, no es función del derecho (mucho menos del derecho penal) imponer o reafirmar determinada concepción moral. El delito deja de ser evaluado como un mal en sí, representando violación del bien jurídico tutelado por el precepto normativo o mal prohibido.

En su "Penas Perdidas – El sistema penal en cuestión", o emérito profesor de Róterdam, Louk Hulsman, al establecer criterios de criminalidad, sustenta la ilegitimidad de proyectos legislativos orientados a tornar dominantes concepciones morales sobre determinados comportamientos. Ningún daño, por mas grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. Cogitación, actos de preparación, pensamientos, intenciones, vicios de ánimo, no son perjudiciales a nadie. Son, mismo, patrimonio del individuo, un valor de la interioridad moral y de la autonomía de la conciencia, constituyendo una esfera de la vida de las personas, intocable al poder del estado y substraído al control.

El principio de la culpabilidad encerraría el rol de los límites de elaboración legislativa, definiendo como injustificable la calificación delictiva de actos que no presupone decisión libre de seres autónomos y capaces de auto determinación. Comprensión y voluntad son el núcleo central de las investigaciones sobre la culpabilidad, incluyendo cualquier tipo de responsabilidad penal objetiva.

Los modelos jurídicos penales contemporáneos al violar los principios, dieron fuerza a sistemas cuya principal característica es la inflación de leyes penales. De esta forma, confundieron los límites entre la esfera de lo ilícito penal y la esfera de lo ilícito administrativo, del ilícito civil o económico, transformando el derecho penal en una fuente sinistra e imprevisible de peligros para cualquier ciudadano, substraéndole su función simbólica de intervención contra las ofensas más graves.

Es tarea de los penalistas recapacitar la teoría de la ley penal como instrumento de *ultima ratio* y limitación del poder estatal, con la reconstrucción de los sistemas a partir de un proceso de nueva codificación penal. Simultáneamente, esta nova codificación precisa tener como introducción, una cláusula de preservación do código como formula de impedimento de reformas e revisiones a impedir las respuestas contingentes del legislativo, y deteniendo la cultura legislativa de emergencia. De esa manera, salvaguardando las propias garantías penales y procesales de la legislación de emergencia y, al mismo tiempo colocando un freno en la inflación penal que hoy hace retroceder el derecho penal.

Profesor Titular de Derecho Penal de la Faculdade Candido Mendes (Rio); Presidente del Instituto dos Advogados Braasileiros (2010/2012). Presidente del Comité de Derecho y Proceso Penal de la Federación Interamericana de Abogados (FIA). Abogado criminalista en Brasil. Presentado en la Conferencia de la FIA, junio/2011.

CONSTITUCIONALIDADE DO EXAME DE ORDEM

A profissão da liberdade, em defesa da liberdade da profissão

Gisela Gondin Ramos

Sumário: I – ASPECTOS FORMAIS: 1) Observância do princípio da legalidade; 2) Delegação de competência ao CFOAB para REGULAMENTAR o Exame de Ordem; 3) Competência da OAB para aplicar o Exame de Ordem. II – ASPECTOS MATERIAIS: 1) INTERESSE PÚBLICO: Quando a regulamentação do exercício profissional é um fim a ser perseguido pelo Estado, e justifica o controle social: O Advogado; A advocacia e a função social do advogado (*munus publico*); 2) A Razoabilidade da exigência do Exame de Ordem; 3) A Proporcionalidade da exigência do Exame de Ordem. III – A inexistência de violação ao Princípio da Isonomia. IV – A inexistência de qualquer PRIVILÉGIO ou RESERVA DE MERCADO.

A divulgação de parecer proferido em 19/Jul/2011 pela Procuradoria Geral da República, nos autos do Recurso Extraordinário n. 603.583, com repercussão geral já reconhecida pelo STF, reacende a discussão sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem, em especial diante das conclusões do subprocurador assinante, que opina pelo provimento parcial do RE, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 8º. da Lei 8.906/94 por violação ao conteúdo essencial do direito fundamental consagrado no art. 5º., XIII, da Constituição Federal.

Trata-se, pois, de discussão relativa à esfera de proteção, tanto quanto as conformações e limitações legais ao direito fundamental à liberdade de profissão; Um direito consagrado desde a Constituição imperial de **1824**, cujo art. 179 referindo-se expressamente à inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, lastreada esta na liberdade, segurança individual e propriedade, abolia as corporações de ofício (inc. XXV), ao mesmo tempo estabelecendo que *nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio, pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos* (inc. XXIV).

Daí à frente, todas as Constituições brasileiras, no tocante ao exercício profissional, tem a liberdade como regra, muito embora a expressem em termos distintos, conforme a época. Assim, a Constituição Republicana de **1891** registrava, no art. 72, § 24 *ser garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial*; A Carta de **1934**, em seu art. 113, item 13, dizia *ser livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público*. O texto de **1937**, estabelecia no art. 122, item 8, *a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei*. O constituinte liberal de **1946** assegurou no art. 141, § 14, *ser livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*. Mesmo durante o Regime Militar, restou preservada na Carta de **1967**, e na emenda 01 de **1969**, repetido *ipsis litteris* no art. 153, § 23 (*é livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*). Finalmente, movida pelos ventos benfazejos da redemocratização, é chancelada na Carta Cidadã de **1988**, cujo art. 5º., inc. XIII, diz que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*.

Fizemos questão de transcrever todos os dispositivos para fins de esclarecer, desde logo, que os constituintes brasileiros, em todas as épocas e períodos de nossa história, nunca deixaram de reconhecer o **direito fundamental à liberdade de profissão**, da mesma forma, também, que sempre deixaram aberta a possibilidade, observado o princípio da legalidade, de impor-lhe restrições decorrentes do interesse público. Note-se que os preâmbulos (*caput*) dos dispositivos constitucionais antes citados tratam dos direitos e garantias fundamentais, deixando claramente consignado que estes se fundamentam na inviolabilidade dos direitos à vida, à saúde, à igualdade, à propriedade, à segurança e à liberdade, de modo que a legitimidade da intervenção do Estado nesta seara só se faz reconhecer enquanto lastreada no objetivo de proteger tais valores. E é neste sentido que o Poder Legislativo tem atuado na aprovação de inúmeras leis de regulamentação das mais diversas profissões, criando direitos para os que as praticam, bem como limites ao seu livre exercício com a preocupação de assegurar o respeito aos direitos dos cidadãos.

Com tais fatos levados na devida conta, temos que quaisquer conclusões acerca da constitucionalidade, ou não, da exigência contida no art. 8º., inc. IV, da Lei nº. 8.906/94 há que passar, antes, pelo exame dos aspectos formais e materiais envolvidos na presente demanda, e que lhe dão o necessário suporte jurídico.

I – ASPECTOS FORMAIS

1) Observância do princípio da legalidade

O princípio da legalidade vem expresso no art. 5º., inciso II da Constituição, quando esta diz que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, de modo que a sujeição de todos à ordem jurídica estabelecida é apanágio do próprio Estado de Direito.

Todos os dispositivos que versam sobre a liberdade de trabalho, ofício e profissão, nas constituições brasileiras, possuem os mesmos pressupostos jurídicos, fazendo prevalecer, pelo menos a partir da Carta de 1946, a ideia de que, para garantir a inviolabilidade dos direitos à vida, à saúde, à igualdade, à propriedade, à segurança e à liberdade, está o Poder Legislativo autorizado a editar leis estabelecendo condições não apenas de capacidade técnica, mas também de outra natureza, como a física e a moral¹.

Destarte, a ordem constitucional brasileira, desde sempre, se assenta na ideia de que a liberdade não é incompatível com a regulamentação de determinadas profissões, desde que esta regulação seja inspirada pelo interesse social, e lastreada no bem comum. Há mais de meio século, esta vem sendo a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em todas as oportunidades em que se debruçou sobre a questão da liberdade de ofício. Destacam-se alguns destes precedentes.

No Recurso Extraordinário nº. 21.533/DF, julgado em 16/04/1953, o STF deixa claro que as limitações legais ao exercício da profissão se lastreiam no poder de polícia, ou seja, *na faculdade que tem o Estado de opor à liberdade do cidadão as condições necessárias para garantir a saúde, a vida, a segurança individual e os interesses legítimos*. E, analisando especificamente o art. 141, § 14, da Constituição de 1946, registra que esta *é expressa no permitir que a lei não apenas fixe as condições de capacidade para as profissões em geral, mas também regule o exercício das profissões liberais (art. 161)*.

No Recurso em Mandado de Segurança nº. 8.099, julgado em 12/07/1961, o STF se debruça sobre a questão dos impedimentos para o exercício da advocacia, deixando assentado que *a Constituição Federal no art. 141, § 14, consagrou o princípio da liberdade do exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. Assim, para o*

¹ Conforme definido pelo STF no julgamento da Representação n. 1054-DF, DJ de 29.06.84.

exercício da advocacia, a lei exige o diploma de habilitação acadêmica e a inscrição na Ordem, inscrição que é feita com a restrição de não poder o advogado funcionário público, advogar contra a fazenda (DJ de 19/10/61).

Sob a égide da Carta de 1967/69 (art. 153, § 23), o STF reafirma na Representação nº. 1023/RJ, que a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão somente pode ser limitada pelas condições de capacidade que a lei estabelecer (DJ de 21/03/1980).

No mesmo sentido o julgamento do Agravo de Instrumento (AgRg) nº. 98.439-9/MG que, analisando a prática da advocacia por estagiário perante a Justiça do Trabalho, entendeu não haver nenhuma incompatibilidade do art. 72 do Estatuto da Advocacia (Lei 4.215/63) com o art. 153, § 23 da Constituição, registrando expressamente que o dispositivo estatutário da época visava *assegurar as condições de capacidade da representação profissional dos litigantes em juízo* (DJ de 29/06/84).

Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº. 134.449-1/SP, analisando o mesmo art. 153, § 23 da CF/69, o STF dá mais um passo no sentido de esclarecer a questão, aduzindo que *o conteúdo da norma constitucional somente visa a impedir que se estabeleçam discriminações ilegítimas vedatórias do exercício de profissões, e ainda, que a cláusula final – que permite à lei estabelecer condições de capacidade para o exercício das profissões – tem a ver com o interesse público na exigência de capacitação adequada dos profissionais*, concluindo, então, que a Constituição *nada mais faz que outorgar ao legislador competência para editar normas fixadoras de condições de capacidade* (DJ de 21/09/90).

Atualmente a liberdade de profissão é assegurada pela **Constituição de 1988** no inc. XIII do art. 5º., que, dizendo ser *livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*, não trouxe nenhuma mudança significativa ao sistema, posto que **mantém a mesma regra atributiva de competência para fins de regulamentação profissional**. Este ponto, aliás, fica muito claro no recente julgamento pelo STF da questão do diploma para jornalistas – Recurso Extraordinário nº. 511/961/SP -, em que ao analisar o âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional registra que a Carta de 1988 *segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores* (DJ de 17/06/2009). A mesma decisão esclarece, outrossim, que na formulação do art. 5º., inc. XIII, da CF/88, *paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas*. Reafirma neste ponto tudo o quanto já exposto pela Corte Suprema nos vários julgados anteriores acerca do tema, e especificamente no Ag 134.449-1/SP, ou seja, de que não

há no texto constitucional uma norma jurídica material, mas simples regra atributiva de competência.

E é exatamente este o ponto de partida na análise da constitucionalidade do Exame de Ordem. Trata-se de uma exigência criada por LEI. O art. 8º, inc. IV da Lei 8.906/94 estabelece como condição para se inscrever nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a prévia aprovação em Exame de Ordem. Não se trata, pois, de requisito que tenha sido instituído por meio de decreto, provimento, portaria, ou qualquer outro ato similar. Foi **instituído por LEI votada pelo parlamento**, obedecendo todas as etapas do processo legislativo (CF, art. 59 e segs) e que, portanto, submeteu-se à necessária e prévia manifestação de vontade dos órgãos representativos da soberania popular, constituídos pela própria Carta Magna. Resta demonstrado, portanto, o mais absoluto e inquestionável respeito ao princípio da legalidade.

2) Delegação de competência ao CFOAB para regulamentar o Exame de Ordem

Questiona-se a competência da OAB na regulamentação do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), invocando-se o art. 84, inc. IV da Constituição Federal, segundo o qual apenas o presidente da República estaria autorizado a expedir regulamentos para a fiel execução das leis, e esta atribuição, consoante o parágrafo único do mesmo preceptivo, seria indelegável. A fragilidade do argumento desponta do fato de que tal dispositivo apenas obsta a delegação por parte do Presidente da República, não fazendo qualquer referência ao Poder Legislativo. E, conforme pode ser constatado em uma simples leitura do art. 78 da Lei 8.906/94 foi o próprio legislador quem concedeu à Ordem dos Advogados do Brasil o poder regulamentar; No caso do Exame de Ordem, o legislador foi ainda mais específico, determinando a sua regulamentação através de provimento do Conselho Federal da OAB (art. 8º, § 1º). E não há na Constituição Federal qualquer norma da qual se possa, logicamente, inferir que ele estaria proibido de fazê-lo.

Quanto a este aspecto, aliás, há expressa concordância da Procuradoria Geral da República, cuja manifestação nos autos registra que *ao delegar ao Conselho Federal da OAB a deliberação sobre as regras aplicáveis ao exame de ordem, não infringiu o princípio da legalidade, pois ao provimento compete a definição das normas e diretrizes a serem observadas na sua aplicação*. E esclarece ainda mais, ao aduzir que *a delegação conferida pela Lei 8.906/94 limitou-se ao disciplinamento dos critérios técnicos de avaliação a serem adotados no exame de ordem e dentro da competência atribuída pelos arts. 54, V e 78 do mesmo diploma (verbis)*. Nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois, pode ser aventada também neste aspecto.

3) Competência da OAB para aplicar o Exame de Ordem

Outro argumento que ataca a constitucionalidade do Exame de Ordem, na verdade desce ao nível infraconstitucional, porquanto deduz uma suposta ilegalidade na competência da OAB para sua aplicação. Sugere-se neste ponto que dentre as finalidades da Instituição não estaria a de verificar a aptidão do bacharel que pleiteia inscrição em seus quadros, uma vez que este direito lhe estaria assegurado com a simples emissão do diploma superior pela instituição de ensino que supostamente deteria a prerrogativa exclusiva e indelegável de aferir o conhecimento para o exercício da profissão.

Neste caso o argumento deixa de atentar para os exatos termos da Lei 8.906/94, cujo art. 44, inc. II é taxativo ao definir a OAB como SERVIÇO PÚBLICO, atribuindo-lhe competência para *promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil*. Destacamos, a propósito, a expressão **com exclusividade**, e o termo **seleção**. Começando por este último, não temos qualquer dúvida em afirmar que, ao atribuir à OAB a finalidade institucional para selecionar seus inscritos, a lei não faz outra coisa senão conferir-lhe exatamente a competência para aferir a qualificação do postulante ao título de advogado. E quando a mesma lei diz que tal atribuição é exercida *com exclusividade*, certamente não está considerando o diploma expedido por instituição de ensino como documento idôneo a substituir-lhe nesta responsabilidade. Uma responsabilidade, aliás, que decorre exatamente de sua natureza de **SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE**, consoante expressamente definido pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da **ADI-3026-4/DF**, sob a relatoria do Min. Eros Grau (DJ de 29/09/2006), que fez questão de registrar já na ementa que a OAB *não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional*, pela simples razão de que ela *não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas*, mas, para além disto, possui clara **finalidade institucional**. E é esta qualidade que lhe confere as características próprias de autonomia e independência, e que lhe permite ocupar-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da justiça (artigo 133 da CF/88) – grifamos.

Também nesta seara, portanto, o que se constata é uma perfeita adequação ao disposto no art. 5º, inc. XIII, da Carta constitucional, uma vez que o Exame de Ordem afere, justamente, a qualificação do bacharel para o exercício da profissão de advogado, de forma que, mesmo aqui, ao reivindicá-lo de todos aqueles que pleiteiam registro em seus quadros, a OAB não faz outra coisa senão atender ao que dela é exigido pela Constituição.

II – Aspectos Materiais

De modo geral, quando se fala em legalidade a ideia emergente é a de simples conformidade com a lei, entendendo-se por lei o mero texto positivo, o preceito jurídico escrito (*jus scriptum*) e solenemente formulado por uma autoridade constituída, com base num poder que lhe é delegado pela soberania popular, e onde reside a suprema força do Estado. Esta concepção de legalidade, entretanto, foi sendo deixada para trás a partir do momento em que a sociedade ultrapassou as barreiras do Estado Liberal, também chamado de Estado Legal, no qual prevalecia a ideia de que o Direito se reduzia à lei formal, e onde se atribuía à doutrina, jurisprudência, e até mesmo aos princípios, um papel meramente coadjuvante na construção da norma jurídica. Esta convicção acerca do conteúdo material do princípio da legalidade, então, foi gradativamente se perdendo na história com as transformações que conduziram à noção contemporânea de Estado, e promoveram a ascensão normativa da própria Constituição.

Hoje, portanto, quando se fala em Estado de Direito, já se reconhece que o mesmo sustenta-se não só no princípio da legalidade, mas também, e especialmente, no ideia de proteção aos direitos fundamentais. Neste sentido as percucientes considerações de FÁBIO CARVALHO LEITE, mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio, em seu alentado ensaio intitulado *Estado de Direito e os limites à Liberdade de Profissão*, que põe em relevo exatamente a identificação dos *limites que a ideia de Estado de Direito impõe ao próprio legislador quando este, no exercício de sua função típica e, no caso, autorizada pela Constituição, limita o gozo da liberdade de exercício profissional, ainda que sob o pretexto de estar garantindo-a nos termos do texto constitucional (verbis)*¹.

É possível constatar, na doutrina e na jurisprudência, um consenso a respeito de que o limite a ser observado pelo legislador ordinário na imposição de quaisquer restrições à liberdade profissional está no **interesse público** que, embora considerado por muitos como um conceito indeterminado, ou plurissignificativo, admite que se estabeleça desde logo como uma expressão cujo conteúdo material não pode ser delineado senão a partir do texto constitucional e seu arcabouço principiológico.

Exsurtem daí duas constatações que devem nortear a atividade do intérprete. A primeira é a de que os poderes confiados ao legislador, como representante político, lhe autoriza a agir apenas em prol do bem comum e do bem-estar da coletividade, impondo a responsabilidade de resguardar sua atuação dos

¹ In Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara, Veredas do Direito. Belo Horizonte: vol. 3, n.6, p. 45-62, julho-dezembro de 2006.

extremos perigosos e a se manterem estritamente dentro dos parâmetros traçados pela Constituição e pelas leis. A segunda, é que o interesse público não existe por si mesmo, nem é um fim em si mesmo, de modo que insulta à razão e ao bom-senso pensá-lo como algo autônomo, ou indiferente aos desejos e propósitos legítimos da sociedade, dos quais o Poder deve ser a expressão adequada, e em nome dos quais ele governa. Isto quer dizer que para ser público, o interesse precisa vincular os membros da comunidade em geral, orientando o exercício do Poder de acordo com valores comuns. Destarte, na expressão interesse público estão compreendidos os bens, os faculdades, as prerrogativas, os direitos, as utilidades, enfim, as condições sociais, de ordem material ou imaterial, que possibilitam a satisfação e felicidade coletivas. Importa ressaltar, pois, que o interesse público atua em favor da sociedade, e jamais contra ela; E isto significa que não existe por si mesmo, mas pela sociedade; Não é um fim em si mesmo, mas um propósito geral, um anseio coletivo.

Assim, tendo-se em conta que o Estado não é senhor dos cidadãos, mas que deve atuar como protetor supremo e padroeiro de seus interesses materiais e morais, a primeira averiguação a ser feita é se o exercício da faculdade de legislar, impondo restrições à liberdade de profissão, autorizada na parte final do inc. XIII, do art. 5º., da Constituição, se insere dentre as suas finalidades próprias ou, em outros termos, se admite o controle social.

1) INTERESSE PÚBLICO: Quando a regulamentação do exercício profissional é um fim a ser perseguido pelo Estado, e justifica o controle social.

Neste tópico mister estabelecer-se desde logo que, não obstante a redação da parte final do inc. XIII do art. 5º., não são todas as profissões que são passíveis de regulamentação pelo Estado, e mesmo para aquelas que o são, há que se esclarecer que a atuação estatal só pode incidir sobre o direito de acesso e exercício, jamais à escolha, que se encontra protegida pelo núcleo de inviolabilidade da autonomia privada do cidadão. Fora deste núcleo essencial, a análise da constitucionalidade ou não de determinada regulação deve passar pela identificação do interesse social que legitime o poder público a intervir na esfera da autonomia do cidadão impondo-lhe obstáculos a serem superados para fins de acesso a ofícios que manifeste vontade de exercer.

Reflexões importantes sobre este tema são encontradas no já citado artigo de Fábio Carvalho Leite, onde o professor de direito constitucional da PUC-Rio, esclarece precisamente este ponto, ao salientar que o reconhecimento da legitimidade de uma exigência legal ao exercício de determinada profissão implica, necessariamente, em se admitir como legítimo um controle por parte da sociedade sobre aquela determinada atividade, o que, por suposto, há de

ser a exceção, e não a regra. Ilustra de maneira ímpar esta afirmação trazendo à baila o exemplo do médico, cuja responsabilidade envolve conhecimentos complexos, lidando com bens tais que justificam a exigência de certos requisitos que restringem de modo razoável e proporcional o acesso dos cidadãos a este ofício. Para fins de contra-ponto cita, também a atividade desempenhada por um garçom, como exemplo de um espaço *onde a Constituição deixa aos cidadãos com vontade de exercer o ofício a liberdade para escolher os caminhos que levam aos conhecimentos necessários para o seu exercício profissional, e deixa aos empregadores de estabelecimentos comerciais a liberdade de escolha dos profissionais nos processos de seleção.* Permanecendo com o exemplo do garçom, o autor esclarece que uma lei exigindo a realização de cursos para o exercício desta atividade seria flagrantemente inconstitucional, ainda que a pretexto de aperfeiçoar o serviço, e assim garantir aos consumidores uma melhora no atendimento. Isto porque, mesmo sendo indubitável o fato de que tal exigência seria adequada ao objetivo, *não se pode reconhecer este como um fim a ser perseguido pelo Estado porquanto a melhoria no atendimento ao público é do interesse do estabelecimento comercial, não do Estado, e qualquer responsabilidade em relação ao atendimento recairá, em um primeiro momento, sobre o estabelecimento, e não sobre o profissional* ¹.

Destarte, em se tratando do direito à liberdade de ofício, em confronto com a autorização constitucional para que o Estado expeça regulamentos acerca das “qualificações profissionais” necessárias, a análise tem como foco, primeiro, saber se estamos diante de uma atividade sujeita a controle social, e se representa – ou não – uma finalidade a ser perseguida pelo Estado. Há duas maneiras de se fazer isto. A primeira é verificar se a atividade analisada guarda alguma relação com os direitos fundamentais que lhe garantem um espaço ampliado de exercício livre; A segunda, de outro lado, é conferir se a própria Carta traz algum fundamento que justifique ou impeça a intervenção estatal.

O **jornalista**, por exemplo, tem estreita ligação com a garantia de manifestação do pensamento (art. 5º., IV), opinião e expressão, e informação (art. 220), O § 1º., do art. 220, aliás, traz expressa PROIBIÇÃO de que se edite qualquer lei que possa causar embaraço à plena liberdade de informação, e o § 2º., do mesmo dispositivo, é determinante e taxativo vedando a censura de qualquer espécie. Tudo isto junto, deixa mais que clara a intenção do constituinte de NÃO ADMITIR qualquer interferência estatal, ou qualquer forma de controle social, nesta seara. O caso do **garçom**, conforme já esclarecido acima, insere-se no espaço da iniciativa privada, e na autonomia civil. O **músico** tem ligação direta com a liberdade de expressão artística (art. 5º., inc. IX). Esta, aliás, a posição adotada há poucos dias pelo STF (em

¹ No artigo Estado de Direito e os limites à liberdade de profissão. Veredas do Direito BH, v. 3, n. 6, p. 45-62 jul/dez de 2006.

01/08/2011) no julgamento do RE-414.426 onde, em decisão unânime, a Corte registrou o entendimento de que não cabe ao Estado imiscuir-se na produção artística, especialmente porque o exercício da atividade de músico não implica em qualquer risco de dano social. O mesmo se deu a respeito do **Corretor de imóveis**, analisado pelo STF na Representação n. 930, entendendo desnecessária a regulamentação porque o despreparo do profissional não acarreta prejuízos à sociedade que justifique o controle da liberdade.

Em todos estes casos, verifica-se que embora não se tenha outros dispositivos específicos na CF que estabeleçam mais claramente os limites de intervenção, tem-se como extrair estes limites de outras liberdades asseguradas na Carta (liberdade de expressão, de informação, artística, etc.). São todas, portanto, situações claras nas quais não se justifica o controle social e a intervenção do Estado.

O Advogado

Agora, no caso do advogado, a primeira constatação é de que à circunstância de se valer o Poder Público da prerrogativa regulamentar autorizada na parte final do inc. XIII do art. 5º., não se opõe nenhum outro direito fundamental. E não só não se opõe, como também atende ao comando do que dispõe o art. 133 da mesma Carta que confere ao profissional da advocacia indispensabilidade na administração da justiça, atribuindo-lhe um inquestionável **múnus público**. E é a combinação destes dois fatores, justamente, que autoriza a intervenção regulatória do Estado, e justifica o controle social sobre as “qualificações profissionais” necessárias a quem pretenda exercer a profissão.

É que a atividade do advogado não se limita às alegações no foro, em processos judiciais; Sua atuação vai além, porquanto é ele, também, aquele profissional que orienta e aconselha os cidadãos quanto aos aspectos jurídicos que envolvem o seu patrimônio, suas relações com outros cidadãos, os seus espaços de liberdade, e até mesmo sua vida.

E do que trata o Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94 - senão de assegurar o exigido e indispensável RESPEITO AOS DIREITOS DOS CIDADÃOS?! Qualquer um que se dê ao trabalho de analisar com atenção os termos da referida lei não terá a menor dificuldade em constatar que seus dispositivos estão muito mais voltados à proteção do cidadão do que do profissional da advocacia, ao qual são dirigidas as mais severas restrições. Mesmo no capítulo específico dos “direitos do advogado” (art. 7º.), o que se vê é a enumeração de uma série de prerrogativas destinadas à garantia da defesa do cidadão, e não da pessoa do

advogado. São PRERROGATIVAS estabelecidas no intuito de resguardar a independência e a inviolabilidade do exercício profissional, duas garantias básicas decorrentes da sua indispensabilidade à administração da justiça, tal como asseverado no art. 133 da Constituição.

Conforme deixamos registrado em nossos comentários ao Estatuto da Advocacia (ed, Forense, 5ª, ed.), os direitos conferidos aos advogados pela Lei 8.906/94, antes de serem privilégios, são uma RESPONSABILIDADE. Fizemos registrar, também, o fato de que esta discussão em torno dos direitos, ou “privilégios” dos advogados antecede à própria criação da Ordem dos Advogados. Destacamos o trecho em questão, *verbis*:

Em 1930, André de Faria Pereira, então Procurador do Distrito Federal, recebeu do Ministro da Justiça Oswaldo Aranha, a incumbência de redigir projeto de lei destinado à reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal. Ao fazê-lo, o distinto jurista incluiu nele o art. 17, pelo qual se criava a Ordem dos Advogados. Lendo a proposta apresentada por André de Faria Pereira, o Ministro se opôs exatamente aos termos do art. 17, aduzindo que a Revolução não deveria conceder privilégios. As ponderações de André de Faria Pereira, em resposta, auxiliado por Solano Carneiro da Cunha, foram fundamentais para vencer a resistência do Ministro. Disse ele: “a instituição da Ordem traria, ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura”.³³

A menção do advogado no art. 133 da Constituição Federal, é outro fator a demonstrar o nível de responsabilidade da nossa profissão.

*E a melhor maneira de se verificar a natureza dos direitos outorgados pelo Estatuto ao advogado, é exatamente examinar as condições em que o mesmo pode ser exercido pelo profissional. Se se tratasse de um direito propriamente dito, pura e simplesmente, o seu exercício ficaria ao exclusivo critério do titular, ao contrário do que ocorre no caso do advogado. Este, como elemento indispensável à realização da justiça não tem a possibilidade de escolher se vai ou não exercer sua prerrogativa, uma vez que, numa situação prática de desrespeito a qualquer destas, ele tem verdadeira obrigação de se insurgir. **É, pois, inquestionável DEVER!!** Não pode o advogado, por exemplo, ao lhe ser vedado o acesso a autos judiciais, simplesmente aceitar a restrição. E não lhe é facultado o conformismo porque a sua responsabilidade para com a defesa do direito que lhe foi confiado pelo cliente, está acima da sua própria autonomia.*

Constata-se, pois, que mesmo quando a lei descreve os direitos do advogado o faz, não considerando este profissional como uma pessoa física, mas, na condição especial de agente público no exercício de seu mister, e para que lhe

sejam asseguradas perfeitas condições ao pleno exercício de sua função, de modo a **garantir seja atendido o interesse público na realização da justiça**.

A advocacia e a função social do advogado (*munus publico*)

Necessário que se faça um resgate da história da profissão no país, porquanto o esclarecimento de sua evolução no tempo nos dá uma perfeita compreensão do retrocesso que representaria o acolhimento da tese formulada na ação ora submetida à avaliação do Supremo Tribunal Federal.

É que, conforme noticiado por Ruy Sodr ¹, o conceito de que a advocacia seria uma atividade eminentemente privada, alheia a qualquer tipo de fiscalização do poder público, dominou por largos anos entre nós, no período anterior   criação da Ordem dos Advogados do Brasil, impedindo até mesmo que os Institutos dos Advogados tivessem qualquer ingerência na vida profissional do advogado. A atuação do causídico, nesta época, sujeitava-se ao poder correccional do juiz da causa em cada processo judicial, a quem competia punir os advogados faltosos. Cita, a respeito, a Lei n . 2.222, de 13/12/1922, que reformou a organização judiciária de São Paulo, segundo a qual ficavam os advogados sujeitos   inspeção disciplinar dos juízes de primeira instância e do presidente do Tribunal de Justiça, que poderiam impor-lhes penas que compreendiam desde uma advertência até a suspensão por três meses, embora, segundo ele, estas penas nunca fossem realmente aplicadas. Mais tarde, com o Decreto n . 4.786, de 03/12/1930, os advogados ficaram também sujeitos   correic o permanente do Corregedor-Geral.

O instituto das correic es, no que tange aos advogados, só foi revogado depois de mais de um ano da criação da Ordem dos Advogados (Decreto n. 19.408, de 18/12/1930), com a aprovação do primeiro Regulamento da OAB pelo Decreto n . 22.784, em 14/12/1931. Por longo tempo, entretanto, não obstante o Regulamento conferisse   OAB a exclusividade na punição de seus membros, muitos juízes continuaram a se valer daqueles diplomas revogados para interferir na atuação profissional, fortes na convicção de que, a teor do disposto no art. 72,   24, da Constituição de 1891, dever-se-ia conferir à liberdade profissional a mais ampla extensão, de molde que   advocacia continuava-se a imprimir aquela feição de atividade eminentemente privada, sem restrições ou limites.

¹ In A  tica Profissional e o Estatuto do Advogado. 4 . ed., LTr: 1991, págs. 281 e segs.

Foi só mais tarde, com a edição do Decreto nº. 22.478, de 20/02/1933, publicado no DOU de 02/03/1934, consolidando efetivamente a criação da Ordem dos Advogados do Brasil como “*orgão de seleção, defesa e disciplina da classe dos advogados em toda a República*” (*verbis*), que a advocacia deixou de ser profissão *exclusivamente privada e exercida com a mais ampla e irrestrita liberdade, para tornar-se regulamentada, selecionada, fiscalizada e disciplinada, funções essas delegadas pelo poder público à própria classe*¹.

A partir daí, conforme acentua Ruy Sodré, *passou a imperar o princípio, até então desprezado, de que o advogado participa da administração da Justiça, que é serviço público*. Desse princípio decorrem não só a subordinação do advogado à disciplina funcional, ao compromisso que presta ao iniciar a profissão, e ao mais importante de todos, ou seja, o de ter acesso, como defensor da parte, no desenrolar do processo judicial. A advocacia reconheceu-a o próprio Supremo Tribunal Federal -, como profissão de postular em juízo, **deixou de ser simples mandato judicial para envolver munus publico**, com responsabilidade funcional ². Transcreve-se, neste ponto, a preciosa lição do eminente Ruy de Azevedo Sodré, *verbis*:

O advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescindível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida, de que o advogado exerce função social.

Salientando que existem necessidades sociais que não podem ser satisfatoriamente asseguradas pela autoridade pública, destaca ainda o ilustrado jurista, que estas necessidades exigem conhecimentos especializados, e aos seus portadores é conferida essa função social, que tem duplo aspecto: de um lado, atendem às necessidades da coletividade, e de outro, ao mecanismo estatal da distribuição da justiça (*verbis*). Em outras palavras, o advogado exerce uma função social quando, no exercício de sua atividade privativa, atende às necessidades culturais da coletividade, prestando seus serviços aos clientes particulares. Mas não é só. Como bem salienta o doutrinador, **social ainda, e com mais caracterizada função, é a**

¹ Rui Sodré, cit, pág. 282.

² Idem.

atividade do advogado quando, como órgão da Justiça, põe esta em funcionamento (verbis) ¹.

Também na lição de CALAMANDREI se destaca a função social desempenhada pelo advogado. Na precisa lição do eminente mestre florentino, o advogado aparece “*como um elemento integrante da organização judicial – como um **órgão intermediário entre o juiz e a parte, no qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa, se encontram e se conciliam.** Por isso, sua função é necessária ao Estado, como um servidor do Direito*”(verbis) ².

Com aguçado senso crítico, o eminente J. B. DE ARRUDA SAMPAIO, também sobre o tema, assevera que o advogado *exerce uma função social porque tudo, na vida, depende do Direito, tudo se subordina ao império da lei. Não há vida social sem ordem jurídica e esta se movimenta através do trabalho, entre outros, do advogado* (verbis) ³.

Numa frase, Ruy Sodré sintetiza a natureza da profissão: **A advocacia   função pública, exercida por particulares.** E explica a definição esclarecendo que embora exercendo sempre atividade social, o advogado, quando atua, não representa o social, mesmo porque, na realidade, ele defende o individual. E valendo-se das palavras de M. P. PIMENTEL, esclarece que *no conceito social o advogado representa um dos instrumentos da ordem jurídica, porque defende um interesse individual junto aos poderes do Estado. Ele **visa a realização da justiça – fim social – mas propugnando por um interesse particular – fim individual.** Esse contraste de interesses é que gera o equilíbrio da ordem jurídica.*

Por tudo isto é que o Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94 – afirma em seu art. 2 .,   1 ., que **no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social** (verbis). E, no parágrafo seguinte (  2 .) do mesmo dispositivo, reafirma que *no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e **seus atos constituem múnus público*** (verbis). Tais regras não fazem outra coisa senão regulamentar o que vem expresso no art. 133, inserido no Capítulo IV da Constituição Federal, dentre as funções essenciais   Justiça.

¹ Idem, p. 283.

² Citado por Rui Sodré, na obra referida, p . 283.

³ Idem, pág. 284.

Conforme já dito alhures, o conceito de interesse público há de ser extraído da própria Constituição através de uma leitura principiológica e sistematicamente orientada. Ora, o legislador constituinte de 1988 fez uma opção expressa pela tutela dos direitos da cidadania, ao inserir a advocacia dentre as **funções essenciais à justiça**, donde se infere tratar-se de uma profissão sobre a qual a própria Constituição autoriza o controle social, a partir do qual se justifica a interferência legislativa no sentido de regulamentá-la, e nos expressos termos do que autorizado pelo inc. XIII, do art. 5º., do texto constitucional.

2) A Razoabilidade da exigência do Exame de Ordem

A razoabilidade é um conceito que se encontra inserido na concepção do Devido Processo Substantivo (*substantive due process*), e se apresenta, enquanto postulado de interpretação jurídica, como importante instrumento de limitação à discricionariedade, a serviço da permanente busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a garantia de preservação dos direitos de cidadania. É a razoabilidade que autoriza ao judiciário um completo exame do caráter injusto ou arbitrário de qualquer ato do Poder Público, especialmente em termos de limitação aos direitos civis.

Não há dúvidas, pois, que a atividade estatal se acha essencialmente condicionada por padrões de razoabilidade cujo é objetivo não é outro senão neutralizar os excessos eventualmente praticados. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência estabeleceram alguns parâmetros a serem examinados para fins de avaliação da razoabilidade na atuação normativa do Poder Legislativo.

O primeiro parâmetro é a **EQUIDADE**, através da qual se promove a harmonização da norma com as circunstâncias fáticas que permeiam o caso concreto, partindo do pressuposto de que na interpretação se deve considerar aquilo que normalmente acontece, e não o contrário (o extraordinário não se presume); exige especial atenção ao aspecto individual do caso sempre que, de maneira desmedida, seja este desconsiderado pela generalização da norma. Neste sentido, “a razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça” ¹.

¹ Humberto Ávila. In Teoria dos Princípios. Malheiros. 4ª. Ed., p. 106.

Ora, para se chegar à conclusão de que a exigência do Exame de Ordem afronta o postulado da razoabilidade, através do desmerecimento da equidade, o intérprete há que identificar na lei um conteúdo arbitrário. No caso, há que se demonstrar, portanto, que a regra instituída no art. 8º., inc. IV, da Lei 8.906/94 decorre não só do exercício abusivo do poder de legislar, mas que este abuso acarreta uma injustiça ao destinatário da norma. Não é esta, absolutamente, a hipótese ora analisada. Até porque, já demonstrado acima que a regulamentação atende a um interesse público maior – realização da justiça –, de modo que a avaliação da exigência deve se operar pela perspectiva do cidadão, e não daquele que pretende servi-lo e, por isto mesmo, tem obrigação de reunir as qualificações técnicas e morais para tanto.

O segundo parâmetro é a **CONGRUÊNCIA**, exigindo que a harmonização da norma se dê com relação às suas condições externas de aplicação. Tal elemento desponta naqueles casos em que a norma se mostra desvinculada da realidade, seja por eleger uma causa inexistente ou insuficiente para determinar a atuação estatal, seja quando concebida para incidir em determinado contexto socio-econômico que, alterado, lhe retira a razão de ser. A análise deste requisito diz respeito, antes de tudo, ao dever jurídico de atingir da forma mais eficaz possível o interesse público identificado na norma. No caso, a atuação do poder legislativo na edição da regra constante do art. 8º., inc. IV, da Lei 8.906/94, é **absolutamente coerente** com a exigência de comprovação das qualificações profissionais mencionadas pela parte final do inc. XIII, do art. 5º., da Constituição. E nem se diga que há qualquer incongruência em relação ao disposto no art. 170, § único, porquanto os princípios expressos no Título VII da Constituição – *valorização do trabalho e iniciativa privada* – se voltam justamente a orientar a intervenção do Estado na economia¹. Portanto, além de não incidir diretamente sobre a questão da liberdade de ofício, também traz, e com muito mais razão ainda, a ressalva que permite a regulação da atividade nos “*casos previstos em lei*” (*verbis*, parte final).

O terceiro e último requisito é a **EQUIVALÊNCIA**, através da qual se exige que a medida adotada corresponda ao critério que a dimensiona. Estabelece uma relação de correspondência entre duas grandezas, como, por exemplo, um determinado serviço público e a cobrança de uma taxa por este serviço. Entre aquela e este deve haver uma relação de equivalência, porquanto não se pode dizer razoável um serviço cujo custo real se mostrasse irrisório, ser taxado em valores exorbitantes. No caso da qualificação profissional exigida pelo dispositivo constitucional, a afronta ao requisito da equivalência seria algo como a lei exigir daquele que pretende ser advogado cursos de mestrado/doutorado, ou impor quaisquer outros requisitos de cumprimento

¹ Neste sentido a lição de José Afonso da Silva, ao tratar do fundamento e natureza da ordem econômica instituída pela Constituição de 1988. In Curso de Direito Constitucional Positivo, 17ª. ed., Malheiros, 2000, pág. 762.

inexequível, mesmo que para alguns, senão para todos, como, v.g., proficiência em língua estrangeira, ou conhecimentos especializados do direito alienígena. Não é difícil, portanto, constatar a observância do pressuposto da equivalência no caso do Exame de Ordem visto que longe de ser uma condição impraticável, trata-se de um teste de **conhecimento gerais mínimos** para iniciar na carreira de advogado.

De fato, aquele que submete-se a Exame de Ordem não concorre com ninguém além dele próprio, e tem seu esforço limitado a um patamar mínimo de acertos. Não se trata, nem de longe, de nenhuma barreira intransponível, à qual se possa atribuir a responsabilidade pela vedação ao exercício pleno da liberdade de ofício. A exigência de aprovação em Exame de Ordem não interdita o acesso ao desempenho da advocacia àqueles que comprovadamente se mostram capacitados a exercê-la, demonstrando-se detentores de um patrimônio cultural minimamente apto a atender aos reclamos da cidadania brasileira.

Vale aqui o alerta de RUY SODRÉ, de que os conhecimentos técnico-jurídicos que constituem o patrimônio cultural do advogado são usados em cada causa que patrocina, e ele deve saber invocá-los adequadamente já que sua maior preocupação reside sempre em persuadir o magistrado a aceitar seus argumentos. Como dizer que isto é possível no atual quadro do ensino jurídico brasileiro quando os últimos Exames da OAB registram erros básicos na grafia, tais como: "Perca do praso", em vez de perda de prazo. "Prossedimento", e não procedimento. "Respaudo", em lugar de respaldo. "Inlícita", e não ilícita.

Mas isto não seria ainda o mais preocupante. Piores são os percentuais apresentados no INAF – Índice de Alfabetismo Funcional, cuja medição ocorre desde 2001, e surpreendentemente tem constatado que o analfabetismo funcional é um problema gravíssimo, e atinge também as universidades. Conforme reportagem publicada pela Revista Época, em 03/12/2009, o Relatório **INAF** demonstrou que **"32% dos brasileiros com ensino superior não são plenamente alfabetizados"** (*verbis*). Isto significa, de acordo com os parâmetros utilizados na pesquisa, que 32% dos bacharéis lêem e compreendem textos médios, mas ainda possuem muita dificuldade para interpretá-los. Segundo Vera Masagão, uma das pesquisadoras e coordenadora do estudo, o número constatado *"é assustador"*, especialmente por apontar *"que com a popularização do ensino superior, a qualidade pode estar caindo"*¹. Se em outras profissões este fato já seria comprometedor, no caso da advocacia ele é muito mais preocupante, uma vez que, ainda invocando o saudoso RUY SODRÉ: *O advogado luta usando como única arma a palavra. Se*

¹ Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI108248-15228,00->

DOS+BRASILEIROS+COM+ENSINO+SUPERIOR+NAO+SAO+PLENAMENTE+ALFABETIZADOS.html. Acesso em 08/09/2011.

não sabe como manejá-la, embora conheça o direito que ampara a pretensão de seu cliente, já dá de si sinal de fraqueza ¹.

Há que se ter em mente neste ponto, ademais, que algumas profissões implicam já desde a opção individual realizada, um **compromisso permanente com o estudo** e a atualização. Quem escolhe ser advogado sabe que seus estudos não se concluem junto com o curso de graduação. Não é por outra razão que o primeiro item no conhecido decálogo de Couture é ***ESTUDA: O direito está em constante transformação. Se não o acompanhas, serás cada dia menos advogado.***

Neste aspecto, chega a ser incompreensível a resistência obstinada de alguns bacharéis à exigência do Exame de Ordem, porquanto estudar não deveria ser um problema para aqueles que se propõem a exercer a advocacia; E quem sai de um curso de graduação pensando que seus esforços acabaram junto com o curso, já começa seu percurso profissional sendo menos. Quem quer ser ADVOGADO, não apenas não pode temer o estudo, como tem que gostar dele, porque este é um compromisso para a vida toda.

Razoabilidade, pois, é a qualidade de tudo o que é logicamente plausível, permeado de bom senso, sensatez, moderação. Dentro deste balizamento, e considerando ainda que a interpretação não é a mera apreensão do texto, mas o entendimento deste refletido e explicado no contexto, ela determina que seja efetuado um acomodamento entre os fatos, as circunstâncias em que os mesmos ocorreram ou se produziram, a situação pessoal do sujeito, ou dos sujeitos envolvidos, e as normas previamente identificadas como aplicáveis ao caso concreto, estas em consonância com os fins nelas previstos, tudo com vistas a alcançar o senso comum.

Frente a tais considerações, e com todas as vênias, **o que NÃO É RAZOÁVEL é o argumento de que se deve deixar para o mercado a seleção dos bons advogados**, solução esta absolutamente incompatível com os bens e interesses jurídicos que devem ser protegidos. De fato, a razoabilidade não proclama nada de esotérico, enigmático ou ininteligível, mas, tão somente, que a interpretação prestigie soluções racionais, equilibradas, sensatas, e em conformidade com os padrões comuns na sociedade, repelindo tais juízos surrealistas. De outro lado, é RAZOÁVEL o entendimento inferido da lei de que o grau universitário representado pelo bacharelado não significa em si e por si uma qualificação profissional indeclinável para o exercício do *munus publico* da advocacia.

¹ In: A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado, LTr, 1991, p. 163.

Há, sem dúvida alguma, uma perfeita congruência lógica entre o fator de *discrímen* (qualificação profissional), e a discriminação legal questionada (exigência de exame de ordem), no contexto de uma lei amplamente discutida e votada pelos legítimos representantes da soberania popular, e inspirada no propósito de dar concretude e eficácia ao disposto no art. 133 da Constituição. Assim, sendo RAZOÁVEL admitir-se que a condição de bacharel em direito é apenas um dos requisitos exigidos para fins de habilitação à função de advogado, resta claro também que a exigência de realização do Exame de Ordem como requisito para a inscrição nos quadros da OAB não pode ser confundida com óbice ao livre exercício profissional, mormente em se considerando ser do maior **interesse público** o credenciamento de profissionais minimamente habilitados e qualificados.

3) A Proporcionalidade da exigência do Exame de Ordem

Afastado, após criteriosa análise da razoabilidade, qualquer caráter injusto ou arbitrário que se pudesse atribuir à lei *sub examinen*, resta avaliar se a mesma atende aos critérios da proporcionalidade, igualmente indispensável no processo de controle de constitucionalidade de leis e atos do poder público.

O sistema jurídico, composto de princípios, regras e valores, estabelece a persecução de fins, para os quais são previstos ou devem ser criados, os meios necessários à concretização da vontade social por ele instituída. O postulado da proporcionalidade, então, surge como elemento de mediação entre os fins buscados pela ordem jurídica, e os meios instituídos para alcançá-los, desempenhando papel de inquestionável mérito para a própria efetividade dos direitos e garantias fundamentais, já que lhe é atribuída uma função dúplice: de um lado representando uma limitação à ingerência estatal nos direitos fundamentais [proibição de excesso], e de outro, operando como instrumento de garantia e proteção destes mesmos direitos contra a omissão do Estado [proibição de proteção deficiente].

Aplicável sempre que se estiver diante de uma ação concreta para a consecução de determinado propósito, é o postulado da proporcionalidade que aponta os contornos máximos da possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, estabelecendo uma relação meio-fim, ou seja, uma comparação entre determinada medida adotada e a finalidade que a mesma pretende realizar. É pelo cotejo entre o meio empregado e o fim a ser alcançado, que se determina a relação de causalidade entre os mesmos, tendo a doutrina e a jurisprudência construído a partir daí a sua estrutura trinitária, ou seja, a exigência de ser mensurada tendo em conta três elementos: adequação, necessidade e a conformidade ou compatibilidade (usualmente designada como proporcionalidade em sentido estrito). São estes requisitos que, para atender à função de controle dos atos estatais, fornecem os balizamentos

específicos para as hipóteses em que se verificam limitações às liberdades individuais. Analisemos cada um deles frente ao caso concreto.

A **Adequação** determina a validade do ato em razão da finalidade por ele buscada. Em outras palavras, diante de um conflito entre bens jurídicos contrapostos, a análise se dá no sentido de averiguar se a medida adotada se apresenta apta (adequada) a produzir o resultado desejado. Para avaliar, no caso específico, se o meio empregado é adequado ao fim perseguido a pergunta a ser respondida é se o Exame de Ordem se apresenta como instrumento hábil [meio] a conferir maior segurança à sociedade [fim] no que diz respeito à capacitação dos profissionais da advocacia para lidarem com as questões jurídicas. Neste ponto o que se procura é constatar apenas e tão somente se existe uma **relação de causalidade** entre este e o objetivo a ser alcançado [qualificação]; Não cabe, aqui, se perquirir se o Exame de Ordem é o *melhor* meio para atingir o fim proposto, mas apenas se é apto a tanto.

Neste aspecto, é notório que os programas de graduação em direito estão voltados para uma instrução genérica acerca da ciência jurídica, cuja preocupação é focada no oferecimento de uma ampla visão aos futuros operadores do direito, com o propósito de lhes proporcionar as condições básicas de conhecimento que lhes permita optar, ao final do curso, dentre as diversas áreas de atuação que a formação jurídica proporciona. Neste sentido é que se diz, com muita propriedade, que os cursos jurídicos formam bacharéis em direito, não advogados, nem juízes, nem procuradores de justiça. Destarte, considerando que a advocacia é profissão que exige conhecimentos técnico-científicos, e que só a aferição destes é capaz de revelar a capacitação do bacharel para exercê-la, não há qualquer dúvida de que a exigência do Exame de Ordem para esta finalidade, atende perfeitamente ao requisito da adequação.

A **Necessidade** (ou exigibilidade) diz respeito ao fato de a medida concreta adotada ser insubstituível por outra menos gravosa, ou menos restritiva, mas igualmente eficaz. Aqui a avaliação deve considerar a possibilidade de utilização de meios alternativos à promoção do objetivo idealizado, que representem a menor restrição possível aos bens e interesses jurídicos atingidos pelo ato estatal. Também neste caso, a análise se desenvolve em torno das circunstâncias fáticas envolvidas, em confronto com a medida escolhida, em comparação com outra que poderia prover o mesmo resultado com menos interferência. Aqui, a análise é comparativa: duas medidas promovem da mesma forma, ou com a mesma intensidade, o resultado desejado, só que uma delas é menos restritiva que a outra.

O exame da necessidade, portanto, compromete o intérprete com a análise de meios alternativos aptos a promover o mesmo resultado. A medida é

considerada desnecessária quando não resiste ao cotejo com outras opções plausíveis e igualmente eficazes, cabendo ao aplicador da norma buscá-las e trazê-las ao debate. Qual é a alternativa viável para o Exame de Ordem aplicado pela OAB? A avaliação final do curso de direito? Todos sabem que não tem apresentado resultados satisfatórios. A avaliação pelo MEC? É notório que a preocupação maior do órgão tem sido com a expansão dos cursos, e não com o controle de qualidade destes. Ademais, não há nenhum elemento lógico pelo qual se poderia inferir que um exame patrocinado pelo MEC configuraria uma medida menos restritiva para se avaliar a capacitação técnica exigida no inc. XIII, do art. 5º., da Constituição, e com a desvantagem de ficar a cargo de uma instituição igualmente voltada para os aspectos genéricos do conhecimento. Demonstra-se, pois, também aqui, a necessidade do Exame de Ordem para a aferição dos conhecimentos específicos de quem pretende se tornar ADVOGADO.

Por fim, a compatibilidade, ou **proporcionalidade em sentido estrito** verifica se a medida concreta adotada é absorvida sem contestações pelo ordenamento jurídico, ou seja, se ela é compatível com o sistema, e não provoca nenhum tipo de desarmonia em seu interior. Aqui, ultrapassadas as fases anteriores – adequação e necessidade – adentra-se ao campo das possibilidades normativas onde, respeitando-se o grau de interferência das possibilidades fáticas, realiza-se uma ponderação acerca do nível de satisfação dos bens e interesses envolvidos. Trata-se, assim, de uma análise comparativa *entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais* ¹. Nesta seara avalia-se a **relação custo-benefício**, ou seja, *um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca* ².

A análise da proporcionalidade em sentido estrito, portanto, está diretamente relacionada com o freio imposto pelo postulado da proibição de excesso, pelo qual é considerada desproporcional qualquer medida cujo custo social provocado pela restrição seja claramente maior que o benefício social que ela promove. Destarte, considerando que o Estado deve atuar como vetor de concretização das pretensões constitucionais, não há como considerar desproporcional a exigência do Exame de Ordem se tal medida foi criada justamente para disponibilizar à sociedade profissionais aptos a prestar-lhe um atendimento jurídico de qualidade, mesmo que mínima. Não há como, portanto, ultrapassar este requisito, sem responder à pergunta: qual será o custo, para a sociedade, da extinção do Exame de Ordem?! Sim, porque, diante a desmedida criação de cursos jurídicos no país, com a indiscutível convivência do MEC, dos benefícios todos já sabemos.

¹ Cfe. Humberto Ávila. In Teoria dos Princípios, cit., p. 124.

² Idem.

III – A inexistência de violação ao Princípio da Isonomia

Analizando justamente o princípio isonômico, em face do disposto no art. 141, § 14, da Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA tece relevantes considerações no sentido de esclarecer que a garantia de igualdade a ser assegurada está no fato de que *as exigências para o exercício das profissões não criem inacessibilidade por diferença de nascimento, de sexo, de raça, de profissão anterior lícita dos indivíduos em causa, ou de qualquer dos pais deles, de classe social, de riqueza, de crenças religiosas ou de ideias políticas*¹. No mesmo sentido os ensinamentos do professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, para quem *a diversidade das situações reclama a diferenciação das normas, para que se observe a regra de justiça do tratamento desigual dos casos desiguais*, esclarecendo, entretanto, que *essa diferenciação se torna discriminação e como tal é vedada por ser contrária à igualdade, se for arbitrária ou desarrazoada*². Vê-se, portanto, que não há qualquer fundamento na alegação de ofensa ao princípio da isonomia pelo fato de se tratar a advocacia da única profissão em que o bacharel, para poder exercê-la, deve antes submeter-se a um exame. Ora, também se trata da única profissão que recebeu atenção especial e diferenciada na própria Constituição Federal que, ao afirmar ser o advogado indispensável à administração da justiça, e assegurando-lhe inviolabilidade por seus atos e manifestações, conferiu à advocacia o status de ***munus publico*** (art. 133, CF).

Destarte, em se tratando de distinção feita já na própria Carta, inviável se torna falar em ofensa ao princípio da isonomia. E mesmo que assim não fosse de qualquer modo não se poderia falar em violação ao postulado que, como dito antes, veda a arbitrariedade e o estabelecimento de qualquer distinção desarrazoada, mas não desautoriza o reconhecimento ou o estabelecimento de distinções segundo critérios de valor objetivos e constitucionalmente relevantes, como é o caso da advocacia.

¹ In Comentários à Constituição de 1946, vol. III, pág. 255 – apud: STF/Rep 1054-6.

² Trabalho publicado na Revista AJURIS, da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 24, ano 9, março/1982, págs. 172/175. Apud: STF/Rep. 1054-6.

IV – A inexistência de qualquer PRIVILÉGIO ou RESERVA DE MERCADO

Por fim, é absolutamente equivocada qualquer alegação de que a exigência do Exame de Ordem representaria uma tentativa de resgate de privilégios corporativos, ou que estaria sendo utilizado como forma de “reserva de mercado”, porquanto se trata de prova de habilitação a que todos podem se submeter em condições de igualdade, sem limite de vagas, e na qual basta atingir uma pontuação mínima para ser aprovado. Privilégio é uma vantagem acessível apenas a alguns em detrimento de muitos; implica uma distribuição desigual de oportunidades que sacrifica uns para benefício de outros. Ora, não pode ser considerado “privilégio” algo que todos podem conquistar por mérito e esforço próprios. Assinale-se, entretanto, que hoje o Exame de Ordem está UNIFICADO, de modo que o conteúdo das provas é homogêneo, não distinguindo nenhum candidato, independente do local do país onde se inscreva.

Com efeito, a Lei 8.906/94 é o resultado da Proposição PLC-2938/1992 apresentada pelo então Deputado **Ulysses Guimarães** em 22/jun/1992, para fins de **regulamentação do disposto no art. 133 da Constituição Federal**, cuja leitura no Plenário da Câmara dos Deputados se deu em 22/06/1992, e da qual se extrai, *verbis*: “A lei deve estabelecer mecanismos de seleção aos bacharéis em direito que desejarem exercer a advocacia como ocorre com as demais funções necessárias à administração da justiça (magistratura e ministério público). É assim nos países organizados no mundo. **Advocacia é serviço público indispensável, devendo o interessado comprovar um padrão mínimo de competência**”.

Basta uma leitura dos seus dispositivos para se constatar que se trata de uma lei inspirada, não no propósito de criar privilégios, mas sim na preocupação com a defesa dos interesses da sociedade, que merece ter à sua disposição profissionais moral e intelectualmente capacitados a atendê-la. Forte neste entendimento tem-se que a exigência do Exame de Ordem é sem sombra de dúvida uma exigência **lastreada no interesse público**, já que preserva a sociedade de profissionais desqualificados, sem um mínimo de aptidão técnica para lidar com os inúmeros problemas que afligem a cidadania brasileira e, ainda pior, sem consciência da responsabilidade conferida pelo título de advogado.

Tudo posto e considerado, não temos dúvidas em afirmar a plena compatibilidade da regra instituída no art. 8º., inc. IV da Lei 8.906/94, com a ordem constitucional vigente. É o entendimento que defendemos, com a devida vênia dos que pensam de forma diversa.

Florianópolis (SC), agosto de 2011.

***GISELA GONDIN RAMOS*, é advogada inscrita na OAB/SC sob n. 3900. Na ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, exerceu vários cargos, tendo sido conselheira e diretora da Seccional de Santa Catarina no período de 1998 a 2003; e CONSELHEIRA FEDERAL no período 2004/2010. Foi Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC), no período 2005 a 2010. É Membro efetivo do INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB), desde MAR/2001, onde integra a Comissão de Direito Constitucional. Autora da obra ESTATUTO DA ADVOCACIA – COMENTÁRIOS E JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA (ed. Forense).**

Lei da Alienação Parental Emenda Constitucional do Divórcio, Uniões Homoafetivas e Estatuto das Famílias

Paulo Lins e Silva

INTRODUÇÃO:

Recentemente, o Direito de Família Brasileiro sofreu quatro alterações legislativas de grande importância.

No aspecto das relações de parentalidade, especialmente no que diz respeito à guarda de menores, editando Lei que versa sobre Alienação Parental – fato, habitual nas relações de parentesco que ainda não havia recebido o respaldo normativo.

Noutro ponto, a dissolução matrimonial, teve uma emenda constitucional, possibilitando à dissolução direta do matrimônio por meio do divórcio, extinguindo, conseqüentemente, o estágio anterior pela “separação judicial” no ordenamento brasileiro.

Há que se destacar também uma recente decisão histórica do Supremo Tribunal Federal que possibilitou a extensão das uniões estáveis às uniões homoafetivas, reconhecendo assim, juridicamente os casais homoafetivos como entidades familiares.

Finalmente, há o Estatuto das Famílias, que incorpora diversos projetos de leis específicos, além de buscar soluções para conflitos familiares considerando os pilares do Direito de Família moderno – o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade – preocupando-se não somente em assegurar pelo Direito tais valores, mas, especialmente, com a efetividade prática de tais princípios na vida das famílias modernas.

Tais inovações, especialmente a do instituto do divórcio, modificaram radicalmente aspectos conservadores do Direito de Família Brasileiro de forma salutar, alterando pilares básicos que, há muito, encontravam-se atrasadamente arraigados na cultura jurídica do País, entravando as necessárias e prontas soluções que o casal no impasse tinha que mobilizar.

Assim, essas novidades legislativas no ano de 2010 e o projeto de lei que deve ser aprovado em breve foram muito valoradas pela comunidade jurídica, e, por conta disso, merecem análise, ainda que breve, se considerarmos que representam marcos evolutivos do Direito de Família moderno que, com o passar do tempo, vem tentando, se adequar a realidade fática que vivem as pessoas àquela realidade apregoada e protegida pelo ordenamento jurídico.

2- ALIENAÇÃO PARENTAL:

- CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O litígio entre consortes tem em sua pior faceta o impacto negativo nas crianças advindas daquele relacionamento. Ainda que haja, hoje, consolidação do divórcio no país e a estabilização das modernas formas de convivência familiar, a separação (fim do relacionamento) continua a ser experimentada por alguns como fracasso pessoal, o que acaba por provocar papéis de vítima e algoz a serem interpretados entre os conviventes, que, em diferentes níveis, acabam por passar o peso dessa briga, aos filhos.

A chamada Síndrome de Alienação Parental (SAP) é uma das mais extremas conseqüências da litigiosidade advinda da dificuldade de distinção pelos ex-cônjuges, do exercício do papel da conjugalidade do papel da parentalidade – uma vez findo o relacionamento, com a raiva instaurada entre os genitores, um deles acaba por transferir ao filho a raiva que sente de seu ex-parceiro, o que, invariavelmente, acaba por afastar a criança de um de seus progenitores. Em 80% dos casos o alienante geralmente é a mãe.

Tecnicamente, a SAP é definida por Douglas Darnell¹ como o fenômeno da combinação de sintomas advindos do ensinamento sistemático, por parte de um dos pais, e, das próprias intervenções da criança, dirigidas ao aviltamento do genitor que é alvo desta campanha denegridora. Em outras palavras, a Síndrome da Alienação Parental, conceitua-se como o conjunto de sintomas advindos do afastamento entre um genitor e filhos, gerado através de um comportamento doentio e programado do outro genitor, geralmente aquele que tem a guarda do filho.

Deste modo, a criança, a quem os pais deveriam proteger das discussões próprias dos adultos, referentes ao fim de seus relacionamentos, transformam-na, em um míssil de ataque, dirigido a ferir aquele a quem se culpa.

O genitor alienador, que tem o despertar de suas próprias questões pessoais conflituosas com a separação, por vezes age consciente do que pode provocar na prole. Afasta intencionalmente, a criança de seu (sua) genitor (a), passando para o filho o ódio que possui.

No entanto, em outras situações, o pai realmente acredita na necessidade de suas atitudes, como se fossem proteções ao menor.

Há uma incessante busca pelo reconhecimento do alienador como único cuidador da criança. Serão substituídos os naturais sentimentos do filho pelos projetados por ele, que passa a internalizar as frustrações do pai como se

fossem suas próprias. Com isso, repudiará o contato com o alienado, odiando-o sem motivo concreto.

Haverá um estreitamento do vínculo de dependência entre o filho e o genitor alienador, pois ao mesmo tempo em que afasta o alienado da vida da criança, se estabelece como o único a quem ela poderá recorrer. Tornar-se-á, progressivamente, o único adulto em quem aquela criança confiará, inclusive porque afasta do convívio do menor todo aquele que, ainda que minimamente, apresenta versão diversa dos fatos.

Este genitor, portanto, buscará auxílio junto aos familiares, amigos e demais pessoas do seu círculo social que lhe corroborem as razões, inclusive com pedidos de tutela judicial, para que afaste de vez a convivência do filho com o outro. E, chaga a um ponto que não se refutará em acusar falsamente dos mais diversos vícios e delitos, sendo a mais drástica faceta a acusação de abuso sexual, pela eficácia conseguida e pelas conseqüências psicológicas na criança.

A criança externa, assim, a vontade nela incutida pelo alienador, e não a sua própria. Poderá, assim, prestar declarações que reproduzirão os sentimentos do alienador e recusará qualquer contado com o alienado, até mesmo porque seria visto como uma traição pelo alienador. Veja-se, portanto, que as seqüelas da Síndrome de Alienação Parental são gravíssimas.

- LEGISLAÇÃO

Em homenagem à gravidade das sequelas trazidas pela Síndrome da Alienação Parental, foi editada no Brasil, muito recentemente, a Lei 12.318/2010, que versa, exclusivamente sobre a SAP, alterando normas anteriores pertinentes à matéria.

O art. 2º da referida Lei, cria a primeira definição legal no sistema jurídico brasileiro da SAP, muito embora a doutrina, há tempos, já classificasse e definisse a síndrome.

Agora, para o ordenamento jurídico, “considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

É mister destacar também, a lacuna que a nova legislação preenche: a questão da celeridade dos processos que envolvem a Síndrome da Alienação Parental.

O tempo para a criança passa muito mais rápido e é muito mais drástico que para o adulto. Logo, alguns meses entre o despacho e a efetiva marcação de uma audiência ou para a elaboração de um laudo psicossocial não são toleráveis pela criança, principalmente se há indícios de que está sendo alienada.

Assim, necessário que haja conformação das questões a um tempo não apenas razoável conforme padrões gerais, mas a uma duração que atenda às necessidades infantis, e não torne o sistema de pacificação social por excelência em um vetor de conflitos.

Em matérias dessa natureza, envolvendo questões cujas consequências podem ser muito prejudiciais a menores, sempre se sentiu a necessidade de que fosse dada máxima prioridade na tramitação processual.

Outrossim, após a edição da Lei específica sobre a matéria, certo é que, pelo arrazoadado no art. 4, quando houver indício de SAP, a requerimento das partes, ou de ofício, o processo terá tramitação prioritária.

Tal dispositivo dá mostras de que, finalmente, a questão está sendo tratada com a seriedade que merece.

A nova legislação, de forma exemplificativa, e, portanto, não taxativa, elenca formas de Alienação Parental que passam a ser criminalizadas: realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, impedir o contato da criança com o outro genitor, omitir informações pessoais sobre o filho, principalmente acerca de paradeiro e mesmo inclusive escolares, médicas e alterações de endereço para lugares distantes, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com a outra parte e com familiares desta.

Finalmente, a Lei criminaliza também os falsos estratagemas, muito utilizados pelos alienadores, de fabricar e exagerar os fatos dolosamente, transformando fatos triviais em verdadeiros suplícios.

Ora havendo indício da prática de Alienação Parental, o juiz determinará a realização de perícia psicológica na criança ou adolescente, sendo ouvido o Ministério Público. O resultado da perícia deverá ser apresentado em até 90 dias, acompanhado da indicação de eventuais medidas necessárias à preservação da integridade psicológica da criança.

Assim, uma vez caracterizada a prática de Alienação, o magistrado poderá aplicar as penas previstas na lei pelo art. 6, elencadas em ordem de grandeza, de acordo com a gravidade do caso, que, consubstanciam-se na possibilidade de advertir e multar o responsável; ampliar o regime de visitas em favor do genitor prejudicado; determinar intervenção psicológica monitorada; determinar a mudança para guarda compartilhada ou sua inversão; e até mesmo suspender ou decretar a perda do poder familiar.

- CONCLUSÃO

É certo que a nova lei que versa sobre Síndrome da Alienação Parental foi um grande ganho para o Direito de Família Brasileiro, trazendo sem dúvidas, muito mais benefícios que malefícios. Deve-se atentar que, o mais importante em lides que versem sobre o tema, é uma instrução probatória clara e objetiva,

elaborada por profissionais especializados e competentes, por que é esse tipo de perícia a maior garantia contra injustiças, e, além disso, o melhor remédio para que não se crie hoje, um novo tipo de problemática: a da inversão injustificada da guarda, ou, pior, a da perda do poder familiar.

3 - DIVÓRCIO:

3.1 – HISTÓRICO LEGISLATIVO NO BRASIL

No Direito Positivo, nada podemos iniciar sem fazermos um retrospecto histórico das fontes que enriqueceram a formação do novo Direito, notadamente, quando falamos do mais humano de todos, o Direito de Família.

No que tange, especificamente, ao Direito de Família, é mister salientar que o Brasil foi um País muito singular, influenciado em sua história pela Igreja Católica, e, em razão disso, apregoávamos no Código Civil passado, de 1916, e, mesmo em nossa primeira Constituição, a indissolubilidade do matrimônio até 1977.

Na década de 60, Nelson Carneiro, considerado o maior legislador do Direito de Família daquele século, na proteção dos interesses das mulheres, já havia proposto por três vezes projetos de divórcio vincular, inclusive o que chamava de “casamento tácito” após uma convivência de cinco anos de duas pessoas impedidas de contrair novo casamento, o que veio anos após a se tornar uma fonte formal aplicável tanto na Lei 6.515/77 como na Carta Magna de 1988.

Assim, desde meados de 1977, com as inovações de pensamentos trazidas pela doutrina, o Brasil já tinha expectativas de ver regulamentadas novas condições divorcistas. Na época, tínhamos um Presidente da República, Ernesto Geisel, protestante luterano, ou seja, adepto de filosofia religiosa que admite o divórcio. Além disso, grande parte da família brasileira era constituída por uniões concubinárias, e, como consequência disso, com a falta da possibilidade de divórcio, a essa parcela da população já não mais agüentava as discriminações sociais, e, principalmente nas promoções de carreira, especialmente na militar, porque enquanto o “desquitado” era preterido o “mau casado” promovido.

Finalmente, dessas condições, adveio a Emenda Constitucional nº 9, em Junho/1977 que cessou com a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Em 1977 adveio, no mesmo sentido, regulamentado a permissão constitucional, a Lei 6.515/77, mais conhecida como “Lei do Divórcio”. Essa legislação, sem dúvida, reformou todo o Direito de Família, provendo-lhe novos ares e novas interpretações, muito mais adequadas à realidade fática que a sociedade vivenciava naquele momento.

Assim, institucionalizou-se o divórcio, inicialmente, de forma homeopática, permitindo-o apenas por uma vez, aos que tivessem mais de 3 anos de separados judicialmente ou cinco de fato. Eliminou-se a terminologia jurídica “desquite” e se abriram as portas para a “separação judicial”. Generalizou-se a possibilidade dissolutória do casamento, enfocando o desrespeito aos deveres comuns do casamento, criando-se também a expressão “insuportabilidade” de convivência, como elemento apto a justificar o desfazimento conjugal.

Seguindo-se na seara das evoluções familiares, e mesmo das perspectivas individuais, onde se passou a valorizar o desejo do próprio ser humano, adveio a Constituição de 1988. Por meio dos revolucionários artigos 226 e seguintes, a Constituição de 88 legitimou a união estável, comparando-a ao casamento. Além disso, criou também a terminologia “entidade familiar”; estabeleceu o hiato de um ou dois anos, o primeiro para o decreto da separação judicial e o segundo para o divórcio, pelo aspecto temporal. Estabeleceu não discriminação nominal aos filhos, pouco importando a origem do nascimento e igualou os direitos dos maridos e mulheres, sem qualquer distinção entre ambos.

É importante também destacar, especialmente no que tange à dissolução do matrimônio que, embora tenha sido um passo incomensurável para a evolução normativa brasileira a Lei do Divórcio e, por óbvio, seu permissivo constitucional, o fato de não se permitir diretamente o divórcio, sem antes se passar pelo estágio de uma separação judicial, ou por um lapso temporal, denota, inequivocamente, que ainda havia uma proteção muito grande ao matrimônio, inversamente proporcional à vontade das partes: por mais que o desejo dos cônjuges fosse por fim ao matrimônio, a legislação ainda impunha óbices para que a dissolução completa do vínculo ocorresse, isso no intuito de permitir que os cônjuges pudessem, ainda, em meio a todo o processo de separação, se reconciliar.

3.2 – A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010:

Finalmente, no corrente ano, a Constituição Federal de 1988 foi alterada, e, onde restava apregoado que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (§ 6º do art. 226), passou a estar vinculado o seguinte permissivo legal:

“o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Ou seja, por força da Emenda Constitucional em conteúdo, os casamentos passam a poder ser dissolvidos pelo divórcio direto, independentemente de prévia separação, judicial ou de fato, e, ainda, independentemente de ter decorrido qualquer lapso temporal.

Com a alteração de ordem constitucional, e o conseqüente desaparecimento do instituto da separação, o divórcio passa a ser, além da morte e das possibilidades de se desfazer o casamento, única forma de se extinguir a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial.

No que tange às ações em curso de separação judicial, a doutrina vem propondo duas soluções: ou são extintas sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido – o que, particularmente, considero um desperdício do tão preciso tempo não só das partes, mas do Judiciário em si, ou aplicando-se o princípio da fungibilidade, convola-se a ação de separação em ação de divórcio – solução que vem sendo aceita pela maior parte dos magistrados brasileiros.

A problemática que mais divide opiniões, no entanto, não diz respeito às ações já em curso, mas, especialmente às ações já findas, que decretaram a separação das partes. Ora, com a edição da emenda, sem previsão legal, o status de separado, deixou de existir, e, assim sendo, aqueles que possuem certidão de casamento averbada com o estado civil de separado, caíram em um “limbo” jurídico que precisa de solução.

Nesse tocante, há quem defenda que as pessoas anteriormente separadas de direito, quer por sentença, quer por escritura, não se encontram automaticamente divorciadas, pois seu estado civil não se alterou pela aprovação da Emenda Constitucional e, por isso, deverão propor, judicialmente, seja por consenso ou não, ação de conversão da separação em divórcio.

Outrossim, noutra corrente, que nos parece mais acertada, que apregoa que, com a extinção da separação, aqueles que antes ostentavam o estado civil de separados, restaram, automaticamente, divorciados.

Essa solução está de acordo não só com as inovações que vêm a basilar o Direito de Família moderno, mas, principalmente, em consonância com o princípio da celeridade processual.

Em suma, há que se compreender a aplicabilidade da emenda constitucional que instituiu o divórcio como o principal meio de dissolução matrimonial, promovendo, por conseguinte, a extinção da separação, da seguinte maneira: seus efeitos são imediatos, e tem a intenção de facilitar a dissolução do vínculo matrimonial de acordo com a vontade das partes. Ora, se os ex-cônjuges já se encontram separados, por meio de sentença judicial, resta comprovado que a intenção dos mesmos era dissolver o vínculo matrimonial – e, na maior parte dos casos, para não dizer em todos, só não propuseram o divórcio diretamente por impedimento legal. Agora, sendo o divórcio a única maneira de dissolução matrimonial (excluindo-se a anulação do casamento e a morte), por que impor àqueles que já estão separados, que já passaram por todo um procedimento judicial para adquirir o status de separado, arcando com os ônus de tal processo, que, mais uma vez, passem por isso para adquirirem aquilo que nossa própria constituição, agora, assegura?

3.3 – CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 66 é a maior revolução, no que tange ao Direito de Família. Além disso, é resultado de árduas lutas dos especialistas e simpatizantes da matéria jurídica familiar, que por muitos anos tentaram desatar os laços entre o Estado e as relações familiares, tão peculiares, tão íntimas e particulares.

No Brasil, terminou o sancionamento ou a intervenção do Estado na intimidade do casal, para que o inocente receba vantagens materiais do cônjuge culpado. A punibilidade e suas consequências vão ser apreciadas agora na Jurisdição Cível e não nas de família.

Retrocedendo na linha do tempo, há poucos anos atrás, sequer havia a possibilidade de que um casamento fosse dissolvido pela vontade dos cônjuges. Depois, passou a ser possível se separar, e, passado o lapso temporal, divorciar-se, extinguindo de vez qualquer vínculo matrimonial.

Desta forma tivemos um ano de 2010 com muitas alterações no Direito de Família, pátrio, dando-se maior celeridade para o desfecho dos casamentos em atrito sem condições reconciliatórias, facilitando as partes na constituição de nova família, seja pela “união estável” seja pelo novo “casamento”.

4. O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS:

4.1 - A DECISÃO DO STF

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu como válidas, no julgamento de uma Ação de Descumprimento de Princípio Fundamental, as Uniões Homoafetivas.

A histórica decisão traz para o Brasil, finalmente, o reconhecimento igualitário dos companheiros do mesmo sexo, que possuam relação afetiva pública e duradoura, os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres. Em outras palavras, a decisão do Supremo Tribunal Federal traz para a realidade jurídica aquilo que, sem dúvida, já ocorria na convivência prática: os casais homoafetivos passam a ser conhecidos como entidade familiar.

Preceitua o artigo 1.723 de nosso Diploma Civil que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida, com o objetivo de constituir família”.

Tal dispositivo, por sua vez, emana do § 3º. do artigo 226 de nossa Carta Magna, que apregoa, in verbis, que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O julgamento recente da ADPF 132 pelo STF, no entanto, interpretou de maneira extensiva o dispositivo constitucional acima mencionado, uma vez que o artigo constitucional, expressamente, faz menção à união entre homens e mulheres.

O principal argumento, acertadamente acatado no julgamento, foi de que a igualdade, a liberdade e a prerrogativa de proibição do preconceito seriam preceitos, também constitucionais, preponderantes, que não poderiam ser afastados da interpretação do § 3º. do artigo 226. Ou seja, a despeito do artigo mencionar expressamente a união de pessoas de sexos opostos, a correta interpretação constitucional, em consonância com a realidade fática atual de nossa sociedade, seria abarcar também as uniões homoafetivas como entidades familiares que merecem a proteção estatal. Isso porque, qualquer interpretação diversa, feriria outros princípios constitucionais que, quando sopesados, manifestam-se com maior grau de importância: a garantia de igualdade, de liberdade e de uma sociedade livre de preconceitos.

Há que se destacar, também, que com a garantia da extensão das uniões estáveis às uniões homoafetivas, abriu-se, também, a possibilidade de debater-se o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A “brecha” para tal interpretação encontra-se no próprio artigo constitucional que foi objeto de debate interpretativo pelo Supremo: o trecho final § 3º do artigo 226 apregoa que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora, se atualmente é possível, juridicamente, a união estável entre pessoas do mesmo sexo; e se a própria lei deve facilitar sua conversão em casamento, por um silogismo simples, há que se compreender a possibilidade, hoje, no Brasil, do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

4.2 – CONCLUSÃO

A bem da verdade, é possível afirmar que essa única decisão do Supremo Tribunal de Justiça brasileiro modifica o direito de família de maneira marcante e irretocável: finalmente o sistema jurídico brasileiro começa a caminhar em consonância com a realidade fática da sociedade, livrando-se, aos poucos, dos preconceitos fortemente arraigados, que apenas atrasam o caminhar não só da própria sociedade, como do direito em si.

A decisão corajosamente tomada por nosso Supremo Tribunal de Justiça entrega, por meio da permissão jurídica para as uniões homoafetivas, à população brasileira a aplicação prática dos princípios constitucionais mais básicos e mais bonitos, sem os quais uma democracia jamais se sustentaria: a liberdade e a igualdade, além de uma sociedade, ao menos jurídica, livre dos preconceitos e discriminações sexuais.

5- ESTATUTO DAS FAMILIAS

5.1 – PROJETO DE LEI NR. 2.285, de 2007:

O Estatuto das Famílias é um projeto de Lei, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, baiano de grande militância no Direito de Família moderno. O projeto contou com o apoio do quadro de mais de 4000 associados ao IBDFam, e teve, em sua comissão de sistematização, nomes dos mais nobres e brilhantes para o Direito de Família

A extrema necessidade de aprovação do projeto, que só trará benefícios aos brasileiros, dá-se, especialmente, em razão de ser nosso código civil absolutamente retrógrado no que tange ao Livro de Direito de Família. Isso porque nosso código de 2002 foi concebido na década de 60, no século passado, onde o paradigma familiar era, sem dúvida, muito diferente do nosso atual, arraigado por discriminação, desigualdade, patriarcalismo e preconceito – valores que, com a evolução da sociedade, e com o próprio advento da Constituição de 1988, começaram não só a cair por terra, mas a parecer especialmente antigos e desconexos com a grande evolução social e familiar brasileira.

Assim, o projeto de lei nº 2.285 não só revê como inclui no Código Civil dispositivos essenciais para a aplicabilidade de um direito de família justo, que se adeque aos novos – e mais nobres – pilares norteadores do Direito Familiar moderno.

5.2 – DISPOSITIVOS

No que concerne ao direito material, o projeto de Lei traz disposições de direito pessoal e patrimonial. Além de um título especial, dedicado às normas e princípios gerais aplicáveis às famílias, elenca em sua substância os títulos sobre as relações de parentesco, as entidades familiares, a filiação, a tutela e a curatela e alimentos.

Destaque-se, ademais, o grande caráter inovador do Projeto de Lei, que abarca no conceito de entidades familiares as famílias monoparentais e pluriparentais, bem como a união homoafetiva. Ademais, consagra, em seu texto, de acordo com o disposto no artigo 10, o grande princípio norteador do Direito de Família moderno, reconhecendo a relação de parentesco por socioafetividade, além da biológica.

Além disso, o projeto prestigia, como não poderia deixar de ser, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, bem como a convivência familiar, e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, sublinhe-se, o projeto não trata apenas de direito material, abrangendo também normas relativas ao direito processual aplicáveis à prática familiar. Assim, de acordo com o estatuto, o processo de família apresentaria, como princípios norteadores, a oralidade, celeridade, simplicidade, informalidade, fungibilidade e economia processual.

5.3 – CONCLUSÃO

O Estatuto das Famílias seria, além de uma reunião em um único código, de todas as normas relativas tanto ao direito material quanto processual atinentes ao direito familiar, mas, sobretudo, um meio de atualização do Direito Familiar, considerando-se que o Projeto de Lei finalmente abarca os princípios que, atualmente, são os pilares básicos de tal especialidade jurídica, mas, que ainda não haviam sido positivados, o que, sem dúvidas, representa um enorme avanço para essa seara do direito.

Ex-Presidente da Federação Interamericana de Advogados. Presidente de Honra da Union Internationale des Avocats. Diretor Internacional do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Doutrina

“Notas sobre a Disciplina de Direito Comparado (conceito, objeto, sistemas e globalização) e aplicações práticas”^{1 2}

Frederico Price Grechi

“Quem diz que a comparação é método, tem uma visão limitada do método da comparação (porque não observa que se podem usar mais métodos para comparar, e que não existe o método puro de comparar), quando não tem uma visão limitada dos seus escopos e do seu objeto (porque não observa, ou não conhece, o seu específico, e já desenvolvido, campo de indagação” (Rodolfo Sacco, *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: R.T., 2001, p. 34).

“Le distanze fra *civil law* e *common law* tendono lentamente a ridursi. Nei Paesi a diritto giudiziario si fa strada, un diritto di formazione legislativa (statutory law): nei Paesi a diritto legislativo i precedenti giurisprudenziali, sebbene non vincolanti formalmente, influenzano di fatto i giudici (efficacia persuasiva del precedente)”. (Francesco Galgano, *Diritto Privato*. Undicesima edizione. Padova: Cedam, 2001, p. 29).

1. INTRODUÇÃO – CONCEITO.

Neste trabalho, que versa sobre a ciência do Direito Comparado³, pretendo discorrer, inicialmente, sobre o objeto da comparação desta novel disciplina.

¹ Este trabalho é dedicado ao saudoso Professor e Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes, estudioso do Direito Comparado e membro do Conselho Editorial do Instituto Ítalo Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado.

² Agradeço ao Professor Doutor Carlos Edison do Rego Monteiro Filho pelas preciosas lições de Direito Comparado na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

³ Conforme SACCO, Rodolfo, Op. Cit., p. 34, não há um método comparativo, mas, sim, uma pluralidade de métodos comparativos. Note-se, ainda, que o método (caminho) não se confunde com a ciência (destino).

Decerto que, durante certo período, prevaleceu o entendimento de que o Direito Comparado constituía mero método (comparativo) aplicado à ciência do Direito¹.

Este conceito encontra-se já superado, conforme noticiam Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Jensen²:

“O Direito Comparado não é uma ciência normativa do direito, mas uma ciência empírica do direito, (...). Ocupa-se o Direito Comparado da pluralidade de ordens jurídicas, que constitui seu objeto de investigação científica próprio e específico. Daí não decorre a consequência pretendida de infirmar-lhe o caráter científico, reduzindo-o a mero método. Senão vejamos. O Direito Comparado, aproveitando o quanto dito, possui objeto próprio, qual seja, o cotejo comparativo da pluralidade de ordens jurídicas. (...). Em possuindo o Direito Comparado objeto próprio, métodos específicos, autonomia doutrinária e didática, bem como um desenvolvimento notável em nível internacional, sendo inclusive objeto de inúmeras associações, academias e organizações nacionais e internacionais, bem como encontros, colóquios e congressos nacionais e internacionais, não se sustentam aquelas teses devendo-se reconhecer ao Direito Comparado seu status de ciência, do qual há muito desfruta no velho mundo e em outras passagens”.

Sem embargo, Susana de la Sierra³ ressalta o caráter dual do Direito Comparado como disciplina autônoma e como método:

“El derecho comparado es un tipo de análisis jurídico cuyas finalidades se han ido alternando en la historia. Si dicho análisis es una disciplina autónoma, o si se trata de un método de investigación aplicable a otras disciplinas consolidadas es un debate que ha acompañado al Derecho comparado desde su nacimiento. Es cierto que la doble naturaleza del Derecho comparado,

¹ De acordo com ANCEL, Marc. *Utilidades e Métodos do Direito Comparado*. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 44-45. Entretanto, segundo SGARBOSSA, Luís Fernando, JENSEN, Geziela., *Elementos de Direito Comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 24, “parece-nos que o setor do conhecimento [Direito Comparado] não pode ser reduzido ao método. O fato dos juristas (ainda) construírem suas conclusões, interpretações e argumentações essencialmente com base na lógica formal (silogismo e outras estruturas do raciocínio lógico legadas pelo normativismo positivista) não reduz a ciência do Direito à lógica formal. O método comparativo é, assim, ontologicamente distinto do Direito Comparado e, ademais, compartilhado por outras ciências”.

² Op. Cit., p. 28-35.

³ *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 25-26.

ciencia y método, se puede reducir a una sola si, como recuerda Alejandro Nieto, “la ciencia no es, a la postre, sino método”. Ele no obstante, resulta conveniente retener su carácter dual, dado qe, como se desarrollará más adelante, el método comparado no es próprio solo del Derecho comparado en tanto que disciplina autônoma, sino que es utilizado por otras ramas de la ciencia con carácter instrumental para completar sus resultados”.

Em seguida, investigaremos, brevemente, o estudo comparativo dos principais sistemas de direito positivo (famílias), *civil law* (continental) e *common law* (anglo-americano).

Nesse passo, serão analisados alguns novos influxos da Globalização sobre a disciplina do Direito Comparado.

Após, abordaremos o conceito Direito Comparado e a sua importância no âmbito da América Latina.

Por derradeiro, sugerimos, a partir das premissas acima estabelecidas, algumas aplicações práticas do Direito Comparado (i) com o Direito Processual Civil (dimensão integrativa regional), (ii) com o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional (dimensão receptiva da legislação estrangeira) e, por fim, (iii) com o Direito Agrário (dimensão do formante doutrinário).

2. DIREITO COMPARADO E O OBJETO DA COMPARAÇÃO.

Para o estudo do objeto da comparação, Rodolfo Sacco¹ propõe a busca dos formantes, pois, para falar de comparação é preciso ter objetos para comparar. No caso em tela, o problema reside na identificação da norma jurídica.

Pode haver desarmonia entre o direito legal e o direito jurisprudencial. Isto porque “aos olhos de um jurista inglês, habituado a considerar o precedente jurisprudencial como a fonte principal do direito, poderia parecer particularmente curioso, neste aspecto, que entre nós o precedente jurisprudencial não seja considerado fonte de direito”².

Segundo Rodolfo Sacco³, “o hábito de referir-se à ‘regra do direito’ de tal ou qual país, ao invés de mencionar as ‘regras legais, doutrinárias e jurisprudenciais’, além daquelas utilizadas nas decisões dos tribunais e nos exemplos dos manuais, prova que o pensamento do jurista é dominado por um *a priori* fundamental e característico, segundo o qual ‘em um dado país, no

¹ *Op. Cit.*, p. 69-90.

² SACCO, Rodolfo. *Op. Cit.*, p. 70.

³ *Op. Cit.*, p. 70.

momento dado, a regra legal (L), a regra doutrinária (D), a regra que pode ser extraída dos exemplos da doutrina (E), a regra que os tribunais enunciam na máxima (M), e a regra que os tribunais aplicam (A), apresentam um conteúdo idêntico e são por isso, por assim dizer, intercambiáveis”.

O princípio da unidade deve, pois, nortear o exercício da nossa atividade investigativa para descobrir “o” modelo jurídico dentro de um determinado ordenamento, isto é, queremos encontrar a norma (no singular) que regula aquele determinado fenômeno¹.

Deveras, a lei poderia ser interpretada com diferentes sentidos e alcances, mas esta mesma circunstância acaba por reforçar o princípio da unidade da regra de direito. Desse modo, sendo mais de interpretação possível (abstratamente), pode-se dizer que uma delas será *prima facie* mais exata. Nesse desiderato, caberá a doutrina a tarefa de identificá-la e apontá-la. Caso a doutrina apresente fórmulas vagas, a jurisprudência, por seu turno, a partir do caso prático concreto, complementará a regra dos detalhes que são necessários para preenchê-la. Prestigia-se, assim, o axioma da unidade da regra de direito do país considerado.²

Observa Rodolfo Sacco³ que a “experiência pode fazer o jurista pensar que este axioma suporte às vezes algumas exceções: a regra admitida para a interpretação pode ser contrária à lei; a regra judiciária, aparentemente rígida, pode esconder aplicações desiguais. Mas a identidade das diferentes regras corresponde, pelo menos, a uma presunção, que será abandonada somente em caso de necessidade. E onde a presunção é desmentida pela experiência, pode-se ainda procurar restabelecer a unidade do sistema, designando uma das fórmulas como correta e excluindo a validade das outras, que deste modo tornam-se fórmulas imprecisas e falsas”.

Assim, no ordenamento coexistem vários conjuntos, os quais recebem o nome de “formante” do ordenamento (*v.g.* formante legal, formante doutrinário etc.)⁴. Em síntese, a ótica do jurista que se propõe ao exame do direito de um só país consiste em reconhecer que o direito vivo comporta muitos formantes (L, D, M, A, E), e em eliminar as complicações que podem derivar da multiplicidade dos ‘formantes’, através de uma equação

¹ SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 70: “É verdade que, para conhecer esta norma nós, depois de ler o código, damos uma olhada nos repertórios da jurisprudência; é verdade que já neste momento da pesquisa do dado jurídico somos levados a considerar a existência de uma lei e a existência de alguma coisa completamente diferente da lei”.

² SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 71.

³ Op. Cit., p. 72.

⁴ Op. Cit., p72: “Em um primeiro momento (desde 1974) era chamado ‘componente’. A partir de 1979, consideramos mais expressivo o termo formante, inspirado na fonética. Desde então, o termo se tornou bastante comum. Os não comparatistas não vão por isso além da dissociação superficial entre formante legal, doutrinário e jurisprudencial”.

estabelecida a priori: $L = D = M = A = E$ (princípio da unidade do ordenamento jurídico)¹.

No interior de um ordenamento, as várias regras legal, doutrinária e jurisprudencial seriam, a rigor, idênticas. Havendo deformidade entre lês, esta deveria ser imputada a um erro do intérprete. Sem embargo, este percurso lógico não é acessível ao comparatista². Para medir as identidades e as diferenças entre esses vários sistemas, levamos em conta não apenas as leis, mas também as regras jurisprudenciais, ou seja, as suas tendências, e considerar as influências a que está submetido o juiz (inovações doutrinárias acompanhadas de um amplo consenso)³.

É preciso proceder à verificação da coerência dos formantes, os quais para Rodolfo Sacco⁴ têm idêntica importância. Isto porque “dois sistemas podem comportar duas leis diferentes, ou dois ensinamentos doutrinários diversos onde o direito aplicado é uniforme. Também aqui o direito aplicado não é a simples tradução da fonte oficial, e a teoria não tem determinado, nem seguido, a prática”.

¹ Op. Cit., p. 72-73: “O mecanismo de interpretação não garante absolutamente a unidade da regra de direito. O intérprete dá prova de seu talento como jurista quando encontra o significado de um determinado artigo da Constituição americana ou do Código Civil, ou quando estabelece o conteúdo de um uso comercial iugoslavo ou de um costume africano. Ele desenvolve, nesta atividade, uma sua capacidade de persuasão, enquanto é de se duvidar que ele recorra propriamente à lógica, pois se ele recorresse à lógica esta última não possui critérios de validade capazes de provar que uma interpretação é correta, e que a outra é falsa. Não encontramos, absolutamente, no interior de um sistema jurídico dado, um critério capaz de dizer-nos qual é a posição recíproca (coerência de oposição) dos formantes que dele fazem parte”.

² Op. Cit., p. 73: “Quando comparamos, não somos competentes para cassar soluções estrangeiras por serem derivadas das ‘interpretações equivocadas’. E, ao mesmo tempo, a consideração dos vários sistemas faz-nos ver que os formantes, no interior de cada sistema, podem comportar-se de modo diversificado”.

³ Cf. SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 74: “Na comparação, se não basta comparar somente as leis, é também verdadeiro que não basta comparar somente os julgados de um dado ordenamento. De fato, conhecer um ordenamento não significa conhecer como são julgados os problemas que se apresentaram ontem; significa também conhecer quais são os dados, hoje presentes, que poderiam determinar a solução dos casos surgidos agora, ou no futuro imediato”.

⁴ Op. Cit., p. 75: “É nossa convicção (é um ponto característico de todo o nosso enfoque) que todos os formantes têm idêntica importância. E cada formante deve ser determinado de modo cientificamente válido (e, por isso, crítico). De nossa parte, não denominamos ‘dado normativo’ à lei (que é um simples formante)”.

A identificação e o confronto dos distintos formantes em cada sistema jurídico permitem ao pesquisador estabelecer o grau e a extensão (medida) de dissociação (divergência) entre eles, notadamente as fontes formais do país; “o direito ali aplicado e o conhecimento que os juristas têm do seu próprio sistema se encontram em concordâncias”.¹

Ao confrontar o modelo do “processo histórico, casuístico” de aquisição do conhecimento do dado jurídico com o modelo do “processo lógico, sistemático”, este requer uma verificação mais incisiva por obra do método comparativo².

Segundo Rodolfo Sacco³, a perspectiva do direito comparado é, em sua essência, uma perspectiva do tipo histórico na medida em que o jurista comparatista acaba por aceitar o universo dos modelos jurídicos como universo de modelos autônomos (ainda que abstratamente conectados), dotados de conteúdos nem sempre uniformes, onde é admitida a contradição, cessando, assim, o princípio da não contradição. Se o modelo existiu concretamente em dado sistema jurídico, tem-se que ele é verdadeiro e goza de legitimidade no tocante a qualquer outro modelo que também seja verdadeiro e concreto antes ou depois daquele.

É por isso que a comparação tem natureza oposta à da dogmática, eis que esta propõe definições, enquanto aquela se mede com dados reais⁴.

Os formantes comportam combinações. Na Itália, cujo sistema jurídico é de tradição romanista (*civil law*), a jurisprudência (precedente jurisprudencial) assumiu relevante papel na compreensão e enunciação de regras operativas. Deveras, os métodos sociológico, racional, histórico, exegético e outros olham para o real com vistas à criação social legítima. A jurisprudência permite a colheita de dados efetivos. Sem embargo, a

¹ SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 75-76: “Do ponto de vista da ciência do direito e da sua validade, é necessário assinalar que a divergência entre as regras operativas de um sistema dado, e o conhecimento que se tem daquelas regras (expressa em definições ou em regras explicativas) não foge a este controle rigoroso. A comparação como método para o conhecimento d direito interno pode nos mostrar quão relativo é o valor de certas discussões que se desenvolveram a respeito da teoria da pessoa jurídica, sobre o princípio da autonomia da vontade, sobre a natureza da propriedade etc. As reflexões precedentes mostram que a comparação pode talvez ameaçar toda ciência jurídica elaborada antes do surgimento da própria comparação; evidentemente, esta nada destruirá sem que, ao mesmo tempo, reconstrua mediante resultados mais sólidos. Esta ameaça pesa em maior grau sobre os procedimentos doutrinários pouco afeitos a se confrontarem com a prática, e sobretudo sobre aqueles que consistem em cultivar definições que são recomendadas unicamente pela sua coerência com outras definições”.

² Op. Cit., p. 76-77.

³ Op. Cit., p. 77.

⁴ SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 78: “A comparação jurídica pode servir-se de um número indeterminado de métodos. Mas, em cada caso, essa – a diferença da dogmática – não poderá ser um conjunto de raciocínios analíticos e ordenatórios, mas será sempre uma ciência empírica fundada na observação dos modos concretos de funcionamento, nos vários sistemas, das regras especiais e das categoriais ordenantes”.

dogmática não pode ser olvidada pelo comparatista, pois este “não se limita a reduzir o direito a sentenças: ele sabe muito bem que a sentença, mesmo mantendo, através das fronteiras, uma natureza constante de ato jurisdicional, assume, no entanto, conotações diversas nos países de direito judicial e nos de direito legislado”.¹

Nos países de tradição romanista investigado pelos comparatistas, recomenda-se adotar a distinção feita por G. Gorla entre a “máxima judiciária” (sempre explícita), ou seja, a regra de direito enunciada pelo juiz, e a “razão de decidir”, ou seja, o conjunto das circunstâncias de fato na presença das quais o juiz adota uma certa decisão. De acordo com Rodolfo Sacco, “trata-se da distinção que até aqui foi proposta entre ‘regra enunciada na máxima (M)’ e ‘regra que as cortes aplicam (A)’. No sistema anglo-americano (*common law*), esta diferença tende a ser reduzida, que induz o juiz a elencar as circunstâncias relevantes e indicar com clareza a *ratio decidendi*, com manifesta contraposição aos *obiter dicta*.”²

Ademais, os estudos e seminários realizados a respeito da colheita de material de um dado direito territorial por um jurista previamente recrutado sinalizaram que para conhecer de modo completo o direito de um país não podemos confiar naquilo que repetem os juristas daquele dado país, porque podem existir grandes diferenças entre as regras operativas e aquelas ensinadas e repetidas³.

No que concerne às características de alguns formantes, tenha-se presente que os juízes e os doutrinários empregam nas suas motivações argumentações diversas (motivações, declarações da ciência, definições, proposições filosóficas etc.). Estas escolhas constituem de fato modelos autônomos em relação à proposição jurídica conclusiva.

Daí porque nos “ordenamentos em que uma única solução seja sustentada por argumentações diferentes não podem ser considerados idênticos”⁴, isto significa dizer que tais “argumentações são relevantes, e constituem um formante peculiar do ordenamento”. As declarações da ciência, que alberga certas proposições filosóficas, políticas, ideológicas e religiosas contidas no formante legal de alguns ordenamentos, qualquer que seja a sua origem (doutrinal, legal ou judicial), são meios lógicos que possuem um caráter jurídico, haja vista que constituem proposições capazes de incidir sobre o

¹ SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 78-79.

² Op. Cit., p. 80.

³ SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 84.

⁴ SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 86: “(...) se, por exemplo, a eficácia do ato do herdeiro aparente é justificada com base na idéia do mandato tácito, existe no sistema um estímulo à uniformidade de tratamento a ser reservada ao ato do herdeiro aparente e ao mandato tácito. De sorte, uma lei nova, que submeta o mandato a formas solenes, poderia comprometer a posição do herdeiro aparente”.

modo de entender a regra operacional a que são sobrepostas, e neste sentido são meios de interpretação (portanto, fontes secundárias de direito)¹.

As qualificações e as declamações feitas pelo legislador aparecem com mais frequência nas leis mais importantes do ordenamento (constituições, códigos etc.). Todavia, cumpre salientar que as qualificações e as declarações da ciência em geral podem ser verdadeiras ou podem ser falsas, merecendo, pois, atenção do comparatista por ocasião da colheita dos dados².

Os formantes, as dissociações entre eles e a importância de cada qual varia de acordo com os ordenamentos, como, por exemplo, na Inglaterra, país de tradição anglo-americano (*common law*), onde muitos setores do direito não são regulados por lei, carecendo, por conseguinte, formante legal. Ademais, pode ser maior ou menor, mais importante ou menos importante, a divergência entre um dado formante e outro formante que se inferem de um certo ordenamento jurídico³.

Na investigação feita pelo jurista comparatista, é possível constatar a existência de contraposição entre formante legal, doutrinal e jurisprudencial, que poderá ser pouco idônea para descrever toda a riqueza dos modelos contrapostos presentes num dado ordenamento. Para Rodolfo Sacco⁴, no

¹ SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 86-87: "Já que o legislador tem a tarefa de dita regras, e não a de argumentar, não caberia a ele, à primeira vista, inserir meios lógicos nos textos legais. Todavia o legislador qualifica e classifica, e com isto acaba por adotar definições e proposições teoréticas que podem ainda a) colocar-se em contradição com as regras operacionais, ou b) ser supérfluas porque na prática é suficiente a regra operacional. A origem da definição do legislador atribui a esta última um caráter oficial. A falta de uma vinculação direta entre a prática e as definições atribui a estas últimas um caráter declamatório".

² SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 88: "Um ordenamento, quando começa a dar espaço a proposições declamatórias, torna possível a penetração de falsos modelos em seu interior (verossimilmente apreciados, por esta sua qualidade, por aqueles que os elaboraram). Por exemplo, já que o art. 1321 do CC ital. afirma que o contrato é um acordo (ou seja, que consta de duas vontades) e o art. 1333 diz que, em certos casos, a declaração do oblato é supérflua, conclui-se que naqueles casos o silêncio – isto é, a ausência de uma declaração – é uma declaração, assim enunciando uma qualificação contraditória, a qual, como toda proposição contraditória, é falsa".

³ SACCO, Rodolfo. Op. Cit., p. 89: "Assim, por exemplo, a divergência entre código e interpretação, máxima na França, é muito mais modesta na Alemanha. Isto nos fará falar de sistemas mais difusos (em que os formantes distanciam-se uns dos outros de modo mais aparente) e de sistemas mais compatíveis (em que os formantes aproximam-se bastante).

⁴ Op. Cit., p. 91: "É indispensável destacar que alguns dos formantes são, eles próprios, regras de conduta; outros são elaborados com o fim de formular – e, portanto, de fazer conhecer – direito. Lei, doutrina, tribunais assumiram para si, promiscuamente, uma e outra tarefa: aquela de elaborar regras operacionais, e aquele de elaborar construções teoréticas, mediante as quais a regra pode ser pensada, expressa e comunicada aos outros; além disso, doutrina e jurisprudência (algumas vezes também a lei) enunciam argumentações a favor de uma dada solução. Se é correto distinguir e reagrupar as proposições jurídicas segundo o sujeito que as cria, é contudo importante perceber o fato de que a distinção (e a dissociação) fundamental, em tema de formantes, ocorre entre as regras operacionais, de um lado, e as formulações elaboradas para expressar e ilustrar as regras operacionais, do outro".

formante legal (lei) encontramos definições e qualificações (meios lógicos ou declamações) e regras operacionais; no formante jurisprudencial (sentença) encontramos máximas, contendo por sua vez qualificações e definições (meios lógicos ou declamações) e *rationes decidendi*, argumentações a favor da decisão; no formante doutrinal encontramos ora como original e voltada ao convencimento (doutrina de ensaios), ora como subsídios didático ou informativo (doutrina dos manuais); em ambos os casos, o formante doutrinal cria modelos informativos (definidores) junto a modelos persuasivos.

A experiência comparatística permitirá quantificar as divergências entre os vários formantes (definidores e operativos) num dado ordenamento jurídico. Esta diversidade poderá ou não ser superada. Assim, as definições, após o decurso de certo tempo, poderá ser adaptar à regra, sem prejuízo delas – definições e regras – coexistirem postulando uma equivalência de dados opostos.¹

3. BREVE ESTUDO COMPARATIVO DOS DIFERENTES SISTEMAS DE DIREITO POSITIVO.

O direito romano costumeiro transformou-se em direito escrito, como sucedeu com a generalidade dos sistemas jurídicos positivos. Assim, o costume recebeu tratamento como fonte supletiva da lei².

A forma escrita do direito romano acabou por modelar os sistemas positivos que se fundaram e aperfeiçoaram esta forma recorrendo-se a técnica da codificação³.

Aos sistemas positivos de direito escrito, opunha-se, principalmente, o sistema anglo-americano de direito comum, e o de equidade, ambos costumeiros e declarados pela jurisprudência. Ao declarar, hoje, a lei aplicável a um caso concreto, o juiz do tribunal de direito consuetudinário declara, irrefutavelmente, o direito de amanhã. Bem por isso, o precedente afeta esse direito num sentido de uniformidade, de estabilidade e de predição. Ao lado dos legisladores que criam leis e a quem cabe, *prima facie*, a solução do espinhoso problema das reformas jurídicas, os juízes também acabam por tomar parte, ainda que em condições limitadas, na reforma e na revisão dos preceitos de direito⁴.

¹ SACCO, Rodolfo. *Op. Cit.*, p. 91: "Este procedimento tornou-se possível pelas 'ficções', pelas 'presunções absolutas' e, sobretudo, por aquelas afirmações mediante as quais se estabelece que um fato jurídico é igual ao próprio oposto: {silêncio = declaração}; {esbulho violento = esbulho não consentido}, pela qual {não violência = violência} etc."

² RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5 ed. São Paulo: R.T., 1999, p. 177.

³ RÁO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 178.

⁴ RÁO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 178-179.

As legislações dos grupos romano e germânico, sob o ponto de vista formal, caracterizam-se pela forma escrita e codificada e pelo estudo principiológico do direito. Em contraposição, o sistema anlo-americano e os demais sistemas costumeiros, destacam-se pela declaração judicial do direito costumeiro e pelo estudo particularizado do direito, conforme os casos concretos¹.

Sem embargo, do ponto de vista substancial, esses sistemas apresentam sensíveis afinidades em suas diretrizes. Os sistemas romano-germânico e anglo-americano² têm como pressupostos a tutela (proteção) e o respeito à personalidade humana e a sua conseqüente liberdade, observados os limites impostos pela comunhão social. Pode-se dizer que nos três sistemas nem a sociedade, nem o Estado, isolados dos humanos, constituem o fim supremo do direito³.

A propósito do agrupamento dos vários sistemas jurídicos⁴, Rodolfo Sacco ensina que costuma-se chamar o grupo mais amplo de “família” (de sistemas); grupos mais restritos, em que se subdivide a família, serão denominados subfamílias. Prossegue Rodolfo Sacco⁵:

“Do ponto de vista do conhecimento científico, os especialistas subdividem o campo por famílias: tempos o soviólogo (conhecedor dos sistemas socialistas), o islamista, o africanista. Sob a denominação mais genérica de comparatistas mesclam-se os microcomparatistas (que não saem da própria família), os continentais que estudam os sistemas anglo-americanos, e os anglo-americanos que estudam os sistemas continentais. Sob esta mesma

¹ RÁO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 181.

² No tocante à taxonomia das famílias do Direito, cite-se aquela preconizada por DAVID, René. *Os Grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28-32, assim classificadas: a) Família romano-germânica; b) Família do *common law*; c) Família dos direitos socialistas; d) Família dos direitos religiosos (mulçumano, hindu e judaico); e) Família dos direitos do Extremo Oriente; f) Direitos da África Negra e de Madagascar.

³ RÁO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 181.

⁴ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: R.T., 2001, p. 225-226: “Os vários sistemas jurídicos não são iguais. Sobre esta observação empírica baseia-se a própria possibilidade da comparação. Um mesmo sistema – ou, pelo menos, um mesmo conjunto de normas – pode estar em vigor em mais de um Estado (isto ocorre sobretudo quando foi criado intencionalmente, mediante convenções ou instituições ad hoc, um direito uniforme). Sistemas diferentes podem estar em vigor em apenas um Estado (mesmo na Itália, o direito de formação regional varia de uma região para outra, contudo são mais aparentes as diferenças entre o direito inglês e o escocês, canadense comum e da província de Quebec etc.). As diferenças entre sistemas pode ter maior ou menor porte. (...) A presença simultânea de diferenças de detalhe e de diferenças de grande porte sugere o agrupamento conjunto de todos os sistemas separados por diferenças menores”.

⁵ *Op. Cit.*, p. 227.

denominação incluem-se também os sistemólogos, ou seja, aqueles que, como Renè David, dedicam-se ao estudo (comparativo ou independente) das características próprias de toda família, ou mesmo dos sistemas em particular.

Também do ponto de vista didático costuma-se distinguir o estudo das diversas famílias. O ensino ministrado pela *Faculté Internationale de Droit Comparé*, dividido em três ciclos, destina o primeiro deles à introdução ao direito das várias famílias. Entre as faculdades jurídicas e de ciência políticas italianas, aquelas que mostraram maior empenho no ensino comparatístico segmentam-no em matérias, sendo algumas destas iniciação às famílias anglo-americana, socialista (hoje do leste europeu) e islâmica.”

Conclui Rodolfo Sacco¹ que, efetivamente, por razões práticas, as famílias foram construídas de modo a dar maior evidência aos sistemas com que o estudioso terá maiores contatos. Por isso, confrontam-se os sistemas romanísticos, os de *common law*, os do leste europeu (ex-socialistas), os latinos-americanos, os instaurados em países islâmicos. Depois são reduzidos a uma única família os sistemas da Ásia central e oriental, e numa outra família os sistemas das sociedades tradicionais (isto é, elaborados quando estas sociedades não conheciam a escrita).

A propósito da dicotomia entre os países da *civil law* (sistema continental) e da *common law* (sistema anglo-saxão), Francesco Galgano² ensina: “Per i Paesi di *civil law*, (...), si intendono i Paesi con diritto di fonte legislativa, nei quali Le norme giuridiche sono di formazione politica, e i giudici le applicano ai casi concreti con sentenze che hanno effetti limitati alle parti del giudizio. Nei Paesi di *common law*, (...), il diritto è di formazione prevalentemente giudiziaria (*judge made law*); vale la regola dello *stare decisis*, per la quale il giudice, nel decidere il caso a lui sottoposto, è vincolato dai precedenti giuridici, ossia dalle sentenze rese da altri giudici nel decidere casi analoghi. Perciò sono i giudici e non il legislatore, a creare il diritto: e non lo creano, come lo crea il legislatore di *civil law*, con norme generale ed

¹ Op. Cit., p. 228: “Uma árvore dos sistemas elaborada com puras preocupações científicas deveria contemplar numerosos ramos para os vários sistemas tradicionais, e depois reunir num só ramo todos aqueles sistemas que rejeitam a incidência do pensamento mágico sobre a dinâmica jurídica, reconhecem o poder de legislar, dispõem de órgãos capazes de aplicar a norma mediante um juízo, utilizam uma linguagem jurídica especial, elaborada e transmitida por personagens versados no conhecimento da regra”.

² Op. Cit., p. 29.

astratte, ma con regole ricavabili dal criterio (*ratio decidendi*) adottato per risolvere il singolo caso”¹.

Sem embargo, Francesco Galgano² identifica, attualmente, a redução das distâncias entre os sistemas da *civil law* e da *common law*:

“Le distanze fra *civil law* e *common law* tendono lentamente a ridursi. Nei Paesi a diritto giudiziario si fa strada, un diritto di formazione legislativa (*statutory law*): nei Paesi a diritto legislativo i precedenti giurisprudenziali, sebbene non vincolanti formalmente, influenzano di fatto i giudici (efficacia persuasiva del precedente). Fra i due sistemi permane, tuttavia, un rilevante elemento differenziatore: l’intervento del legislatore è considerato, in *common law*, un fatto eccezionale, quasi un’intrusione della politica in un mondo che è, per sua natura, riservato ai tecnici del diritto. Perciò le norme della *statutory law* vengono interpretate restrittivamente e inquadrare entro i principi del *judge made law*”.

4. DIREITO COMPARADO E GLOBALIZAÇÃO.

A Globalização trouxe novos desafios para o Direito Comparado. De acordo com Horatia Muir Watt^{3 4}, a disciplina do Direito Comparado cresceu a partir da visão do mundo dividido em molduras e fronteiras delimitadas dos sistemas legais nos quais se encontravam os vários países estrangeiros. As profundas mudanças que afetaram o meio ambiente internacional, notadamente o declínio da descrição e normativa significantes da tradicional divisão geopolítica do mundo, impuseram uma reavaliação da agenda do pensamento ideológico e metodológico.

As novas esferas de normatividade distintas da nação-estado, o aparecimento do poder privado ou atores transnacionais na arena pública internacional, as

¹ GALGANO, Francesco, Op. Cit., p. 29: “Per sottrarsi all’autorità del precedente il giudice di common law usa la tecnica del distinguishing: stabilisce che, nonostante le apparenti analogie, il caso sottoposto al suo esame è diverso dai casi precedentemente esaminati. Il distinguishing è lo strumento mediante il quale il common law si evolve: anche la mutate realtà economica e sociale può essere ragione giustificatrice dell’abbandono di un precedente”.

² Op. Cit., p. 29.

³ Professor of Private Law, Private International Law, and Comparative Law, University Panthéon-Sorbonne (Paris I).

⁴ *Globalization and Comparative Law. In Comparative Law*. Edited by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford Press, 2008, p. 579-607.

novas configurações de relacionamento entre as esferas pública e privada, foram fundamentais para uma nova pesquisa comparativa.

A Globalização pode ser melhor vista como processo, envolvendo a desconstrução do espaço e do estado, capaz de gerar profundas tensões e contradições em diferentes aspectos (social, cultural, técnico, político, econômico). A triunfante economia liberal, que reduz o direito do *status* do produto, encontra o novo universalismo dos direitos humanos, afetando, assim, as leis nacionais. Oportuno salientar que o Império Romano promoveu um processo de construção (conquista) do mundo através do direito, o qual foi redescoberto o direito comum (*ius commune*) na Europa medieval.

Os desenvolvimentos que afetaram o mundo em escala também refletiram na definição do direito e nas relações entre estado e sociedade e nas tradições legais, de sorte que o direito comparado não pode ficar indiferente a esta nova realidade. A tradição e a racionalidade ocidentais (*western world*)¹ impõem continuamente aos demais países uma massiva pressão com imagens da democracia e da boa governança ou, alternativamente, do slogan neoliberal, ou seja, uma visão do mundo a partir de imagens Euro-Americanas voltadas para o progresso e o desenvolvimentismo.

Neste novo cenário surge a questão do relacionamento entre o Direito Comparado e a governança global. O Direito Comparado não é ela própria uma disciplina ética e metodologicamente homogênea. Os antigos estudiosos do direito comparado não compartilham a mesma agenda ideológica do que aqueles seus sucessores pós-guerra.

Atualmente, os estudos de Direito Comparado assumem relevância para melhor compreender o impacto das mudanças globais nas tradições legais locais, os modos de interação e influência, e as estratégias da sua sobrevivência. Alguns desafios práticos decorrentes da Globalização precisam ser considerados, tais como o aumento da informação, da sua circulação e sua interconexão, o surgimento de um Direito Uniforme Transnacional (*lex mercatoria*, *soft law*, *Unidroit*), que remonta a Convenção de Viena (1980), as arbitragens comerciais internacionais, etc.

5. CONCEITO E MÉTODO DE DIREITO COMPARADO NA AMÉRICA LATINA.

Rafael Bielsa ² advertiu que a inclusão do direito comparado era questão pouco examinada no ensinamento e nos programas de direito privado (civil e

¹ Trata-se de termo em contraste com o Oriente. Este termo faz referência aos países das Américas, bem como a Europa ocidental e central, os países bálticos, Croácia, Austrália e Nova Zelândia.

² *Metodologia Jurídica*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví S.A., 1961, p. 50-59.

comercial) e de direito público, tendo a sua inclusão, em certa medida, apenas nos cursos de doutorado.

Compreende-se que o direito público é essencialmente nacional, e o sistema constitucional se concebe de acordo com princípios de índole política diversos, a diferença dos direitos privados que tendem inclusive a uniformizar-se por motivos de interesses recíprocos de diversos países.

Nas nações da América Latina se deve considerar duas classes ou ordens de fatores, favoráveis a uns, e contrários a outros. Quase todos os povos da América Latina surgiram à vida independente no mesmo período de poucos anos, nos princípios do século XIX. As revoluções emancipadoras foram dirigidas pelos *criollos*, que se não eram a classe governante, era, ao menos, a classe socialmente dirigente, entre os nativos. Eles tinham uma cultura filosófica e jurídica de influencia revolucionária francesa.

Os princípios do direito natural sobre os direitos do homem eram evidentes, contudo também influenciavam o espírito dos patriotas alguns princípios de direito público inglês através da Constituição dos Estados Unidos. Se Montesquieu foi o legislador americano através das instituições políticas inglesas e norte-americanas, é questão que originou uma polêmica bem conhecida. Todavia, essa influencia não foi completa, e se explica porque na mentalidade dos povos hispano-americanos existia uma mentalidade jurídica própria e outra política de liberdade e independência, como francesa e anglo-saxão. Por outro lado, o estado social, cultural, os fatores raciais e sentimentos religiosos impunham o direito nacional que surgia um caráter próprio.

Foi depois de algumas experiências quando se sancionaram constituições estáveis, e não em todos os países, pois o predomínio de *caudillos* y *generalillos* determinaram sistemas característicos desses estados chamados impropriamente ditaduras.

A título de ilustração, Rafael Bielsa afirma que a República Argentina teve a sorte de organizar-se e realizar um progresso institucional considerável sob a ação de uma Constituição que durou quase um século, e que poucos anos depois de ser modificado se restabeleceu. Essa Constituição similar a dos Estados Unidos em sua estrutura geral teve sua vitalidade, no por influência alguma, mas, sim, por conformar-se com o sentido de liberdade do povo, e as condições econômicas e sociais. No fundo, dominam os grandes princípios de Direito natural, de Direito das gentes, e um equilibrado liberalismo (exceção feita a algumas disposições de cunho histórico que da preeminência relativa à Igreja, contudo não no político), que se revelou já nos albores da formação nacional.

Esse liberalismo explica a igualdade jurídica de todos os habitantes, sejam nacionais ou estrangeiros, inclusive em uma parte do direito público (não estritamente político). A similitude que foi sinalizada, referente ao direito constitucional, deve considerar-se a respeito do método no direito público em

duas ordens constitucionais: o sistema de governo republicano, representativo federal, e na organização do poder judicial, e por certo que é matéria de maior importância. Esta similitude se refletiu especialmente no ensinamento do direito público durante bastante tempo, e desde logo na jurisprudência judicial sobre questões constitucionais, inclusive de maneira excessiva. Este método foi essencialmente dogmático e não histórico. Teoricamente este método não foi satisfatoriamente explicado, ao menos não conhecemos trabalho sobre este. Todavia, na prática o chamado direito comparado é tarefa de acumulação de disposições legais, jurisprudência e opiniões doutrinárias sobre a legislação e a jurisprudência de países estrangeiros. O valor informativo pode interessar para determinados fins, contudo não concernentes para a ciência jurídica. O exame comparativo de sistemas jurídicos é tarefa árdua, difícil, que não se limita a simples cotejo de sistemas, senão a história, a tradição jurídica, os fatores econômicos e sociais do respectivo país. Ademais, interessam também as modalidades espirituais, os objetivos políticos desse país.

O estudo do direito comparado é útil e de evidente valor prático quando se trata de sistemas jurídicos positivos e dos países de histórias diferentes, evolução política, econômica e social também diferentes. Tal é o caso de direito constitucional argentino e do direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, contudo claro está nas instituições similares. O sistema judicial estabelecida na Constituição argentina é similar e ainda diríamos igual a dos Estados Unidos, e isso explica que a lei de jurisdição e competência federal argentina (Lei 48 de 1863) seja similar à *Judiciary Act* de 1789. Também há evidente similitude na parte relativa às atribuições dos poderes legislativo e executivo. Contudo, não assim no que consideramos parte essencial da Constituição, ou seja, a primeira, sobre declaração de direitos e garantias pessoais, - posto que os princípios de direito natural de liberdade e subjetivismo individual, são princípios comuns, que são propriamente nacional, tradicional e histórico do nosso sistema. As disposições sobre a preeminência da Igreja Católica e a liberdade de cultos, a igualdade das províncias, a livre navegação dos rios. A atribuição de faculdades aos poderes executivos nacionais ou provinciais o a sanção do art. 29, são disposições estabelecidas por razões históricas. Ao revés outras não estão de acordo com sistema política nem a filosofia política da Constituição, como o estado de sítio que afeta a unidade jurídica e de moral política da nossa Constituição liberal.

A intervenção nas províncias pode explicar-se pela razão histórica do *caudillismo* e pela necessidade de extingui-lo.

Quando se estuda o Direito comparado é prudente e jurídico não prescindir da história, da mentalidade do povo, da sua cultura cívica. Os constituintes foram sábios e previsíveis.

O direito comparado se valora especialmente quando se realiza uma revisão de leis de matéria análoga, porque é a oportunidade propicia para confrontar a eficácia, dos resultados da aplicação, das falhas, etc., claro está sempre que também os motivos-pressupostos sejam mais ou menos análogos, porque nessa comparação não se pode prescindir dos fatores históricos, econômicos,

culturais. Os reformadores improvisados, sem experiência na vida jurídica, no sentido da observação metódica e crítica, são perigosos, ainda que conheçam a literatura jurídica em geral.

Em nossas câmaras legislativas, a maior parte de seus membros não são juristas nem idôneos para estas reformas, e como querem impressionar os seus colegas, defendendo projetos que, em geral, são de estranha confecção, lêem discursos os que abundam as referências doutrinárias, citações de leis estrangeiras, as vezes de jurisprudência; contudo, ocorre que estas relações meramente descritivas são preparadas por funcionários da respectiva comissão, isto é, assessorias sem a necessária responsabilidade, muito acostumados a copiar o material, como fizeram nos deficientes seminários na Universidade. Nestes debates não se compulsa o direito comparado, que exige um método que não consiste na descrição, mais ou menos ordenado de leis estrangeiras e de opiniões de autores que as comentam ou analisam segundo o seu sistema jurídico, às vezes esquecendo-se de que se deve partir do direito fundamental, ou seja, a Constituição.

Entre as constituições européias e a nossa (Argentina) – similar a dos Estados Unidos da América do Norte – há diferenças profundas, não apenas de sistema político (nosso federalismo), mas também de divisão de poderes (sistema executivo muito distinto do parlamentarismo), e um regime de direitos e garantias diretamente constitucionais (também diferente dos regimes europeus).

Por ademais, nossa terminologia jurídica difere bastante de certas leis que se tem por modelos, e que se bem nessas leis essa terminologia é lógica ou congruente com a tradição, e a nossa não é.

O método de Direito comparado é, sem dúvida, algo dogmático quando se trata de determinação e classificação de direitos, contudo as diferenças irreduzíveis às vezes históricas e sociais são da maior importância. No direito privado essas diferenças não são tão importantes como no direito público; no direito comercial são menos importantes que no direito civil, pois o direito comercial por sua própria índole e raio de atividade tem algo de internacional.

A legislação dos diversos países pode ser objeto de estudo comparativo de dois modos:

- 1) Conhecimento dos textos: sua analogia e suas diferenças; número de normas, especialmente relativas a cada instituição e a toda lei, código, etc. (estudo quantitativo) e as qualidades delas (estudo qualitativo).
- 2) Análise das instituições, exame dos conceitos, seu caráter, ou seja, interesses que mais direta e imediatamente protegem o regulam seu valor individual ou social.

Contudo, esse duplo estudo não importa precisamente “comparar”, pois para este é necessário, depois do conhecimento de certo modo descritivo das disposições legais, valorar a formação e a função da norma, com respeito à instituição de um ou outro direito, ou seja, os que são objeto de comparação: a eficácia, justificação e resultado da aplicação para o qual é necessário o

exame da jurisprudência, permite determinar a superioridade e a causa do mesmo respeito das normas análogas ou de função análoga, de direito positivo que se compara. Importa muito considerar a moralidade média, a mentalidade do povo; em suma, fatores sociais e políticos, *v. gr.*, a formação dos poderes, a função legislativa (origem e forma de constituição desses poderes) e o grau de independência do poder judicial, a moralidade dos juízes, etc.

Quando se estudam as constituições da América latina se adverte uma analogia originária (pelo fato revolucionário, ou seja, a emancipação nacional). Logo vão surgindo diferenças segundo o predomínio do elemento civil, o do militar e a cultura cívica de uns e outros. Nos governos de *caudillos* as modificações se contam em razão dos chefes ou *caudillos* do momento.

O método também neste sentido é meio diretor, caminho, procedimento organizado que se segue para conhecer, ordenar, diferenciar, classificar conceitos ou suportes jurídicos. O método não se confunde com a técnica que é "instrumento" de trabalho. O método conduz ao conhecimento e desenvolvimento das idéias jurídicas, a sua valoração. A técnica é o instrumento, todavia um e outras são necessários no trabalho científico.

Segundo Thaller, *La méthode en droit commercial*, en "*Lês méthodes juridiques*", importa especialmente a observação e a constituição. Rocco classifica os métodos em: 1) Método técnico e econômico; 2) Método histórico comparativo; 3) Exegético e sistemático.

A importância do estudo do método no direito comparado foi reconhecida em nossas faculdades de direito nos planos de estudo.

A propósito das normas metódicas para o estudo de direito comparado, no estudo já citado foram propostos os seguintes preceitos:

1) O estudo do Direito comparado como disciplina científica deve ser feita não apenas pelo exame comparativo dos textos legais relativos a cada instituição ou sistema, ainda quando os abone com a citação de soluções jurisprudenciais, mas, sim, sobre a base de um exame orgânico de antecedentes históricos da instituição e análises de seu resultado na prática, atendendo a diversas explicações dadas.

2) O método aconselhável não pode ser o dogmático abstrato, mas, sim, o indutivo concreto ou, melhor ainda, um procedimento compreensivo de ambos os métodos.

3) No Direito constitucional e no Direito político o estudo comparativo tem um valor muito secundário, e não é aconselhável, mas, sim, nos cursos de doutorado ou de estudos aprofundados, e ainda então deve esquecer-se que o considerado como adiante ou progresso em um determinado país deve ser analisado com espírito crítico; pois aquele pode resultar inconveniente em outro sistema, já porque limite o campo do progresso social, já porque não se conforme aos fatores de ordem diversa: raciais, espirituais, tradicionais (a estes últimos os concedo, não obstante, muito valor), e também aos econômicos, que constituem pressuposto necessário do sistema jurídico dominante.

4) No Direito administrativo o estudo do direito comparado – e mais ainda o da legislação comparada – tem o mérito de ser um auxiliar eficaz se existem orientações comuns com o direito nacional, e, sobretudo, deve estimar-se sempre como um elemento valioso de técnica jurídica.

5) Na interpretação jurisprudencial é perigosa a aceitação de plano das soluções positivas e das construções doutrinárias, quando não se trata de um direito estrangeiro com as mesmas diretivas políticas e sociais do direito nacional, ou não construído sobre um análogo sistema político-social. As obras doutrinárias – especialmente as que têm um fim didático – deve estar livres de influências estranhas ao direito nacional. O exame do direito comparado deve realizar-se com espírito crítico. Neste sentido é recomendável que esse exame quando se demonstra com a possibilidade de um influxo salutar no progresso institucional do direito nacional. Contudo, este exclui este reconhecimento cego e dogmático da superioridade do direito estrangeiro em consideração ao progresso material do país no qual vige esse direito.

6) É incompatível com a seriedade da ciência jurídica, a admissão de transplantes ou inserções de outras legislações (quase sempre por certo preenchido de erudição), quando ela afeta a unidade do sistema, se esta unidade não é mero produto da concepção legislativa, mas, sim, da consciência jurídica do povo.

7) A influência do Direito comparado, quando ela se limita ao aporte de elementos de técnica jurídica, é salutar nas disciplinas que se encontram em um período construtivo. Assim, por exemplo, o Direito industrial, o Direito comercial em parte, o Direito civil em algumas de suas instituições (propriedade e família) e em, especialmente, no Direito administrativo; falo de nosso direito, do direito argentino. Contudo, ainda então se deve precaver o jurista daquelas inovações que afetam regras fundadas em postulados essenciais da personalidade humana, o que debilitam os grandes princípios da justiça distributiva, *v. gr.*, o princípio da responsabilidade chamada objetiva ou sem culpa.

6. APLICAÇÃO PRÁTICA: O DIREITO COMPARADO E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIMENSÃO INTEGRATIVA E REGIONAL IBEROAMERICANA.

Na época contemporânea, o estudo comparativo, em evolução, dos distintos sistemas (famílias) processuais¹ assume especial relevância de modo a permitir o melhoramento dos nossos regimes atuais.

¹ VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General Del Proceso*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1999, p. 36: "Las familias procesales. La mayoría de los comparatistas, sobre todo en cuanto se refiere al derecho procesal, acostumbran clasificar los sistemas en tres familias: la del civil law, la del common law y la de los países socialistas".

Segundo Enrique Véscovi¹, a ciência do direito comparado adquiriu maior desenvolvimento em nossa época e foi pauta por várias reuniões internacionais que permitem comparar diretamente as instituições dos diferentes países e conduzem a celebração de tratados ou convenções internacionais que facilitam a aplicação do direito através de fronteiras. Independentemente, ilustram a doutrina, a jurisprudência e a legislação com as melhores soluções para os mais difíceis problemas jurídico-sociais de cada país.

Enrique Véscovi² propõe uma revisão da classificação dos sistemas – *civil law*, *common law* e países socialistas –, tradicionalmente aceita pelos processualistas estudiosos do direito comparado, a fim de permitir um enfoque “iberoamericano” do problema, de modo que a família europeia (sistema continental), com exclusão da Espanha, o qual representaria um novo subsistema próprio (sistema hispano-iberoamericano).

Sob o prisma do direito processual, Enrique Véscovi³ sustenta que herdamos o regime espanhol, com predomínio do processo escrito, lento e burocrático e do princípio dispositivo com restrições para as faculdades do juiz, já atrasado dos séculos com relação aos seus contemporâneos, com exclusão de Portugal e do Brasil, cujos sistemas processuais estão sujeitos a princípios mais modernos, nos quais predomina a oralidade. Acrescenta-se, ainda, o original instituto do despacho saneador, que permite depurar o processo em suas etapas prévias.

Fora deste esquema, Enrique Véscovi⁴ identifica vários aspectos positivos da evolução do sistema processual hispano-iberoamericano:

Uma renovação de códigos, com a introdução de princípios mais modernos, como sucedeu com os últimos códigos do Panamá (1980), de Cuba (1974-

¹ Op. Cit., p. 36.

² Op. Cit., p. 36: “La familia del common law incluye, fundamentalmente, Inglaterra e Estados Unidos y algunos de los países que les son tributarios, en especial las ex-colonias inglesas y los miembros de la Comunidad Británica. La familia de los países socialistas comprende, principalmente, la Unión Soviética y los países de Este de Europa, China y los demás que tiene similar sistema político-jurídico. Dentro del sistema del civil law debemos incluir, como hemos dicho, por un lado los países de Europa (occidental), excluidos los socialistas y los del common law, y, por otro lado, el régimen español y el de los países iberoamericanos”.

³ Op. Cit., p. 41: “Se trata de un procedimiento escrito (“desesperadamente escrito”, solemos decir) en el cual hasta la prueba se recibe en audiencias separadas, por funcionarios que transcriben las declaraciones de testigos y de partes (posiciones). Predomina el sistema dispositivo y el juez tiene restringidas SUS facultades. En materia probatoria, el instituto típico es el de las diligencias para mejor proveer. Es que el juez, que no ha sido protagonista del proceso, solo en la etapa final (cuando se le elevan por la secretaría los autos para sentencia) conoce el expediente y puede pedir ciertas pruebas. (...) Los alegatos también son escrito, en general. El sistema de recursos es el común, admitiéndose la reposición, apelación y nulidad. Asimismo, la casación existe en múltiples países, y en algunos, excepcionalmente, la revisión”.

⁴ Op. Cit., p. 42-43.

1978), do Brasil (1973), da Colômbia (1970), da Nação Argentina (1967), da Guatemala (1964), etc. Nos demais países existem muitos projetos e desejos de modernização dos procedimentos judiciais (civis e penais).

A tendência de introduzir nos processos especiais, que atendam, sobretudo, os direitos chamados sociais, reformas nas quais sejam acolhidos os princípios da oralidade, de mediação, de publicidade e maior celeridade. Este sucede, de maneira notável, nos processos do trabalho, de menores e família e agrário, todos os quais tiveram um importante desenvolvimento nesta área.

Uma considerável inclinação de maior desenvolvimento dos processos constitucionais, com o estabelecimento dos princípios constitucionais do processo e a utilização dos instrumentos (meios) processuais para a garantia dos direitos humanos. Assim, se desenvolveu esta área, por influência norte-americana, o instituto de inconstitucionalidade das leis, seja mediante o sistema independente do contencioso administrativo, também muito desenvolvido na Iberoamérica. Entre todos estes processos constitucionais, cabe por em relevo o *juicio de amparo*, de origem mexicana e estendido a numerosos países latino-americanos, e o mandado de segurança, instituto de origem luso-brasileira de grande interesse, e, em certo modo, substituto do primeiro, com funções semelhantes.

O desenvolvimento da oralidade no processo penal, o qual, logo após uma instrução escrita (semi-secreta), o procedimento desemboca num juízo público, oral e contraditório. Este sistema, desenvolvido nas províncias argentinas, seguindo o modelo de Córdoba, existe também em muitos países. Isto é, que a escrituração predomina menos que no processo civil, não obstante não deixa de prevalecer. No Uruguai, em 1978 foi promulgado um novo Código de Processo Penal, de caráter estruturalista, que prevê uma possibilidade (optativa) de juízo oral.

Por derradeiro, Enrique Véscovi¹ pontifica que a importante doutrina ibero-americana, que já influenciou a legislação de diversos países, realiza uma transcendente tarefa não apenas por meio das diferentes obras individuais dos cultores do direito processual, de repercussão ecumênica, mas, também, por meio de obras coletivas.

Na moderna sociedade de massa surgiram novos problemas derivados das novas condições sociais e econômicas (direitos humanos, economia de consumo, meio ambiente e ecologia, etc.), que têm influência sobre o direito e

¹ Op. Cit., p. 43: "Así, podemos señalar los importantes congresos internacionales del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Montevideo, 1958; México, 1960; São Paulo, 1962; Caracas, 1967; Bogotá, 1970; Valencia, 1978; Guatemala, 1981; Quito, 1982) y los nacionales, en especial los de Argentina, México y Colombia, notables también por sus repercusiones internacionales. Y las publicaciones procesales como la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (española), la Revista de Estudios Procesales (Rosario, Argentina), la Revista Brasileira de Direito Processual (Belo Horizonte, Brasil), la Revista de Processo (São Paulo, Brasil), la Revista Procesal (mexicana), la Revista Uruguaya de Derecho Procesal (Montevideo, Uruguay), etc.

a justiça, como o acesso à justiça para grandes massas da população e os mais desamparados, que não possuem recursos suficientes para alcançar a justiça¹. Bem por isso, imperativa a proteção dos direitos difusos ou metaindividuais, a adoção de certas formas alternativas de resolução de conflitos (arbitragem, mediação, conciliação e negociação) e institutos (ombudsman)² de controle e fiscalização frente à administração e ao poder judicial.

O “Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” foi pensado e elaborado a partir das peculiaridades iberoamericanas, conjugando os modernos institutos e princípios processuais para a solução dos novos problemas sociais (sociedade de massa e pobreza) e econômicos (economia de consumo, etc.) numa dimensão regional de internacionalização dos direitos processuais³.

Note-se que o instrumental do Direito Comparado, na sua dimensão integrativa-regional, permitiu a circulação de um Modelo de Código Processual Civil Iberoamericano que se propugna a atender, em certa medida, as necessidades e as exigências regionais de acesso à justiça, sendo este, pois, um relevante elemento de integração econômico, política, social e cultural, com vistas à cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (CF do Brasil, art. 4º, inciso IX, parágrafo único).

7. APLICAÇÃO PRÁTICA: O DIREITO COMPARADO, O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL – DIMENSÃO RECEPTIVA DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que estatui as normas que regulam as relações

¹ VÉSCovi, Enrique. Op. Cit., p. 279-290.

² VÉSCovi, Enrique. Op. Cit., p. 285: “Ombudsman significa ‘hombre de trámite’ y tiene por objeto ser un órgano del Parlamento para vigilar el funcionamiento de los trámites administrativos, especialmente y en forma mediata, la defensa de los derechos de los ciudadanos. Inclusive, en algunos sistemas aparece como un delegado de Parlamento, no solo frente a la administración, sino también ante la justicia. En este sentido actúa como un contralor del poder judicial, pero, a la vez, fran presiones, sobre todo del poder ejecutivo”.

³ VÉSCovi, Enrique. Op. Cit., p. 289: “Internacionalización de los derechos procesales. – Resulta, como conclusión primaria de dichos temas, la transformación del quehacer procesal en estos tiempos que, sin dejar de lado los principios expuestos através de todo este libro, aparecen como sirviendo la problemática que nos presente nuestra moderna sociedad, con sus cuestiones creadas por su característica de ser una sociedad de masas y a la vez predominar una economía de consumo”.

individuais e coletivas de trabalho¹, no Título I – Introdução, dispõe o artigo 8º que: “*As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público*”.

A sobredita norma inserta na CLT (formante regra) enuncia expressamente que, entre as fontes formais de Direito do Trabalho, o direito comparado é considerado uma fonte formal subsidiária². De acordo com Francisco Amaral³, “a expressão fonte de direito tanto significa o poder de criar normas jurídicas quanto a forma de expressão dessas normas. No primeiro caso, as fontes dizem-se de produção e, segundo a estrutura de poder que representam, são o poder legislativo, o poder judiciário, o poder social (os usos e costumes) e o poder dos particulares. (...) No segundo caso, isto é, a idéia de fonte de direito como forma de revelação desse direito, as fontes dizem-se de cognição, constituindo-se no modo de expressão das normas jurídicas, e são a lei, compreendendo a Constituição e suas leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (CF, art. 59), o estatuto social, o negócio jurídico, o costume, os princípios jurídicos e a sentença”.

Contudo, a atual doutrina majoritária (formante doutrinário) considera tais elementos previstos na referida regra do artigo 8º da CLT como métodos de interpretação ou integração de lei ou do direito, e não como fontes⁴.

¹ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 11-15: “O Brasil não possui um Código do Trabalho, como acontece com outros ramos do Direito pátrio (Civil, Penal etc.), ou com outros países, onde o Direito do Trabalho está codificado. Não temos, pois, formal e substancialmente, uma lei trabalhista unitária, que nos ofereça a sistematização de toda a disciplina do Direito do Trabalho. As regras concernentes ao Direito do Trabalho encontram-se estabelecidas na Constituição, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e em outras diversas leis esparsas, que tratam de matérias trabalhistas específicas. (...) Diversas leis esparsas também versam sobre o Direito do Trabalho, como a Lei nº 5.859, de 1972 (trabalho doméstico), a Lei nº 6.019, de 1974 (trabalho temporário), a Lei nº 5.889, de 1973 (trabalho rural) etc.”

² Nesse sentido é o entendimento de SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 124.

³ *Direito Civil. Introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76-77: “A compreensão da natureza e eficácia das normas jurídicas pressupõe o conhecimento da sua origem ou fonte, isto é, dos mecanismos institucionais que fixam o modo como se produzem e manifestam as regras de direito. É uma questão política e sociológica, na medida em que envolve o reconhecimento de um âmbito de poder em que se confrontam grupos sociais diversos, na defesa de seus interesses”.

⁴ Cf., por todos, CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 59.

A propósito da relevância do artigo 8º da CLT que permite ao julgador socorrer-se do direito comparado, cite-se o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal (formante jurisprudencial) que admitiu a fixação de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, conforme notícia veiculada no *website* (STJ), no dia 26/11/2011:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, nesta quarta-feira, o julgamento de quatro Mandados de Injunção (MI) cujos autores reclamam o direito assegurado pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal (CF), de “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. Os mandados foram impetrados diante da omissão do Congresso Nacional, após a promulgação da CF de 1988, ainda não regulamentou o dispositivo.

O julgamento foi suspenso depois que o relator, ministro Gilmar Mendes, se pronunciou pela procedência das ações. Por sugestão do próprio relator, entretanto, o Plenário decidiu pela suspensão do julgamento para que se possa examinar a explicitação do direito pleiteado, nos casos concretos em exame. Dentre o manancial a ser pesquisado, há experiências de outros países, recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, também, projetos em tramitação no Congresso Nacional, propondo a regulamentação do dispositivo constitucional.

Durante os debates em torno dos processos – os Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090 -, os ministros observaram que a Suprema Corte deveria manter o avanço em relação a decisões anteriores de omissão legislativa, em que apenas advertiu o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar o respectivo dispositivo invocado, e adotar uma regra para o caso concreto, até mesmo para estimular o Poder Legislativo a votar uma lei regulamentadora.

Foram citados dois precedentes em que o STF, com base em parâmetros já existentes, estabeleceu regras para vigerem enquanto não houver regulamentação legislativa. O primeiro deles foi o MI 721, relatado pelo ministro Marco Aurélio. Diante da omissão legislativa relativa ao parágrafo 4º do artigo 40 da CF, que confere o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, a Corte adotou como parâmetro, para a aposentadoria de uma trabalhadora que atuava em condições de insalubridade, o sistema do Regime Geral de Previdência Social (artigo 57, da Lei 8.213/1991), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

No segundo caso, o MI 708, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte solucionou a omissão legislativa quanto ao direito de greve no serviço público, determinando a aplicação das regras vigentes para o setor privado (Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989), no que couber, até regulamentação do dispositivo constitucional (artigo 37, inciso VII da CF).

Propostas:

No início dos debates, o ministro Luiz Fux apresentou propostas para uma

solução concreta nos casos em discussão. Ele sugeriu a conjugação do dispositivo constitucional com o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que admite a aplicação do direito comparado, quando da existência de lacuna legislativa.

Nesse sentido, ele citou que uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a extinção da relação de trabalho sugere o direito a um aviso prévio razoável ou a uma indenização compensatória.

O ministro Luiz Fux relatou, neste contexto, experiências da Alemanha, Dinamarca e Suíça, onde o aviso prévio pode chegar a entre três e seis meses, dependendo da duração do contrato de trabalho e da idade do trabalhador; na Itália, pode chegar a quatro meses.

Já o ministro Marco Aurélio sugeriu que, além do direito a aviso prévio de 30 dias, sejam acrescentados 10 dias por ano. Assim, ao cabo de 30 anos - caso do autor do MI 943, demitido de seu emprego após 30 anos de serviço -, teria direito a 300 dias de aviso prévio, a serem por ele cumpridos, ou então indenizados.

O presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, sugeriu a indenização de um salário mínimo a cada cinco anos, adicionalmente ao direito mínimo a 30 dias de aviso prévio. Por seu turno, o ministro Ricardo Lewandowski observou que há um projeto do senador Paulo Paim (PT-RS) em tramitação no Congresso Nacional.

Essas propostas, entretanto, esbarraram na objeção do ministro Marco Aurélio, segundo o qual elas não guardam a proporcionalidade prevista no artigo 7º, inciso XXI da CF.

Parâmetros:

Ao sugerir a suspensão dos debates para aprofundar os estudos sobre o tema, o ministro Gilmar Mendes observou que qualquer solução para os casos concretos hoje debatidos acabará se projetando para além deles. "As fórmulas aditivas passam também a ser objeto de questionamentos", afirmou, ponderando que o Poder com legitimidade para regulamentar o assunto é o Congresso Nacional".

É, pois, elogiável o enfrentamento da sobredita questão controversa pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos mandados de injunção (n. 943, n. 1010, n. 1074, n. 1090) impetrados, em razão da grave e séria omissão do Poder Legislativo, que há tempos vem protelando por mais de 20 anos regulação do referido dispositivo constitucional que assegura relevante direito social, contudo, sem efetividade. Isto porque, a doutrina e a jurisprudência assentaram o entendimento de que o referido inciso do comando do preceito constitucional é norma de efeito limitado, portanto, dependente de regulamentação posterior.

Como se depreende da posição do Ministro Luiz Fux, em primeiro lugar, o preceito do art. 8º da CLT foi empregado como método interpretativo e

integrativo complementar da norma do art. 7º, XXI, da CF. Em segundo lugar, sugeriu como parâmetro de proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho, bem como as experiências do Direito Comparado (Alemanha, Dinamarca e Suíça). Nesta etapa do raciocínio jurídico do Ministro Fux, verifica-se que o preceito do art. 8º da CLT foi utilizado como “fonte subsidiária” para a recepção da legislação estrangeira. Daí, o Direito Comparado acaba por revelar uma dimensão receptiva da legislação estrangeira pelo ordenamento jurídico brasileiro.

8. APLICAÇÃO PRÁTICA: A AUTONOMIA E O OBJETO NO DIREITO AGRÁRIO ITALIANO E NO DIREITO AGRÁRIO BRASILEIRO – DIMENSÃO DO FORMANTE DOUTRINÁRIO.

No direito italiano, a autonomia do direito agrário mereceu profunda e minuciosa investigação por ilustres juristas.

Assim, Francesco Messineo¹, que não reconhece a autonomia do direito agrário, sustenta que:

“a primeira vista, lo que se dice del derecho comercial² y del derecho de la navegación³ debería decirse del derecho agrário; y a tal orden de ideas nos habíamos atendido hasta aquí. Pero La consideración de que, en definitiva, muchas de las partes del derecho agrário se han tomado de la materia tradicional de derecho civil (régimen de las aguas, pertenencias, contratos

¹ *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Vol. I, Buenos Aires: EJE, 1979, p. 62-63.

² Op. Cit., p. 61: “Es innegable que existe una notable diversidad entre el tipo de actividad jurídica del ‘civis’ diferenciado y el tipo de actividad jurídica del empresario comercial, o del que explota profesionalmente un buque o un avión. Si el derecho de la empresa en general afecta a la materia de la economía, es inútil querer poner en el mismo plano esa materia y la tradicional materia del derecho civil, que, en cuanto a una parte considerable, no es derecho de la economía y hace abstracción de criterios económicos. Lo que antecede basta para explicar que el nuevo código, a pesar del nombre, encierre en sí, no solamente el derecho civil, en el sentido tradicional del término, sino también el derecho comercial, o sea el derecho privado en su conjunto. Por otra parte, la conservación de un derecho autónomo, sobre la base de las razones intrínsecas ya expresadas, permite ‘sistematizar’ la materia de la letra de cambio y de los cheques, así como la de la quiebra y la de los procedimientos concursales afines; los cuales, de otra manera, deberían formar un cuerpo independiente, aumentando el número de los llamados ‘derechos (objetivos) especiales’.”

³ Op. Cit., 62: “El derecho de la navegación, como derecho de la empresa de navegación, es, igual que el derecho comercial, rama autónoma de derecho (supra, n. 7); con esto, además, que en ese derecho se comprenden también institutos publicísticos y aun institutos procesalísticos. Por tanto, las referencias, incluidas en la presente exposición, a los institutos privadísticos del derecho de la navegación no pretenden ser reivindicación de estos últimos al derecho privado en el sentido de negar la autonomía de aquél, sino más bien consideración de ellos, bajo el perfil privadístico, para integración del cuadro general aquí delineado”.

agrários, etc.), que outras partes (como as relações de vizinhança e as servidões) não poderiam ser exclusivas da matéria agrária, porque entram, na mesma medida, no direito civil e que somente a matéria da empresa agrícola, seria exclusiva do direito agrário, leva a considerar que não pode atribuir-se autonomia científica a esta rama do direito, enquanto que pode ser útil, e até oportuno, manter sua autonomia didática. É verdade que algumas das razões aqui admitidas poderiam retorcer-se contra a autonomia científica do direito comercial; mas é também verdade que não se pode constituir uma rama científica se não se agrupa a seu redor um corpo suficiente de matérias; e este corpo o oferece o direito comercial, enquanto que não o oferece o direito agrário”.

Em sentido contrário, cite-se a lição de Antonio Carrozza¹ que defende a autonomia do Direito Agrário:

“Es tan sólo con la confluencia de estos tres factores: el capitalismo, la ruptura de la unidad del derecho privado, e la evolución del esquema jurídico constitucional, que se puede comprender el origen del moderno derecho agrario. Temporal y filosóficamente coinciden. (...). Lo indudable es que el derecho agrario normativo, como sistema, constituye una nueva clasificación jurídica en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, con evidentes rasgos de organicidad y completez que la perfila como una de las ramas jurídicas con mayor futuro, sobre el cual – lo que es distinto – se comienza a estructurar su ciencia”.

No Brasil, o entendimento doutrinário acerca da autonomia do Direito Agrário é praticamente unânime.

Com efeito, “o Direito Agrário distingue-se do Direito Civil pela tendência assinalada para uma regulamentação legal que se dirige à realidade especial social agrícola e que nivela as figuras jurídicas”².

Ainda segundo Octavio Mello Alvarenga³: “Este fato indica uma manifestação da posição de vanguarda que ocupa hoje o Direito Agrário. Assinala, também, o caminho que deverá seguir todo o Direito Civil moderno: ou seja, abandonar a diferença abstrata em direção à natureza multiforme dos vários direitos e

¹ e ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. *Teoría general e institutos de derecho agrario*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 22.

² ALVARENGA, Octavio Mello. *Manual de Direito Agrário*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 7.

³ Op. Cit., p. 7.

obrigações, e provocar o fato que cada um se diversifique, em conformidade com as funções próprias de cada matéria". Destarte, o Direito Agrário "é o ramo da ciência jurídica, composto de normas imperativas e supletivas, que rege as relações emergentes da atividade do homem sobre a terra, observados os princípios de produtividade e justiça social"¹.

De acordo com Wellington Pacheco Barros², "*desde que surgiu no universo do direito positivo pátrio, através da Emenda Constitucional n. 10, de 10.11.64, o direito agrário tem demonstrado autonomia, com o que se firma no cenário jurídico brasileiro. Essa autonomia pode ser encontrável no campo (a) legislativo, (b) didático, (c) jurisprudencial e (d) judiciário*".

No tocante ao objeto do direito agrário, Octavio Mello Alvarenga³ entende que este resulta de toda ação humana orientada no sentido da produção, contando com a participação ativa da natureza, sem descuidar da conservação das fontes produtivas naturais.

Após o advento do *Codice Civile* de 1942, a doutrina italiana, capitaneada por Giangastone Bolla⁴, preferiu delimitar seu objeto a partir das formas de organização da empresa agrária. Decerto que a vinculação dos termos "empresa" e "empresário" ao direito comercial e às práticas do comércio não invalidam tal enfoque. Explica Bolla que enfatizar a "empresa agrária" tem como justificativa o fato preliminar de distingui-la das empresas comerciais. O empresário agrário se destaca, sob o enfoque jus-agrarista, exatamente por

¹ ALVARENGA, Octavio Mello. Op. Cit., p. 5-6: "A definição pretende ser, sobretudo, de utilidade para os que se aproximam da nova ciência. Indica logo as duas classes de normas que circunscrevem a matéria: imperativas (quando não puderem ser afastadas pela vontade das partes); e supletivas (quando forem utilizáveis de acordo com o interesse de quantos sejam por elas abrangidos). É essencial que se tenha em mente o ponto mais sensível da nova ciência: a terra só interessará ao agrarista, só é matéria peculiar ao direito agrário, quando for encarada como um bem potencialmente produtivo, a *res frugivera*".

² *Curso de Direito Agrário*. Volume 1. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15: "O direito agrário, como ramo da ciência jurídica, é de estudo recente no Brasil. Seu nascimento, com autonomia própria, tem um marco inicial dentro do direito positivado: é a Emenda Constitucional n. 10, de 10.11.64, que outorgou competência à União para legislar sobre a matéria ao acrescentar ao art. 5º, inciso XV, letra a, da Constituição de 1946, a palavra *agrário*. Assim, entre outras competências, a União também passou a legislar sobre direito agrário. O exercício legislativo dessa competência ocorreu 20 dias após, ou seja, em 30.11.64, quando foi promulgada a Lei n. 4.504, denominada de *Estatuto da Terra*".

³ Op. Cit., p. 2.

⁴ *Scritti di Diritto Agrario*. Milano: Giuffrè, 1963.

exercer sua atividade econômica vinculado ao processo agro-biológico da terra¹.

As lições de Antonio Carrozza, que criticou duramente a equiparação da noção de direito agrário à empresa agrária em face da norma do artigo 2135 do *Codice Civile* de 1942², influenciaram os juristas agraristas da América Latina³.

No Brasil e naqueles outros países em desenvolvimento e do terceiro mundo, em virtude dos seus problemáticos contextos fundiários, “a reforma agrária, entendida como a alteração da posse e do uso de terra, apresenta-se como ponto sensível, potencial de crises. Por isso, já houve quem definisse o direito agrário, para os latino-americanos, como ‘o direito da reforma agrária’. Uma evolução nas preocupações jus-agraristas, com a crescente necessidade de preservar os recursos naturais renováveis faz com que, hoje, os mesmos especialistas coloquem tais recursos como ponto basilar do objeto do direito agrário”⁴. No contexto brasileiro, pode-se dizer que “cabe ao direito agrário regular a apropriação da terra, seu uso e aproveitamento, em seqüência à garantia da propriedade”.

Conclui-se que o Direito Agrário recebeu tratamento de disciplina autônoma tanto na Itália como no Brasil. Contudo, na Itália a doutrina mais recente – Antonio Carrozza (formante doutrinário) cunhou uma noção de Direito Agrário

¹ ALVARENGA, Octavio Mello. Op. Cit., p. 2-3.

² Codice Civile, Libro Quinto. Del Lavoro. Titolo II. Del lavoro nell’impresa. Capo II. Dell’Impresa Agricola. 2135. Imprenditore agricolo. – È imprenditore agricolo chi esercita una attività diretta allá coltivazione del fondo, allá silvicoltura, all’allevamento del bestiame e attività connesse. Si reputano connesse le attività dirette allá trasformazione o all’alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell’esercizio normale dell’agricoltura.

³ Cf. BREBBIA, Fernando P. e MALANOS, Nancy L. *Derecho agrário*. 1ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 12: “Esta cuestión de la autonomía es estudiada tradicionalmente a través de distintos aspectos o fases de ella, a saber, la autonomía didáctica, legislativa y científica, a la que más recientemente parece agregarse la autonomía jurisdiccional, aunque no todas tengan la misma importancia modernamente y, en general, como podremos ver, la doctrina agrarista parece preferir en nuestros días darle un enfoque distinto, de mayor moderación en sus alcances, sin dejar de reconocerse la gran grativación e influencia que han tenido en la doctrina, las posiciones de las dos escuelas que se han ocupado de este tradicional tema”.

⁴ ALVARENGA, Octavio Mello. Op. Cit., p. 3: “Em termos de abrangência, por sua vez, duas teorias se digladiam: a primeira, de raízes privatísticas, verá no direito agrário o direito da ‘empresa’ que se dedica a exploração da terra; a segunda, de natureza pública, reformula o radicalismo original (quando igualava o direito agrário ao direito de reforma agrária), pretende erigir seus alicerces a partir dos princípios orientadores do aproveitamento da propriedade territorial, como instituição que compreende o solo, os bosques, as águas e demais elementos – inclusive os animais, domesticados ou não, sujeitos ao homem, ou em natural liberdade”.

mais amplo do que aquele previsto no art. 2135 do *Codice Civile* de 1942 (formante legislativo) e também daquele inicialmente assimilado pela doutrina clássica de Giangastone Bolla. Já no Brasil, a noção de Direito Agrário esteve relacionada à propriedade rural e a reforma agrária em decorrência dos influxos sociais e econômicos do nosso País. Esta proposição é corroborada pelo superveniente diploma legislativo denominado “Estatuto da Terra” (Lei n. 4.504/1964).

Advogado e Professor. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Cursou o Mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Procurador da OAB/RJ. Professor convidado da Pós-Graduação *Lato Sensu* do CEPED- UERJ (Direito Imobiliário, Direito da Propriedade Intelectual, Direito da Empresa), Professor contratado da Graduação da UERJ (Prática Forense Civil, ano 2005), Professor convidado da Pós-Graduação *Lato Sensu* da UNESA – Universidade Estácio de Sá (Direito Imobiliário). Professor convidado do L.L.M. Corporativo do IBMEC-RJ.

Responsabilidade do Sócio Participante e do Sócio Oculto

João Theotonio Mendes de Almeida Jr.

Introdução; 1. Breve resumo histórico e natureza jurídica da sociedade em conta de participação; 2- Sociedade em Conta de Participação; 3- Características da Sociedade em conta de participação e aspectos fiscais; 4- A responsabilidade dos sócios nas outras estruturas societárias; 5- Responsabilidade do Sócio participante e do sócio oculto; Conclusão; Referências Bibliográficas; Anexos.

Resumo: O presente trabalho pretende abordar a responsabilidade do sócio participante e do sócio oculto na sociedade em conta de participação, dando ênfase a questão de sua responsabilidade perante a sociedade e perante terceiros, sem deixar de abordar o histórico desse especial tipo societário e a sua efetiva natureza jurídica. Ao final, serão colacionados alguns acórdãos relativos ao tema.

Introdução

Este trabalho nasceu de um desafio, ou seja, escrever sobre algo novo e desconhecido tanto para mim. Não obstante esta possível resistência ao novo, fez inicialmente uma incursão na doutrina básica para, depois da apresentação e dos devidos acertos, procurar esmiuçar um tanto quanto sobre o tema de maneira mais específica.

O escopo do presente trabalho é analisar a questão da responsabilidade do sócio participante e do sócio oculto na sociedade em conta de participação.

O método adotado na composição foi baseado na utilização de fonte secundária, caracterizada pela bibliografia na área de direito comercial de autores nacionais.

No primeiro momento tecemos considerações quanto ao surgimento deste tipo societário, que se revela importante para o desenvolvimento de qualquer trabalho de direito.

No segundo momento tratamos da responsabilidade dos sócios nos mais diversos tipos societários, cotejando com aquela pertinente aos sócios ostensivo e oculto na sociedade em conta de participação.

Num terceiro momento damos enfoque mais abrangente à questão da responsabilidade do sócio participante e do sócio oculto, na esperança de contribuir ainda que timidamente para o estudo do tipo societário em comento.

Por fim, a conclusão sobre o tema abordado seguida de um apanhado de alguns acórdãos sobre o a sociedade em conta de participação.

Relevante à presente matéria está o momento em que se encontra nosso país, após a mudança do Código Civil que incorporou grande parte do que era tratado pelo Código Comercial ainda em vigência.

Não obstante as críticas, e sem menor pretensão de trazer algo que seja imprescindível para o estudo da matéria, valendo apenas como uma pequena contribuição à mesma, é que elaboramos este trabalho.

1. Breve resumo histórico e natureza jurídica

Como devidamente corrigido pelo Professor José Gabriel Assis de Almeida, ao contrário de alguns autores que entendem que a origem das Sociedades em Conta de Participação estaria nos contratos gregos onde capitalistas forneciam numerários a comerciantes e estes se obrigavam a

devolver a quantia emprestada acrescida de um somatório maior, seu berço, entretanto, está nos contratos de comenda da idade média. Na oportunidade, o comércio era em sua maioria feito por mar, tal qual o contrato de comenda. Talvez por isso que haja confusão entre os doutrinadores sobre a origem deste instituto.

Verificamos que a razão da existência deste tipo de contrato ocorria em razão de que os capitalistas não comerciavam. Certamente não praticavam o comércio já que a nobreza não se imiscuía com tais atividades, e também a Igreja não permitia a prática da usura. Os nobres, todavia, desejavam investir, e, portanto, emprestavam seu dinheiro nas comendas, limitando sua responsabilidade ao seu montante na participação do negócio.

Nos contratos de comenda o *comendator* permanecia oculto, uma vez que as negociações eram feitas sempre pelo *tractator*. Dessa forma surgiu também a sociedade em comandita, nascida do costume de se depositar os nomes dos sócios no registro das corporações, a fim de se evitar fraude contra terceiros, e então com uma pequena nuance continuaram a ser praticados tais contratos independente das identificações nos depósitos dos nomes dos sócios nos registros. Nascia assim o chamado sócio oculto.

Visto o nascimento desse tipo de sociedade, cabe também fazer um registro no que tange a sua natureza jurídica pois que, embora não seja tão importante para o direito pátrio, pois já que aqui não há distinção entre sociedade e associação, pois que ambas possuem o mesmo tratamento legal, ou seja, não importa a corrente que entende ser a SCP uma sociedade, nem a outra que defende ser uma associação ou outra figura afim da sociedade.

2. Sociedade em Conta de Participação

Feito este breve apanhado, nunca é demais lembrarmos que a sociedade em conta de participação está regulamentada junto com os outros tipos societários no Código Civil Brasileiro, no Livro II – Do Direito de Empresa, Título II – Da Sociedade, Capítulo II – Da Sociedade em Conta de Participação,

artigos 991 a 996, posto que o atual Código Civil revogou os artigos 1 ao 456 do Código Comercial.

A denominação sócio ostensivo e sócio participante também conhecido como sócio oculto é a denominação empregada aos sócios da sociedade em conta de participação.

O Código Civil, em seu artigo 991, dispõe sobre a responsabilidade do sócio oculto que responde somente em relação ao sócio ostensivo e não em relação a terceiros:

Art. 991 - Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

O sócio oculto somente responde perante terceiros solidariamente com o sócio ostensivo se incidir no contido no artigo 993:

Art. 993 - O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.

Deve-se ainda ser observado que se aplica subsidiariamente à sociedade em conta de participação, o disposto para as sociedades simples no que com essa for compatível:

Art. 996 - Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

Parágrafo único. Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo.

3. Características da sociedade em conta de participação e aspectos fiscais

Podemos asseverar que a Sociedade em Conta de Participação é uma efetiva sociedade. Alguns entendem não se tratar de uma sociedade tecnicamente falando – simploriamente, podemos dizer que a SCP é um grande contrato de investimento, onde as partes comungam esforços para atingir um objetivo comum. Ela é formada por dois tipos de sócios – ostensivo e participante – sem possuir personalidade jurídica, eis que não há registro na Junta Comercial ou nos Registros de Pessoas Jurídicas, despossuída, portanto, de personalidade jurídica própria.

Os sócios ostensivos são aqueles que lidam com terceiros, e perante estes se responsabilizam, enquanto que os sócios ocultos são os que não têm direitos nem obrigações para com terceiros. Não é demais ressaltar que este tipo societário ao contrário das demais não está sujeito às formalidades obrigatórias, ou seja, desde sua constituição ao seu término não são necessários registros e atos que são obrigatórios nas outras formas de sociedade. O contrato de constituição nem precisa ser reduzido a termo nem arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, nem antes, durante ou no fim de sua existência. O contrato não pode ser levado à registro comercial, pois isso ocorrendo seria uma Sociedade em Nome Coletivo, e, a responsabilidade seria solidária e ilimitada para todos os sócios.

Alguns entendem que deve ser conveniente o registro do instrumento contratual no cartório de títulos e documentos, para maior eficácia e garantia nas relações tributárias derivadas das operações da sociedade.

O sócio ostensivo administra a sociedade, em seu próprio nome, visto que é como se não existisse a sociedade em relação a terceiros.

A sociedade poderá ser extinta pela expiração do prazo ajustado; por deliberação dos sócios; ou por força de lei ou ordem judicial.

A sociedade em conta de participação não tem firma social, nem denominação ou sinal de identificação; não aparece juridicamente aos olhos de terceiros; obriga-se perante terceiro somente o sócio ostensivo, como se esse estivesse realizando o negócio em nome próprio, salvo se o sócio participante exercer a atividade negocial em conjunto com o ostensivo, não tem autonomia processual, obrigacional e nem autonomia patrimonial, não pode ter decretada sua falência, nem invocar os favores da concordata, hoje recuperação judicial (somente o sócio ostensivo poderá invocar os favores da recuperação judicial, e somente na hipótese de ser um empresário regular, e o sócio oculto se constituirá em credor quirografário daquele); poderá ser constituída para apenas uma única operação ou para várias, funcionando com forma e prazo indeterminados; sua liquidação resume-se a mera prestação de contas.

Basicamente a liquidação deste tipo societário se dá através de uma simples prestação de contas realizada pelo liquidante, que pode ser o sócio ostensivo ou mesmo um preposto que tenha sido designado para ser o sócio gerente. Nessa ocasião será dividido o lucro, despesas e prejuízos dentre os sócios, assim como o patrimônio, na proporção de suas respectivas partes, como deverá estar expresso no contrato de constituição da sociedade.

Existem vantagens e desvantagens neste tipo de sociedade, como por exemplo: ser uma sociedade oculta e ter simplicidade e rapidez na sua constituição; inexistência de autonomias e restrição de acesso ao sócio oculto, especialmente em caso de cobrança de dívidas sociais.

Então, podemos afirmar ser uma vantagem a utilização da SCP, uma vez que atualmente existem cada vez mais pessoas interessadas em

investir em *venture capital* ou *private equity*. O capital de risco passou a ser uma grande oportunidade de negócios em nosso país, sendo crescentes os fundos ou as associações de pessoas tendentes a direcionar seus recursos para tais atividades, preterindo os investimentos clássicos como renda fixa, fundos de pensão ou mesmo o mercado de capitais. Aparecem os investimentos nas chamadas empresas emergentes, empresas que, entre outras características, pelo menos aos olhos dos investidores, sinalizam um futuro promissor em termos de remuneração aos seus recursos. Estas empresas basicamente centram suas atividades sob uma base tecnológica.

Ressalte-se que tais negócios não podem envolver captação pública de recursos, o que apenas é lícito a empresas registradas na Comissão de Valores Mobiliários – CVM ou a instituições financeiras.

Nos aspectos fiscais, cabe registrar que a inscrição do CNPJ não é obrigatória, conforme instrução normativa da Secretaria da Receita Federal nº02/2001, embora seja equiparada à pessoa jurídica para efeitos fiscais (artigo 148, RIR), sendo que o sócio ostensivo será responsável pela escrituração e pagamento dos tributos (de forma destacada, mas não necessariamente individualizada, conforme art. 254 do RIR).

Conforme pesquisa feita Marcus Abraham, se constata que o fisco não deixou de fora sua investida sobre este tipo societário. São vários os registros que demonstram a presença da Receita Federal.

O artigo 8º da Instrução Normativa nº390 da SRF de 30/01/2004, assim dispõe:

“Os resultados das sociedades em conta de participação (SCP) deverão ser apurados com observância das normas fiscais aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Parágrafo Único: Compete ao sócio ostensivo a responsabilidade pela apuração dos resultados e recolhimento da CSLL pela SCP”.

No Decreto nº3000 de 26/03/1999 (regulamento do imposto de renda) verifica-se mais três artigos:

Artigo 148 – As sociedades em conta de participação são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº2.303, de 21 de novembro de 1986, art. 7º, e o Decreto-Lei nº2.308, de 19 de dezembro de 1986, art. 3º);

Artigo 254 – A escrituração das operações de sociedades em conta de participação poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios, observando-se o seguinte:

I – quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à sociedade em conta de participação;

II – os resultados e o lucro real correspondentes à sociedade em conta de participação deverão ser apurados e demonstrados destacadamente dos resultados e do lucro real do sócio ostensivo, ainda que a escrituração seja feita nos mesmos livros;

III – nos documentos relacionados com a atividade da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo deverá fazer constar indicação de modo a permitir identificar sua vinculação com referida sociedade.

Artigo 515, RIR – O prejuízo fiscal apurado por Sociedade em Conta de Participação – SCP somente poderá ser compensado com o lucro real decorrente da mesma SCP.

Parágrafo único: É vedada a compensação de prejuízos fiscais e lucros entre duas ou mais SCP ou entre estas e o sócio ostensivo.

E ainda mais na Instrução Normativa nº31 da Secretaria da Receita Federal de 29/03/2001:

Artigo 1º - A partir de 1º de janeiro de 2001, observadas as hipóteses de obrigatoriedade de observância do regime de tributação com base no lucro real previstas no artigo 14 da Lei nº 9.718 de 27 de novembro de 1998, as sociedades em conta de participação podem optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

Parágrafo primeiro – A opção da sociedade em conta de participação pelo regime de tributação com base no lucro presumido não implica a simultânea

opção do sócio ostensivo, nem a opção efetuada por este implica a opção daquela.

Parágrafo segundo – O recolhimento dos tributos e contribuições devidos pela sociedade em conta de participação será efetuado mediante a utilização de Darf específico, em nome do sócio ostensivo.

Conforme o livro intitulado Normas Práticas Contábeis no Brasil¹, “a escrituração das operações da SPC poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios da referida sociedade. Quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à SPC”, tudo de modo a ficar bem diferenciadas as duas contabilidades.

Os valores entregues ou aplicados na SPC, pelos sócios pessoas jurídicas, deverão ser por eles classificados em conta do ativo permanente, pois que de investimentos se trata, de conformidade com o disposto no artigo 179, item III, da Lei nº 6.404/76, estando sujeitos aos critérios de avaliação previstos na referida lei e no RIR.

Enfim, como se verifica dos artigos supracitados a SCP é uma espécie “societária” com amplas possibilidades de adequação às necessidades do mercado e daqueles que dela fazem um instrumento lícito de geração de riquezas, pois tem ela uma estrutura simplificada e bem maleável, e seus participantes não sofrem ali bi-tributação.

4. A responsabilidade dos sócios na conta de participação

Vistas as características desse tipo de sociedade, e, ainda, o trato fiscal a respeito, cumpre retornar ao cerne do tema, que é a responsabilidade do sócio participante e do sócio oculto do tipo societário.

Não havendo nada que contrarie as disposições que regem a sociedade em conta de participação, as responsabilidades perante terceiros

¹ FIECAFI/Arthur Andersen. *Normas e práticas contábeis no Brasil*, São Paulo. Atlas, 1994.

que interajam com a sociedade só se imputam ao sócio ostensivo, pois que os sócios participantes só se obrigam – e aqui apenas perante o ostensivo – nos termos estritos do contrato de sociedade.

Frente ao mundo exterior, portanto, só existe o sócio ostensivo, e mesmo no que toca às responsabilidades tributárias, elas são encaradas de modo separado pelas Fazendas Públicas da União, dos Estados e dos Municípios.

Como aduz Mauro Brandão Lopes¹ “não poderão as partes no contrato convencionar o uso de firma e domicílio social, diante de terceiros, embora possam eleger foro para as questões que entre eles surgirem; não poderão, afinal, pactuar a limitação da responsabilidade do sócio ostensivo, perante terceiros, pelas obrigações sociais, nas operações por ele praticadas, porque de um lado, responsabiliza todos os fundos sociais ainda mesmo que seja por obrigações pessoais, e, de outro, todo o seu patrimônio responde pelas obrigações sociais”.

No que tange ao fundo social deste tipo societário e o patrimônio particular do sócio ostensivo estes se confundem, aos olhos de terceiros que desconheçam a sociedade, e este princípio pode ser extraído da parte que foi extinta do Código Comercial, ou seja, o artigo 327, onde “o sócio-gerente responsabiliza todos os fundos sociais, ainda mesmo que seja por obrigações pessoais, se o terceiro com quem tratou ignorava a existência da sociedade”.

Como ficaria na hipótese de o terceiro ter conhecimento que o seu devedor, sócio ostensivo, tinha conhecimento da sociedade? Como asseverado por Luiz Carlos Aceti Júnior e Maria Flávia Curtolo Reis², decerto “não poderá ter ação sobre o fundo social, pois não estão presentes os motivos que levaram o Código Comercial brasileiro a estender o direito de ação do terceiro ao fundo social”.

¹ LOPES Mauro Brandão. *Sociedade em conta de participação*, São Paulo. Saraiva, 1990, p.88

² ACETI JUNIOR, Luiz Carlos et REIS, Maria Flavia Curtolo. *Sociedade em Conta de Participação*. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 90. Vol. 794. Pág. 727/745.

José Gabriel Assis de Almeida cita aqueles autores, tomando por base o padrão do homem comum, “de acordo com este o padrão, o credor pessoal do sócio tem a obrigação de, com, razoabilidade que se exigiria de um homem comum, indagar sobre o estado do conjunto patrimonial do devedor”.

Na hipótese de haver mais de um sócio ostensivo, a responsabilidade deste será ilimitada somente pelas operações em que ele estiver envolvido. Nada impede que numa operação em que ele não figure como ostensivo sua responsabilidade passe a ser limitada como a de um sócio oculto.

Impende destacar que o sócio ostensivo tem por obrigação não expor os sócios ocultos da própria sociedade a terceiros. O fazendo ele estaria vinculando os sócios ocultos à obrigação assumida, contrariando a finalidade desse tipo societário e se sujeitando as perdas e danos na hipótese dele ter agido com culpa ou dolo.

Segundo Fran Martins¹, os credores não podem acionar os sócios participantes, uma vez que estes não se comprometeram com aqueles. Revela notar que a regra de não responsabilidade do sócio oculto possui algumas exceções que surgem em situações especiais. A primeira delas sucede quando os sócios participantes, juntamente com os sócios ocultos, obrigam-se num mesmo ato. Outra forma ocorre quando o sócio oculto ratifica de modo claro os atos do sócio ostensivo, se tornando responsável perante terceiros.

Como atenta José Gabriel Assis de Almeida, na primeira hipótese acima apresentada, tal fato pode ocorrer em virtude do sócio oculto desejar levar vantagens para as quais a garantia oferecida pelo sócio ostensivo não bastaria. Neste exemplo, o sócio oculto torna-se responsável ilimitadamente, assumindo posição igual à do sócio ostensivo.

Não há como deixar de mencionar que só existe solidariedade, quando a lei a impõe, ou quando as partes assim expressamente a

¹ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 14ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 1999.

estabelecem, uma vez que aquele vínculo específico não se presume, princípio inscrito na nossa ordem jurídica.

Anote-se por fim que uma das vantagens da sociedade em conta de participação hoje oferece, é a de que, ao contrário do simples consórcio – onde um recente e específico trato legal assim o instituiu – é a de que um sócio não responde solidariamente pelos ônus fiscais do outro, derivados das atividades conjuntas.

Conclusão

Como podemos observar, a sociedade em conta de participação constitui instrumento de captação de recursos para o desenvolvimento econômico, tendo amplas aplicações dentro do moderno campo de direito empresarial. O Código Civil não determina que o sócio ostensivo, em uma sociedade em conta de participação, seja necessariamente um empresário individual ou uma sociedade empresária, do que deriva a possibilidade de utilização dessa figura na esfera civil, sendo certo que o sócio participante que não revestir essa qualidade não estará sujeito à falência, mas, sim, à insolvência civil, nos moldes do Código de Processo Civil.

Como diria o Sérgio Campinho, concordamos que a sociedade em conta de participação, conquanto não seja tecnicamente uma sociedade, sendo mais propriamente um contrato associativo ou de participação, pode servir como instrumento válido para a captação de recursos destinados ao desenvolvimento de muitos negócios, principalmente na área tecnológica, atraindo investidores para certas atividades, com a cautelosa limitação de sua responsabilidade, em um “business” que será executado sob o risco direto de um empresário ou sociedade empresária já existente, partilhando-se o lucro ao final, e rateando-se despesas conforme combinado contratualmente.

Referências Bibliográficas:

ACETI JUNIOR, Luiz Carlos e REIS, Maria Flávia Curtolo, **Sociedade em Conta de Participação**, in *Revista dos Tribunais*, nº793, 2001.

ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das Sociedades Comerciais**. 10ª Edição Revisada, atualizada e ampliada, Saraiva, São Paulo, 1998.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

CAMPINHO, Sérgio **"O direito de empresa à luz do novo código civil"** – Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

CARLEZZO, Eduardo. **Sociedade em conta de participação. Jus Navigandi**, Teresina, a. 16 set. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4216>>.

COELHO DA ROCHA, João Luiz – in DIREITO MERCANTIL. *Revista de Direito Mercantil industrial econômico e financeiro*, vol. 105, janeiro/março, São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 13ª edição revista e atualizada, Saraiva. São Paulo: 1998.

FIPECAFI/Arthur Andersen. *Normas e práticas contábeis no Brasil*, São Paulo. Atlas, 1994

HIGUCHI, Hiromi. **Imposto de Renda das Empresas: Interpretação Prática: atualizado até a Lei nº9.430/96**, 22ª Edição, Atlas, São Paulo, 1997.

LOPES, Mauro Brandão. **A Sociedade em Conta de Participação** – Saraiva, São Paulo 1ª edição, 1990.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias** – Saraiva, São Paulo 1ª edição, 1989.

TEBECHRANI Alberto; CAMPOS José Maria de; Machado, José Luiz Ribeiro; ALFREDO da Silva, **Regulamento do Imposto de Renda, atualizado até 31 de julho de 2003**, Resenha Editora, São Paulo, 2003.

ANEXOS

Administradora de condomínio é responsável por contratos comerciais

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o condômino não tem obrigação de pagar duplicata firmada entre a Conceito Assessoria Hoteleira S/C Ltda., que administra o condomínio, e a Qualitá Indústria e Comércio de Móveis Ltda, contratada para mobiliar os apartamentos. A questão foi definida no julgamento de recurso especial do condômino João Manoel dos Reis, proprietário de um flat no Condomínio Edifício Morumbi Business Apart Hotel.

Compreendeu-se, com base no artigo 326 do Código Comercial, que, existindo sócios ostensivos ou gerentes – sendo no caso a Conceito Assessoria Hoteleira S/C Ltda. –, esta é quem responde pelas transações comerciais. Portanto João Manoel dos Reis, sócio oculto, não tem que arcar com os custos e pendências referentes à empresa contratada para fornecer mobiliário para o Morumbi Business.

O Condomínio e a Conceito constituíram sociedade em conta de participação, formando a "Conceito Assessoria Hotelaria S/C Ltda – Morumbi Business Apart Hotel", com o objetivo social de locar os apartamentos do prédio, entre outras funções. Entretanto, quando foi fechada a compra dos móveis, a Conceito não firmou contrato único com a Qualitá, mas vários contratos entre esta e os condôminos, sem ter poderes para tanto.

Por isso, o voto do ministro Barros Monteiro, relator do processo, que declarou ser "inexigível a duplicata sacada contra o proprietário da unidade autônoma (João Manoel dos Reis)". Para tanto, Barros Monteiro levou em consideração, além do artigo 326 do Código Comercial, caso análogo julgado pela mesma Quarta Turma do STJ, que teve como relator o ministro César Asfor Rocha. Concluiu César Rocha que cabe ao sócio ostensivo, e não ao sócio oculto, a responsabilidade em relação a contratos celebrados com terceiros.

[RESP 192603](#)

<http://www.globalbrasil.com/imprensa/2004/abril/clipping20040429.html>

RT – 768 – OUTUBRO DE 1999 – 88º ANO
JURISPRUDÊNCIA GERAL CIVIL – TJSP – PÁG. 221 a 225

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO – Extinção – Interposição, por sócio oculto, de medida cautelar preparatória, na busca de documentos comuns, aos quais não teve acesso – Admissibilidade, se o sócio ostensivo não prestou contas – Limitação, no entanto, da exibição a livros-diários, livros-razão e balancetes contábeis, ou seja, de documentos que digam respeito à participação do requerente no negócio.

Ementa da redação: A sociedade em conta de participação extingue-se quando termina o negócio para que se formou, devendo, portanto, o sócio ostensivo, desde logo, prestar contas ao sócio oculto ou participante. Assim sendo, inexistindo a prestação de contas, o sócio oculto pode exigí-la pela via judicial, do que emerge, sem dúvida, a admissibilidade de eclosão de medida cautelar preparatória, na busca de documentos comuns, aos quais não teve acesso, limitando-se, no entanto, tal exibição a livros-diários, livros-razão e balancetes contábeis, ou seja, de documentos que digam respeito à participação do requerente no negócio.

MEDIDA CAUTELAR – Exibição de documentos – Sociedade em conta de participação – Interposição da medida do sócio oculto – Circunstância de cópias simples de documentos terem sido entregues ao seu representante legal que não exclui seu interesse processual para interpor a ação – Pretensão que visa a obtenção de cópias autenticadas para cotejo com as obtidas preteritamente, diante das dúvidas pendentes sobre o resultado do empreendimento – Inexistência, ademais, de alguns documentos requisitados que não é tema que possa ser ventilado em sede de juízo de admissibilidade da cautelar, nem serve de embaraço à outorga de liminar.

Ementa da Redação: A circunstância de cópias simples de documentos terem sido entregues ao representante legal de sócio oculto de sociedade em conta de participação não exclui seu interesse processual para interpor medida cautelar de exibição de documentos, se a pretensão visa a obtenção de cópias autenticadas para cotejo com as obtidas preteritamente, diante das dúvidas pendentes sobre o resultado do empreendimento; ademais a alegação, pelo

sócio ostensivo, da existência de alguns documentos requisitados não é tema que possa ser ventilado em sede de juízo de admissibilidade da cautelar, nem serve com o embaraço à outorga da liminar, pois trata-se de matéria a ser dirimida oportunamente.

Agln 117.970-4/9 – 10ª Câm. – j. 29.06.1999 - rel. Des. Quaglia Barbosa.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agln 117.970-4/9, da Comarca de São Paulo, em que é agravante Marquesa S.A., sendo agravado Tulipas Planejamento Assessoria e Negócios Ltda.: Acordam, em 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, por v.u., dar parcial provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Maurício Vidigal (pres., sem voto) Ruy Camilo e Roberto Stucchi.

São Paulo, 29 de junho de 1999 - QUAGLIA BARBOSA, relator, com a seguinte declaração de voto:

1. É agravo, tirado dos autos de ação cautelar de exibição, contra r. decisão concessiva de liminar, em favor de sócia oculta em sociedade em conta de participação, buscando o exame de documentos especificados, a propósito de empreendimento dado como concluído(f.); a insurgência se apegua, em essência, a que, por primeiro, a dita sociedade já se encerrara, uma vez atingido seu objetivo, consoante deliberado em assembléia regularmente convocada e realizada; em segundo lugar, a que do ato investivado resultaria lesão manifesta às regras consagradoras do sigilo empresarial, na medida em que, ordenada a exibição dos documentos, sobejantes ao âmbito restrito da relação jurídica pactuada entre agravante e agravada, não cabendo a esta verificá-los, depois de extinto o vínculo societário, de outra parte, a faltar, com vista a determinados itens do pleito, até mesmo interesse processual, quando envolvem documentos já fornecidos à requerente ou, ademais, suscetíveis de consecução, alhures, perante órgão públicos, dispensada, nesse caso, intervenção judicial; por outro aspecto, a não ser dado à postulante, na extensão outorgada, em primeiro grau, promover verdadeira devassa na escrituração contábil da insurgente, investigação que, a ser deferida, havia quando muito de estar gizada conforme o espectro da conta de participação, e, derradeiramente, a incluídos documentos sequer existentes, reclamados segundo a premissa de fato não ocorrido, qual o corte de árvores, no âmbito do projeto de reflorestamento, que não se implementou, por economicamente inviável. Daí, em apertada síntese, o anseio por reforma(f.).

Atribuído efeito suspensivo ao recurso (f.), prestou informações o MM. Juiz (f.) e respondeu a agravada (f.).

É o relatório.

2. O inconformismo procede, todavia, somente em parte, sem alcançar o efeito restritivo pleno, como o deduziu a agravante, e nada obstante ressalvado que o exame do recurso se perfaz dentro de lindes peculiares à cognição restrita, como inerente a propósito da substância do ato hostilizado, simples liminar conferida em sede de pretensão cautelar.

Não há, em primeiro lugar, conferir respaldo dogmático à agitação concernente ao tema relativo ao sigilo comercial ou empresarial, que fizesse jus à preservação absoluta, na medida em que a regra rígida, de que é paradigma o art. 17 CCo, tem cedido, paulatinamente, nos novos tempos, seja ante as pressões de ordem tributária, emergentes de lei, seja ante a força do reclamo moderno, a valorizar, sobremaneira, a publicidade, em contrapartida ao sigilo, como lembrado por Waldemar Ferreira, na referência de Rubens Requião (Curso de direito Comercial, São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1 n. 101, p. 145), sobretudo quando diga respeito eventual perquirição aos legítimos interesses de pessoas, em especial, ou da própria coletividade.

Na espécie, em particular, o que se tem sob mira é situação decorrente de vínculo jurídico, iniciado coma constituição de sociedade de conta de participação, ente desprovido de personalidade e por meio do qual duas ou mais pessoas se associam para um empreendimento comum, ficando um ou mais dos chamados sócios em posição ostensiva, e os demais, em posição oculta (Fábio Ulhoa Coelho, *Manual de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1995, p.140), fazendo aquele que, *in casu*, se põe na segunda modalidade, potencialmente insatisfeito com o resultado produzido, a ponto de alvitrar discuti-lo, oportunamente, em demanda própria, para cujo o impulso dependeria, de obter subsídios, à custa da exibição documental, cautelarmente acionada.

Ora, nesses termos e com tal escopo, em princípio legítimo para quem ostenta, decorrente da sociedade avençada, situação de sócio oculto, posto à margem da administração do empreendimento, tanto quanto irrecusável o encargo de prestar contas, imposto a todo aquele que venha a gerir interesses alheios, não há com afastar, exceto retoques ligeiros e isolados, a admissibilidade do pedido exhibitório, a tanto não se opondo, com eficácia obstativa, a pretextada circunstância de dissolvida a sociedade, em forma anômala, diga-se de passagem, por meio de deliberação assemblear, independente de prestação de contas ao sócio oculto e sob veículo de inusitada aprovação de resultado e de destinação de recursos, ao nuto do próprio sócio ostensivo e administrador (f.).

Essa não seria, com não foi, a forma regular para a dissolução, uma vez que, em se tratando de sociedade em conta de participação, extingue-se, é certo, “quando termina o negócio para que se formou”, porém, “devendo o sócio ostensivo desde logo prestar contas ao sócio oculto ou participante” (Pedro Barbosa Pereira, *Curso de direito comercial*, São Paulo: Ed. RT, 1969, v. 2, p. 64), sob risco de a prestação de contas, quando não amigável, ser exigida judicialmente, por meio de ação adequada; não leciona diversamente J. X. Carvalho de Mendonça, ao asserir que “a dissolução dessa sociedade não é seguida de liquidação e partilha, como nas outras sociedades. Nas relações entre sócios dá-se somente um ajuste d contas sobre os lucros ou prejuízos do negócio empreendido e a parte que uns e outros toca aos respectivos sócios. *Essas contas devem ser prestadas pelo sócio ostensivo aos participantes*. Os negócios realizados pelo sócio ostensivo são negócios deste: somente ele é competente para liquidá-los como seus e prestar contas aos demais sócios dos resultados obtidos ou dos prejuízos sofridos” (op. cit., p. 64-65, g. n.), figurino ao qual, evidentemente, não se adapta o procedimento perfilhado, na espécie, quando muito, prestado contas a si mesmo, na apuração do suposto déficit e na destinação dos recursos financeiros residuais, para cobertura daquele (f.).

Manifestamente heterodoxa a conduta, incompatível com a própria essência da sociedade em conta de participação, não há como extrair do ocorrido se veja a agravante alforriada do dever fundamental de prestar contas à recorrida; como, ao que consta, não chegou a prestá-las, tem a sócia oculta como e por que exige-las, pela via judicial, do que emerge, sem dúvida, admissível a eclosão da medida cautelar preparatória, na busca de documentos comuns, aos quais não tivera, nem teve acesso a agravada.

A esse propósito, não se trata de autorizar verdadeira devassa na escrituração contábil da agravante, como esta manifestou requear, desbordando do alcance dos interesses da agravada, o que, ao ver da insurgente, “violaria frontalmente seu direito ao sigilo comercial e tumultuaria suas atividades” (f.).

Com efeito, posto de lado, como acima se viu, o fetichismo ultrapassado, com que se costumava homenagear aquele conceito, o próprio Código Comercial, no art. 19, faz por instituir a “possibilidade de exibição parcial da escrituração mercantil, isto é, exibição dos livros e documentos necessários para ‘deles averiguar e extrair o tocante à questão’ a ser solucionada em juízo” (Humberto Theodoro Júnior, *Processo cautelar*, São Paulo: Leud, 1990, n.2540, p.294), acrescentando que os livros, o que também se explica a outros documentos, se submetam a exame “na presença do comerciante a quem pertencerem e debaixo de suas vistas”.

Não destoa, mais modernamente, para instrumentalizar a exibição parcial de livros e documentos, o art. 382 do CPC, propiciando que deles se extraiam “a soma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas”.

Tal preceito traça, com precisão, os limites dentro dos quais se deve admitir a exibição parcial, em consonância com o enunciado da Súm. 260 do Excelso Pretório, a saber, “o exame dos livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes”, o que, projetado para a espécie *sub examine*, induz restrita a exibição devida de “livros-diários, livros-razão, balancetes contábeis e documentos comprobatórios dos lançamentos realizados” (*sic. f.*) apenas ao que diga respeito à participação da agravada, primeiro ponto de acolhimento ao recurso, uma vez que a r. decisão agravada não contemplou, ou, pelo menos não explicou, tal limitação.

Outro aspecto, por que merece acatamento a insurgência, diz respeito aos itens 1º e 3º do pedido de liminar (f.), na medida em que envolvem documentos dados com apresentados ao IBDF (Ibama), com alusão ao projeto de reflorestamento; ora, presentes os elementos almejados, dentre os registros de órgão oficial, é natural que a eles poderá ter acesso a requerente, sem precisar socorrer-se da via judicial, ao menos até que certidões lhe sejam eventualmente, recusadas, hipóteses de que não se tem, à primeira vista, por que cogitar. Essa consideração, por si, faz diagnosticar, nos compartimentos específicos, falta de interesse processual, consubstanciando no binômio utilidade e necessidade, à luz do ensinamento de Galeno Lacerda e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, trazido à colocação pela agravante (f.) e conferido, na elaboração do voto (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 8, t. 2, n. 140, p. 165), bem com da jurisprudência também aludida (f.).

Esse o segundo e derradeiro aspecto a comportar albergue, na insurgência manifestada.

No mais, merece mantida a r. decisão agravada, por seus fundamentos e pelos que lhe adicionaram as minuciosas informações que prestou o MM. Juiz, fazendo ver, em suma e convincentemente, que “a agravada, por não ser acionista da Marquesa S/A, não terá, por meios extrajudiciais, acesso aos seus livros comerciais, onde foram lançadas a contas do empreendimento” (f.), a propósito do qual lança dúvida, pelo menos razoável, consoante reafirma, na contraminuta, em especial às f., e, em acréscimo, que, afinal, “não forneceu a agravante nenhuma prestação de contas referente ao empreendimento, demonstrado a conclusão da obra, causa ensejadora da extinção da sociedade, mostrando-se obscura a dissolução, forçando, assim, a agravada a buscar a tutela jurisdicional” (f.).

Insta salientar, por derradeiro, no tocante a questões residualmente agitadas, em contraposição à liminar deferida, que, de um lado, a circunstância de certos documentos terem sido, antes, entregues a representante legal da agravada, conforme recibo lançado à margem da notificação copiada às f., não

exclui, por si só, o interesse processual relativo a sua exibição, pois o que nesta se visa e almeja é obtê-los, *rectius*, cópias do projeto e das plantas e cartas a ele relativas (f.), tais como os possui e mantém a agravante, dado que a recorrida os recebera, por cópias simples, desmuniadas de autenticação, tornando plausível que as busque, agora, autênticas, para cotejo com as obtidas preteritamente, até mesmo diante das dúvidas pendentes sobre o resultado do empreendimento, o que, por sinal, se faz repisado, na contraminuta (f.); de outra banda, que se alguns dos documentos requisitados não existem, no dizer da agravante, isso não é tema que possa ser ventilado, em sede de juízo de admissibilidade da cautelar, tampouco como embaraço à outorga da liminar, versando, diversamente, matéria a ser dirimida, oportunamente, desde quando se afirme aquela inexistência, pela razão fundamental de que não houvera cortes de árvores, atrelados ao empreendimento em causa. De uma forma, ou de outra, tendo, ou não, havido aquele desbastamento, emerge suscetível e demandante de esclarecimento matéria tática que, em última análise, não podia ser sonegada ao conhecimento da sócia participante, pela ostensiva e administradora, sobretudo quando declara, textualmente, sobre a sociedade, que o projeto florestal “foi concluído com sucesso” (*sic*, f.), dando azo à convocação de assembléia, a fim de “deliberar acerca da sua continuação ou de seu encerramento” (*idem*).

3. Sumariando: a irresignação se acolhe, em parte, somente para que a exibição de livros e documentos, a que se refere o item 2º do pedido de liminar, se faça parcialmente, restrita a quanto, naqueles, diga respeito exclusivo à participação da agravada na sociedade, e ainda, para que se exclua a de projeto técnico de reflorestamento, de planta de localização e de certas planimétricas e altimétrica originais, enquanto possam ser obtidos, por certidão, junto ao órgão público, a que apresentados, conforme incontroverso, mantida, no mais, intocada a r. decisão recorrida.

4. Diante do exposto e nos moldes suso declinados, dou provimento em parte ao agravo.

Superior Tribunal de Justiça - STJ.

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO - Flat - Responsabilidade - Sócio ostensivo.

Na sociedade em conta de participação, empreendimento hoteleiro denominado flat, os sócios participantes, conhecidos como sócios ocultos, não se obrigam para com terceiros - que não os conhecem nem com eles tratam -, mas os sócios ostensivos são os que se obrigam com terceiros pelos resultados

das transações e obrigações sociais realizadas ou empreendimentos, nos termos precisos do contrato. A relação do sócio oculto se dá unicamente com o sócio ostensivo que gerencia o negócio. Sendo assim, os sócios ostensivos respondem pela duplicata levada a protesto pelos serviços eventualmente prestados.

(STJ - REsp. nº 168.028 - SP - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - J. 7.8.2001).

Superior Tribunal de Justiça - STJ.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 152.033 - RS (1997/0074381-0)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR: ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA E OUTROS

AGRAVADO: MILTON OSMAR CERENTINI E OUTRO

ADVOGADO: NELSON DOS SANTOS BLAYA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

I - Realizada a prestação jurisdicional invocada, não há que se falar em omissão do julgado, por mera discordância do agravante com o que foi nele decidido.

II - Para estabelecer a responsabilidade do recorrido como "sócio oculto" da empresa executada, faz-se necessário, obrigatoriamente, o reexame do conjunto probatório constante dos autos. Neste contexto, impossível a apreciação do presente apelo, incidindo o óbice constante da súmula nº 07, desta Corte Especial.

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI, HUMBERTO GOMES DE BARROS e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 07 de agosto de 2003 (data do julgamento)

Ministro FRANCISCO FALCÃO
Presidente e Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Trata-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, contra a decisão de fls. 189.

Naquela decisão, entendi que não houve violação ao artigo 535, do CPC, e que a constatação da responsabilidade do recorrido como "sócio oculto da empresa" demandaria reexame de provas, confrontando a súmula nº 7, desta Corte Especial.

O recorrente, ora agravante afirma que houve a infringência alegada e que não existe necessidade do exame de provas.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

No que concerne à alegada violação ao artigo 535 do CPC, não merece guarida a tese defendida pelo recorrente, eis que o Tribunal a quo julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se acerca do tema proposto, tecendo considerações sobre a responsabilidade do recorrido em face dos prejuízos causados pela empresa executada.

Ademais, como é de sabença geral, o julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes, mas sim decidir a contenda nos limites da *litis contestatio*, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes ao tema e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Quanto à alegação do recorrente de que está caracterizada a responsabilidade do recorrido como sócio oculto da empresa, sendo desnecessário constar seu nome no procedimento administrativo fiscal, tenho que o aresto impugnado não chegou a essa conclusão, afirmando, ao contrário, que a simples "emissão de notas "calçadas", não o torna automaticamente co-responsável tributário."

Com as considerações acima, observo que, para estabelecer a responsabilidade do recorrido como "sócio oculto" da empresa executada, faz-se necessário, obrigatoriamente, o reexame do conjunto probatório constante dos autos.

Nessa seara, impossível a apreciação do presente apelo, porquanto, como se sabe, ao Tribunal é vedada a reapreciação das provas carreadas, incidindo assim o óbice sumular nº 07, desta Corte Especial.

Nesse contexto, prejudicada a questão relativa à desnecessidade de inclusão do sócio oculto, responsável tributário da empresa a ele vinculada, no procedimento administrativo fiscal.

Tais as razões expendidas, NEGOU PROVIMENTO ao agravo.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

AgRg no RESP 152033/RS

Número Registro: 1997/0074381-0

Números Origem: 199700384276 596122754

EM MESA

JULGADO: 07/08/2003

Relator

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO: ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA E OUTROS

RECORRIDO: MILTON OSMAR CERENTINI E OUTRO

ADVOGADO: NELSON DOS SANTOS BLAYA

ASSUNTO: Execução Fiscal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR: ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA E OUTROS
AGRAVADO: MILTON OSMAR CERENTINI E OUTRO
ADVOGADO: NELSON DOS SANTOS BLAYA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 07 de agosto de 2003

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária

DJ: 22/09/2003

Tribunal Regional do Trabalho - TRT5ªR.

EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO.

RO Nº 014.92.2107-50. - 14ª JCJ DE SSA

ACÓRDÃO 5ª TURMA- Nº 13.253/95

AGRAVANTE: VICENTE RAMOS SANTOS

AGRAVADO: VALDIR LÁZARO SANTOS LIMA

RELATOR: WALDOMIRO PEREIRA

EMENTA: RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO SÓCIO. DICÇÃO DO artigo 592, II, DO CPC. A responsabilidade patrimonial do sócio só se configura nas hipóteses em que, pela natureza da sociedade e segundo as leis comerciais, civis ou especiais que a regem, assim disciplinem (artigos 301, 311, 315, 316, 320, 321 e 326 do Código Comercial; artigo 10 do Dec. 3.808/19; artigo 1396 do Código Civil e artigo 2º, parágrafo segundo da CLT e artigo 28 da Lei nº8.078/90) inequivocamente, ou nos casos de fraude ou desvio de finalidade, quando se torna aplicável a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica ou, enfim, contra o sócio gerente, quando há dissolução ou liquidação irregular da sociedade (artigo 135 do Código Tributário Nacional), assegurado o benefício de ordem ou de excussão (artigo 596 do CPC).

VICENTE RAMOS SANTOS interpõe recurso ordinário contra decisão proferida pela MM 14ª Junta de Conciliação e Julgamento de Salvador nos autos dos embargos de terceiro opostos na execução promovida por VALDIR LÁZARO SANTOS LIMA contra MAKRE ESPUMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESPUMAS E COLCHÃO LTDA.

O recorrido apresentou contrariedade.

A douta Procuradoria emitiu parecer, e foram os autos à revisão.

VOTO

PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PELA IMPROPRIEDADE DO RECURSO: Suscitada pelo recorrido. Efetivamente, a melhor doutrina leciona que o recurso apropriado para os embargos de terceiros é o Agravo de Petição, entretanto, nenhum prejuízo processual se verifica em razão da nomenclatura

do recurso e, em face o princípio da fungibilidade dos recursos, recebo o presente como AGRAVO DE PETIÇÃO.

Rejeito.

MÉRITO:

A pessoa jurídica é distinta de seus membros. É o que estabelece a regra do artigo 20 do Código Civil, aplicável na esfera comercial. Veja-se, por todos, a respeito, FÁBIO ULHOA COELHO, Manual de Direito Comercial, Ed.

Saraiva, 1994, 5ª edição, p. 101.

Em face disso, a responsabilidade patrimonial do sócio, perante credores da sociedade, só pode ocorrer, como dispõe o artigo 592, II, do CPC, " nos termos da lei".

A expressão supracitada, "nos termos da lei", segundo a lição da doutrina - e isso é questão da mais alta relevância jurídica, significa que a responsabilidade patrimonial do sócio só ocorrerá, em face de terceiros, nos casos expressos em que a lei comercial ou o Código Civil, ou lei especial assim estabeleça, ou seja, dos sócios gerentes ou solidários, na sociedade em comandita (artigo 311 do Cód. Com.), todos os sócios na sociedade em nome coletivo (artigos 315 e 316 do Cód. Com.); os sócios capitalistas da sociedade de capital e indústria (artigos 320 e 321 do Cód. Com.); os sócios gerentes na sociedade em conta de participação (artigo 326 do Cód. Com.); o sócio gerente da sociedade por quota de responsabilidade, em razão dos atos que praticar com excesso de mandato ou com violação à lei que rege tal tipo de ente (artigo 10 do Dec. 3.808/91); todos os sócios, em favor, apenas, do consumidor (artigo 28 da Lei nº 8.078/90); sócio com controle de empresas constituídas em grupos, em favor de empregado, segundo alguns, à vista do artigo 2º, parágrafo segundo, da CLT; os sócios das sociedades irregulares ou de fato (artigo 301 do Cód. Com.); bem assim associados da sociedade civil (artigo 1396 do Código Civil). É o que ensina a doutrina (WILLARD DE CASTRO VILLAR, Processo de Execução, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 64; ANTÔNIO CARLOS COSTA E SILVA, Tratado do Processo de Execução, Ed. Aide, 1986, v. 1º, p. 499; ALCIDES MENDONÇA LIMA, Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, 1974, 1ª ed., p. 481/483; HUMBERTO THEODORO JUNIOR, Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, 1991, 6ª ed., v. II, p. 820; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Execução Civil, Ed. Malheiros, 1994, p. 245, nota 29; FÁBIO ULHOA COELHO, op. cit., p. 106/110 e 116; FRAN MARTINS, Curso de Direito Comercial, Ed. Forense, 8ª ed., 1994, p. 208, 215, 221 e 273/274; RUBENS REQUIÃO, Curso de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 8ª ed., v.1º, p. 345; DYLSON DÓREA, Curso de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 1983, v.1º, p.

164, 170, 174, 184, 188 e 200; JOÃO EUNÁPIO BORGES, Curso de Direito Comercial Terrestre, Ed. Forense, 1959, v. II, p. 44, 70, 79, 100, 112 e 168; OCTÁVIO BUENO MAGANO, "Os Grupos de empresa no Direito do Trabalho, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 242).

Afora as hipóteses precitadas, vinculadas à dicção do artigo 592, II, do CPC, entendem, ainda, a doutrina e a jurisprudência que o sócio poderá vir a ter responsabilidade patrimonial nos casos de fraude, desvio de função, ou abuso de poder, pela aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, o "disregard of legal entity" (RUBENS REQUIÃO. As Tendências Atuais da Responsabilidade dos Sócios nas Sociedades Comerciais, in Revista dos Tribunais, nº 511, p. 11/19; JOÃO CASILLO, Desconconsideração da Pessoa Jurídica, in Revista dos Tribunais, nº 528, p. 24/40; SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KHOURY, A Desconconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os Grupos de Empresas, Ed. Forense, 1994, p. 65/79; MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FUHRER, Resumo de Direito Comercial, Ed. Malheiros, p. 70/74).

Também os gerentes, nos casos de liquidação ou dissolução irregular, por aplicação analógica do artigo 135 do Código Tributário Nacional (JOSÉ DA SILVA PACHECO, Comentários à Lei de Execução Fiscal, Ed. Saraiva, 1988, p.130/166), têm assegurado, em todas as hipóteses aqui relacionadas, o benefício de ordem ou excussão, em favor do sócio (artigo 596 do CPC).

Ressalte-se, enfim, que, quanto à sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal tem sido firme no sentido de só admitir a responsabilidade do sócio gerente nos casos previstos no artigo 10 do Decreto 3.808/19 (RE 94.949-RJ, Rel. Min. RAFAEL MEYER, in RTJ 102, 823/825).

O agravante era sócio minoritário de sociedade por quota de responsabilidade, regularmente constituída, ficando, por isso, excluído de responsabilidade patrimonial, à vista do artigo 592, II, articulado com as normas de direito comercial retro-assinaladas.

Por outro lado, não se alega, não se prova nem se evidencia situação fática que autorize a aplicação da "disregard doctrine".

Por fim, não se noticia que ocorrera dissolução ou liquidação irregular, nem que era ele sócio gerente. Por tais razões, prospera sua irresignação.

DOU PROVIMENTO ao agravo e julgo procedente os embargos de terceiros, para desconstituir a penhora, acusada pelo recorrente.

Acordam os juízes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de não-conhecimento pela impropriedade do recurso e receber o presente apelo como agravo de petição; no mérito, ainda por unanimidade, dar provimento ao agravo para julgar procedentes os embargos de terceiros, para desconstituir a penhora, acusada pelo recorrente.

Salvador, 04 de julho de 1995.

Publicado no DO TRT 5ª Região em 14/07/95, fls. 13.

0140139-58.2004.8.19.0001 - APELACAO

1ª Ementa

DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 08/06/2011 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. RECONHECIMENTO. SOLIDARIEDADE. DETERMINAÇÃO DA LEI OU VONTADE DAS PARTES. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA.1. Na sociedade em conta de participação, os **sócios ocultos** apenas se obrigam, individualmente, com o **sócio** ostensivo, que negocia com terceiros em nome próprio, com a obrigação de prestar contas aos que forneceram os recursos necessários à operação por aquele realizada.2. Solidariedade que não se presume, somente surgindo em decorrência de determinação legal ou da vontade das partes.3. A segunda demandada admitiu serem devidos aos autores os valores que constaram do acordo homologado pelo Juízo da 39ª Vara Cível. Manifestação de vontade que faz nascer a obrigação solidária de saldar a dívida.4. O termo a quo de incidência da correção monetária será a data da homologação do acordo em que o débito foi reconhecido.5. O cálculo dos juros de mora ocorrerá da citação das rés, por força da natureza contratual da relação entabulada entre as partes.6. Correção monetária e juros moratórios que devem incidir até o efetivo pagamento, descontando-se as parcelas já depositadas pela segunda ré.7. Negado provimento aos recursos.

[0014105-20.2009.8.19.0209](#) - APELACAO

1ª Ementa

DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 01/06/2011 - TERCEIRA CAMARA CIVEL

Consumidor. Compra e venda de veículo. Problemas no financiamento obtido pela anterior proprietária. Existência de vício na documentação, impedindo a transferência junto ao DETRAN-RJ. Rescisão. Devolução do valor pago. Danos materiais e morais. Ação ordinária visando indenização de danos materiais e morais proposta em face da revendedora em decorrência de compra e venda de automóvel, com parte do preço financiado, cuja transferência no órgão próprio resultou impossível, mesmo com a quitação integral do preço, em virtude de ação judicial envolvendo anterior financiamento então pela antiga proprietária, com apontamento feito no DETRAN-RJ. Alegação de ilegitimidade passiva que não prospera. A revendedora de veículos, na época da relação negocial (2003), tinha como **sócios** dois irmãos com o mesmo apelido profissional, incorporado ao nome fantasia da pessoa jurídica, da qual os mesmos se afastaram (2004), mas compartilhando o mesmo nome fantasia a nova pessoa jurídica por estes aberta. **Sócio** que inclusive recebeu o veículo de volta após infrutífera tentativa de resolução do problema com a legalização do bem objeto da ação. Pelo princípio da aparência, o autor acreditou sinceramente que o seu veículo estava sendo adquirido pela "Chumbinho Veículos", haja vista a relação de amizade e confiança existente entre o mesmo e o **sócio** da ré. Também é incontroverso que o veículo apresentava vício **oculto**, consistente em restrição judicial em decorrência de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária celebrado pela antiga proprietária do veículo e o Banco ABN-AMRO. Prescrição. O direito de ação decorre da lesão ao direito subjetivo do autor, sendo certo que o surgimento do direito de ação, neste caso, decorreu da busca e apreensão do veículo por determinação judicial (no ano de 2008), razão pela qual não há que se falar em incidência de qualquer prazo prescricional, considerando a data da propositura da ação (junho de 2009). Falha na prestação dos serviços pela revendedora que realizou a venda do veículo. Por se tratar de empresa de revenda de veículos, cuja primeira e rotineira preocupação deve ser a de verificar a integridade da documentação do veículo que depois vem a alienar, é dela a responsabilidade pela recomposição dos danos ao consumidor. Pedido de reembolso. Cabimento. Sentença que julga procedente o pedido, decreta a rescisão do contrato e condena a revendedora ré ao pagamento ao autor do valor da aquisição do bem objeto daquele contrato, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), assim como ao pagamento de danos morais, ao fundamento de que a hipótese não envolveu apenas os aborrecimentos normais decorrentes de descumprimento contratual. A situação do autor descambou para um quadro de evidente desconforto, de ansiedade e de angústia, pelo fato que impediu a transferência da licença e uso do bem adquirido. Indenização arbitrada, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização dos danos morais que bem

observou o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença que deve ser mantida. Recurso a que se nega provimento.

1ª Ementa

DES. MAURICIO CALDAS LOPES - Julgamento: 01/06/2011 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

CLUBE

EXCLUSAO DE SOCIO FUNDADOR VIOLACAO DO CONTRADITORIO E DA AMPLA DEFESA DECLARACAO DE NULIDADE REINTEGRACAO

Ação Anulatória c/c Obrigação de Fazer. Exclusão de **sócio** fundador de clube. Sentença de improcedência com fincas na inadimplência da autora e na legalidade da expropriação automática do título do clube, na forma prevista no § 3º, do art. 10 do Estatuto Social do clube. Apelação. Apelante que é sucessora, na condição de viúva, de **sócio** fundador do Icaraí Praia Clube, nos termos do art. 5º do Estatuto Social do clube réu e, por isso, em conformidade com a norma do § 2º, do art. 4º do aludido estatuto desfruta das regalias a esses reservadas, que o Estatuto, em qualquer de suas versões, jamais esclareceu quais fossem. Embora isso, e como anotado na decisão que decidira por antecipar parte da tutela de fundo, da autorizada lavra do eminente Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes (fls. 74/76), do cotejo dos art. 10, § 2º, art. 16, item "6" e art. 17, todos do mencionado Estatuto, se recolhe que a regra estatutária prevê como contribuintes apenas os **sócios** da classe "proprietário" e "contribuinte", não assim o fundador. Precedentes desta Corte a respeito do tema. Mais contribui para fortalecer tal linha de ideias a omissão do clube réu em trazer aos autos a ficha individual e financeira do **sócio** que contribuiu para as despesas sociais na qual necessariamente estariam anotadas as contribuições pelo marido da autora, -- e depois por essa -- efetuadas ao longo de toda sua vida social, de modo a demonstrar que pelo menos em algum momento do passado remoto vertera também ele, **sócio** fundador que subscreveu a ata de fundação do IPC, contribuições como **sócios** de outras classes, repentinamente interrompidas. Tudo isso aliado ao escopo de "aumentar" a cota devida a cada um dos poucos **sócios** remanescentes, com a diminuição dos participantes do rateio, desnuda a falta de cuidado do réu ao excluir sócia sucessora de fundador, já há muito afastada da frequência de suas dependências - das mais tradicionais da Praia de Icaraí, e agora substituída por mais um das centenas de empreendimentos imobiliários que a atual administração municipal não trepida em autorizar, violando a mais não poder, quando pouco, a própria memória da cidade?O preço é caro por demais, e só falta agora erguerem onde hoje ainda sobrevive o Clube de Regatas Icaraí e o Cinema Icaraí - ambos a uma ou duas centenas de metros do hoje demolido IPC --, novos empreendimentos imobiliários, em ordem a satisfazer a sanha despudorada das empresas do setor, e de seus "**sóciosocultos**" que

pouco se preocupam com o já caótico e intransitável tráfego do município, menos ainda com sua memória e - pior que tudo - com o meio ambiente, já em seus estertores e que se constitui em direito de todos, de índole constitucional que não pode se ver assim tão maltratado. Enfatize-se, por fim, que mesmo quando assim não fosse, e devesse a autora algum tipo de contribuição, não poderia ela ser pura e simplesmente excluída dos quadros sociais do réu à própria revelia, isto é, sem que lhe fosse oportunizado o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, ainda quando se acenasse com o disposto no parágrafo 3º do artigo 10, e artigos 33, 34 e 35 do Estatuto Social do réu que, lembre-se, tinha - lamentavelmente, tinha apenas - sua sede em território nacional, sujeitando-se, por isso, às leis e à Constituição vigentes no país, em especial às garantias inscritas no artigo art. 5º, caput, XXII, LIV e LV da Constituição Federal. Recurso provido

Ementário: 24/2011 - N. 6 - 22/06/2011

Precedente Citado : TJRJ AC 2009.001.60010, Rel. Des. Sergio Lucio Cruz, julgada em 27/10/2009, AC 2009.001.34997, Rel. Des. Marcos Alcino Torres, julgada em 17/08/2010 e AC 2008.001.19544, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, julgada em 20/05/2008.

[0008630-54.2007.8.19.0209-](#)

APELACAO

1ª Ementa

DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 17/05/2011 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL

Direito Empresarial. Sociedade em conta de participação. Falta de prova pelo **sócio oculto** do valor pretendido a título de remuneração. Apelação desprovida. 1. É ônus do autor a prova do fato constitutivo de seu direito. 2. No caso vertente, logrou a apelante apenas comprovar a existência da sociedade em conta de participação, não logrando demonstrar o valor que receberia por seu trabalho. 3. Ao contrário, a prova que trouxe aos autos lhe assegurava 30% da renda bruta, o que lhe foi pago. 4. Admite, ainda, que foi sua a iniciativa da rescisão, não tendo, portanto, direito aos lucros cessantes. 5. Por fim, não há ato ilícito praticado pela apelada e tampouco ofensa à dignidade da apelante, não havendo danos morais a serem compensados. 6. Apelação a que se nega provimento.

1ª Ementa

DES. FABIO DUTRA - Julgamento: 07/12/2010 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. SOBREPARTILHA. HAVENDO EVIDÊNCIAS DE QUE A APELANTE CONHECIA A EXISTÊNCIA DA EMPRESA DE QUE O APELADO ERA **SÓCIO**, E QUE SUPOSTAMENTE FORA **OCULTO**, NÃO HÁ DE SE FALAR EM SOBREPARTILHA, AINDA MAIS QUANDO DEMONSTRADO DE FORMA INEQUÍVOCA QUE, À ÉPOCA, AS PARTES TRANSIGIRAM SOBRE OS BENS ENVOLVIDOS. TRANSAÇÃO IMPLICA EM CONCESSÕES RECÍPROCAS. AGRAVO RETIDO REJEITADO. RECURSO DESPROVIDO.

1ª Ementa

DES. ELTON LEME - Julgamento: 25/08/2010 - SEXTA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. TRANSFERÊNCIA DE COTAS. **SÓCIO** DE FATO. INEFICÁCIA. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. Uma vez que o autor não figura nos registros da Jucerja como **sócio** das empresas, é ineficaz o contrato de cessão de cotas por ele subscrito. 2. Na condição de **sóciooculto** de sociedade empresária, deve o autor assumir os ônus de tal situação, não podendo se beneficiar da própria condição irregular para obter vantagens ou onerar excessivamente a parte contrária. 3. Não demonstrado o aventado dano material e o alegado enriquecimento sem causa atribuído ao réu, não há como se falar na obrigação de indenizar. 4. Ausência de conduta ilícita e de ofensa à honra do autor, o que afasta a configuração de dano moral. 5. Desprovidimento do recurso.

[Versão para impressão](#)

0042059-86.2009.8.19.0000 (2009.002.42601) - AGRAVO DE INSTRUMENTO

1ª Ementa

DES. JOSE CARLOS VARANDA - Julgamento: 19/05/2010 - DECIMA CAMARA CIVEL

Execução Por Título Extrajudicial. Pretensão fundada em cheque emitido em 13/02/2004 e aforada em 8/4/2004. Citação da devedora que não se conseguiu alcançar, inobstante várias diligências para tal. Pretendida citação então, de alegado **sóciooculto**. Verificação agora da ocorrência da prescrição do direito em que se funda a pretensão. Reconhecimento de ofício. Extinção da execução.

0050685-94.2009.8.19.0000 (2009.002.38933) - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2ª Ementa

DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 20/04/2010 - TERCEIRA CAMARA CIVEL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. Ação de prestação de contas proposta por ex-sócios de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ao argumento de que ora são **ocultos**, em face de atuais, a quem imputam a obrigação de prestá-las, eis que obrigados a lhes pagar o valor das respectivas cotas e pro labore. Decisão que rejeita preliminares de ilegitimidade ativa ad causam e de falta e interesse de agir, indeferindo, ainda, requisição de declarações de Imposto de Renda dos autores por entender que isso quebraria sigilos bancários e fiscais. Agravo de instrumento, a sustentar, dentre outras, a tese da impossibilidade legal de existência de **sóciooculto**. Pretensão principal de extinção do processo, sem resolução do mérito e alternativa de deferimento da diligência requisitória.1. Não há interesse recursal no que concerne a tema não versado na decisão agravada, no caso, a possibilidade ou não de haver **sóciooculto** em sociedade por cotas de responsabilidade limitada.2. A legitimidade ad causam, como qualquer outra condição do direito de ação, é aferida in abstracto; se os autores afirmam que os réus se obrigaram a lhes pagar pro labore, apesar de não mais serem cotistas, por tal asserção demandantes e demandados têm pertinência subjetiva com a res in iudicium deducta, que é a resistência à prestação de contas por quem deve pagar as remunerações, a qual é obrigação ínsita a esta.3. Abstratamente considerada a espécie, em tais circunstâncias a ação de que têm necessidade os autores é a de prestação de contas, obviamente a adequada a seu desiderato; portanto, há interesse de agir.4. Sendo de evidente utilidade a requisição postulada pelos réus, negá-la implica cerceamento do direito fundamental à ampla defesa; deferi-la, com o cuidado e imprimir ao processo segredo de justiça, resulta da ponderação de interesses que a espécie reclama, evitando o cerceio sem ferir o direito, da mesma natureza, de preservação da vida privada, no qual se inscrevem os sigilos fiscal e bancário.5. Desprovimento da pretensão principal e provimento da alternativa. Unânime.

Versão para impressão

0013459-65.2004.8.19.0021 (2009.001.35265)- APELACAO

1ª Ementa

DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 01/12/2009 - TERCEIRA

CAMARA CIVEL

Consumidor. Compra de veículo. Vícios **ocultos**. Reparos. Existência de falha na documentação, impedindo a transferência junto ao DETRAN-RJ. Despesas. Danos materiais. Danos morais. Desistência de parte dos pedidos. Ação visando rescisão de contrato relativo à aquisição de automotor, tipo utilitário (Kombi, VW), com alteração de combustível (de álcool para gasolina) sem registro no DETRAN-RJ, impedindo a transferência da licença para o nome do consumidor adquirente. Vícios existentes. Despesas. Pedido de reembolso. Cabimento. Acordo extrajudicial, anterior à propositura do processo, sendo dito veículo colocado à venda, por consignação, e emprestado à parte autora, um automóvel, tipo Kadet, marca GM, para ser utilizado até a venda do veículo objeto da ação. Pedido de devolução deste automóvel à ré. Citação negativa. Empresa ré que se muda para lugar incerto e não sabido. Citação por A. R. (Aviso de Recebimento) remetida ao endereço de dois **sócios**. Não recebimento do aviso por estes. Citação por via edital. Contestação pela Curadoria Especial. Complementação da instrução. Audiência. Coleta de prova oral. Pedido do autor, formulado após a audiência, de desistência do pedido de rescisão e permanência apenas do pedido de condenação da ré à realização de transferência da propriedade junto ao DETRAN-RJ, ao reembolso dos danos materiais e do IPVA e aos danos morais. Sentença que julga procedente parcialmente o pedido e decreta a rescisão do contrato e condena a ré ao pagamento ao autor do valor da aquisição do bem objeto daquele contrato, assim como a condena ao pagamento dos danos materiais, mas não aos danos morais, ao fundamento de que a hipótese envolve apenas os aborrecimentos normais decorrentes de descumprimento contratual. Condenação da ré, como sucumbente, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios (10% sobre o valor da condenação). Não é procedente o inconformismo do autor quanto a não apreciação do seu pedido de desistência parcial. Citada a empresa ré, embora de forma editalícia, instaurou-se a instância, após o que é vedada a modificação do pedido. Danos materiais devidos, e estão corretos, fixados conforme o pedido. Danos morais que, entretanto, no caso concreto, também são cabíveis. A situação do autor descambou para um quadro de evidente desconforto, de ansiedade, de angústia, bastando que se atente para o vício que impediu a transferência da licença e uso do bem adquirido, dos defeitos que teve de suportar, da mudança e da não localização da ré, tudo indicando, ainda que de forma indiciária, incapaz de traduzir a recomposição das perdas morais e materiais. Arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), o valor a título de indenização dos danos morais. A autorização de devolução do veículo "emprestado" pelo autor à ré ou a remoção do mesmo para o Depósito Público está em harmonia com a efetividade da jurisdição, seja quanto à rescisão, seja quanto à devolução do preço e reembolso das despesas, pelo que deve ser mantida. Sentença que deve ser mantida quanto ao mais. Recurso a que se dá provimento parcial.

INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão- Data de Julgamento: 01/12/2009

10ª Decisão encontrada na pesquisa de um total de 16

Versão para impressão

0005151-34.2004.8.19.0023 (2007.001.67262)- APELACAO

1ª Ementa

DES. LUIS FELIPE SALOMAO - Julgamento: 25/03/2008 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO OBJETIVANDO RELIGAR LINHA DE TELEFONE DIANTE DE COBRANÇAS EXCESSIVAS, COM CANCELAMENTO DE DÉBITO E NEGATIVAÇÃO INDEVIDA, ALÉM DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA, POIS A QUESTÃO DIZ RESPEITO À FALHA DO SERVIÇO E NÃO VÍCIO **OCULTO**. NO MÉRITO, HÁ COBRANÇAS EXCESSIVAS, CONSTANDO LIGAÇÕES QUE A AUTORA NÃO RECONHECE. INVERTIDO O ÔNUS PROBATÓRIO, RESTOU INCOMPROVADA A LEGITIMIDADE E CORREÇÃO DAS COBRANÇAS. EMPRESA RÉ QUE NÃO OBSERVOU O DEVER DE CUIDADO NO MOMENTO DO DESLIGAMENTO DA LINHA TELEFÔNICA. NEGATIVAÇÃO ABUSIVA DO NOME DA AUTORA, POR PERÍODO SUPERIOR A UM ANO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO FIXADA EM R\$12.000,00 (DOZE MIL REAIS), A FIM DE ATENDER AO PRINCÍPIO DA LÓGICA DO RAZOÁVEL, AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E A CONDIÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DAS PARTES. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO DÉBITO RESTRITA AS LIGAÇÕES NÃO RECONHECIDAS E DEVIDAMENTE RELACIONADAS NOS AUTOS. RELIGAMENTO DA LINHA TELEFÔNICA QUE SE FAZ DEVIDO, CONDICIONADO AO PAGAMENTO DE EVENTUAL DÉBITO REMANESCENTE, NO PRAZO DE QUARENTA E OITO HORAS, SOB PENA DE MULTA NO VALOR DE R\$100,00. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Advogado, Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM

FATURIZAÇÃO “FACTORING”

ROGERIO ALVARO SERRA DE CASTRO

A atividade empresarial de faturização ou “*factoring*”, tem relevante função de apoio a pequenas e médias empresas, propiciando a liquidez de ativos mercantis, a nosso ver, incluídos na norma do artigo 421 do CÓDIGO CIVIL, *in verbis* :

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Acrescente-se que o CC no artigo 425 vislumbra com uma brecha para que os atuais contratos de fomento mercantil ao dispor que:

“É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Não tendo previsão legal específica, está enquadrado na categoria de contratos atípicos, aceito modularmente pela Doutrina e pela Jurisprudência. Conclui-se, pois, que o contrato de faturização ou “*factoring*”, ou fomento mercantil, desde que observe as normas gerais fixadas na LEI SUBSTANTIVA CIVIL é lícito de ser produzido e celebrado entre as partes interessadas.

Diante disso, achamos oportunas a realização de um estudo específica sob o tema e à qual nos detivemos, tendo como fonte principal à

obra de FRAN MARTINS, sob o título "CONTRATOS E OBRIGAÇÕES COMERCIAIS", editada pela Forense, ensejando um trabalho que a partir desta edição passamos a reproduzir em 5 (cinco) partes distintas, distribuídas e nomeadas de:

CONCEITO E OPERACIONALIDADE

Contrato não regulado em lei, em que um comerciante cede a outro seus créditos, na totalidade ou em parte, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração (comissão). O segundo faz a COBRANÇA daqueles créditos; funciona mais ou menos como o desconto bancário.

O contratante é chamado FATURIZADO e o contratado FATURIZADOR ("factor").

Este contrato existe desde a Grécia antiga, quando comerciantes incumbiam a agentes ("factors") a guarda e venda de mercadorias de sua propriedade.

A faturização ou "*factoring*", de um simples contrato de comissão, evoluiu para constituir um contrato em que o "factor", assume a posição de FINANCIADOR DOS COMERCIANTES, adquirindo os seus créditos, mediante o pagamento dos mesmos em épocas aprazadas mas, em regra, antes do vencimento.

A introdução da faturização ou "*factoring*" no Brasil é preconizada como um meio de atender às pequenas e médias empresas, na obtenção de capital de giro, sem as dificuldades do desconto bancário, muitas vezes de difícil acesso aos pequenos comerciantes.

A faturização ou “*factoring*” se apresenta como uma técnica financeira e como uma técnica de gestão comercial. Como técnica financeira, representa um financiamento da empresa faturizada, adquirindo o faturizador os créditos dessa, pagando-lhe e assumindo o risco com a cobrança e o não pagamento das contas, sem ter o direito de regresso contra o faturizador. Como técnica de gestão comercial, nota-se a interferência do faturizador nas operações do faturizado, selecionando os clientes deste, fornecendo-lhe informações sobre o comércio em geral, prestando-lhe, enfim, serviços que, de qualquer modo, diminuem os encargos comuns do vendedor (faturizado).

Distanciando-se do desconto bancário principalmente pelo fato de o faturizador não ter ação regressiva contra o faturizado, assumindo aquele os riscos da não liquidação dos débitos, essa vantagem suplanta a desvantagem de, na faturização ou “*factoring*”, a comissão do faturizador ser, em regra, superior à taxa do desconto bancário.

Tanto faturizador como faturizado podem ser pessoas físicas ou jurídicas, desde que sejam comerciantes. Em regra, entretanto, o faturizador é uma pessoa jurídica.

Quanto ao devedor ou comprador, que é a pessoa que compra do faturizado, esse pode ser uma pessoa física ou jurídica, comerciante ou não. A faturização ou “*factoring*” pressupõe sempre uma venda a prazo, no qual as vendas à vista ficam fora do âmbito desse contrato. Havendo uma cessão de crédito, o comprador será notificado da mesma, devendo efetuar o pagamento em mãos do faturizador.

A faturização ou “*factoring*” pode tomar várias modalidades:

- 1) As operações podem ser realizadas dentro do mesmo país, ou, neste, dentro de uma região: a esse tipo dá-se o nome de faturização interna;
- 2) Pode, entretanto, relacionar-se com operações a serem realizadas fora do país, como em operações de importação e exportação, dando-se a esse tipo de nome faturização exterior. As operações de faturização exterior trazem maiores riscos e maiores encargos para o faturizador, daí a sua comissão, em tal modalidade, ser bastante mais elevada do que na faturização interna. Historicamente, a faturização tem vocação para ser celebrada em operações com o exterior.

O contrato de faturização ou "*factoring*" tem como elementos pessoais o faturizador ("factor"), e o vendedor, também chamado aderente, fornecedor ou faturizado. A essas pessoas se junta uma terceira, que é o comprador do vendedor, dando-se a essa os nomes de comprador, cliente ou devedor.

O contrato se faz entre o faturizador e o faturizado ou vendedor, o comprador sendo necessário apenas porque são os créditos que o vendedor tem contra ele que vão ser cedidos ao faturizador.

Em princípio, a faturização ou "*factoring*", é feita por empresas não bancárias. Nada impede, entretanto, que um banco tenha um setor especial para a faturização, como acontece com alguns, não se compreendendo, entretanto, as operações realizadas nesse setor como operações normais de desconto ou de cobrança. Nada impede, também, que o faturizador negocie

com um banco os créditos que lhe são cedidos pelo faturizado, dando-os em garantia de empréstimos realizados ou mesmo os descontando. Em tal hipótese, o faturizador responde, regressivamente, perante o banco pelos prejuízos por esse havidos na recuperação das dívidas.

O contrato de faturização ou “*factoring*” se forma mediante a simples manifestação da vontade do faturizador e do faturizado. Não requer a forma escrita, se bem que essa seja a usual entre as partes; pode, contudo, ser formado verbalmente, desde que sejam feitas as escriturações em livros de ambas as partes. É, portanto, um contrato simplesmente consensual, havendo, como em todos os contratos, uma proposta e uma aceitação. É um contrato de exclusividade, já que ao faturizado não é permitido manter contatos semelhantes com outros faturizadores.

No contrato de faturização ou “*factoring*”, algumas cláusulas são consideradas essenciais. São estas as relativas:

- a) A exclusividade ou totalidade das contas do faturizado;
- b) A duração do contrato;
- c) A faculdade de escolher o faturizador as contas que deseja garantir, aprovando-as;
- d) A liquidação dos créditos;
- e) A cessão dos créditos ao faturizador;
- f) A assunção dos riscos pelo faturizador;
- g) A remuneração do faturizador.

Outras cláusulas, entretanto, poderão ser ajustadas no contrato, por conveniência das partes. Nenhuma, porém, deve derogar as cláusulas essenciais.

Estabelecido o contrato de faturização ou “*factoring*”, as suas operações começam com a transferência, para o faturizador, de todas as contas do faturizado concernentes aos seus clientes. O faturizador fica, entretanto, com o direito de escolher as contas que deseja garantir, aprovando-as.

Para isso, ele pode verificar, no arquivo do faturizado, tudo o que disser a respeito aos clientes desse para poder escolher. O faturizador tem, necessariamente, o seu próprio arquivo de informações a respeito dos clientes cujas contas lhe vão ser cedidas. A ele cabe, inclusive, orientar o faturizado na escolha dos clientes. Não são, assim, as contas de todos os clientes que serão cedidas pelo faturizado; igualmente, o faturizador pode se responsabilizar por parte das contas de certos clientes, só sobre essas partes incidindo, então, as obrigações contratuais. Pode o faturizado remeter as contas não aprovadas para serem cobradas pelo faturizador, mas nesse caso a cobrança se faz a título de mandato, não respondendo, assim, o faturizador, pela não liquidação por parte do comprador. Os créditos dessas contas são feitos à proporção de seu recebimento.

As contas são remetidas ao faturizador mediante um “*bordereau*” compreendendo a totalidade das mesmas, acompanhado de cópias das faturas emitidas pelo vendedor e mais documentos porventura existentes, versando sobre as mesmas, inclusive títulos de crédito que, nesse caso, serão endossados ao faturizador. A partir da remessa das contas ao faturizador cessam os encargos do faturizado em relação à cobrança dos créditos. Essa será feita pelo faturizador, pois nas faturas consta sempre uma declaração de que a conta foi cedida. O faturizado dá ciência ao devedor dessa cessão, para que esse pague a dívida ao faturizador e não mais ao faturizado ou vendedor.

O pagamento do faturizador ao faturizado é feito quando recebe as contas aprovadas ou na forma convencionada no contrato. Em geral, é aberta uma conta corrente entre faturizador e faturizado, sendo as remessas anotadas nessa conta para uma verificação posterior do saldo exigível. As faturas apresentadas antes do vencimento serão pagas pelo faturizador mediante lançamentos de crédito na conta corrente; as deduções as comissões serão escrituradas como débito.

Naturalmente, as contas-clientes que o faturizado certamente teria em relação aos seus compradores passarão a cargo do faturizador.

O faturizado, em caso de litígio entre o faturizador e o comprador, ou em caso de falência desse, deverá assinar qualquer documento que se fizer necessário para que o faturizador tenha êxito no recebimento das dívidas.

No contrato de faturização ou “*factoring*”, o faturizado faz ao faturizador uma cessão de créditos, a título oneroso, trazendo esse ato todas as suas conseqüências: notificação ao comprador de que houve cessão, para que ele pague o seu débito ao faturizador; direito de o faturizador agir em nome próprio na cobrança das dívidas, etc. Pela cessão de crédito, o cedente se responsabiliza pela existência da dívida no momento da cessão (Código Civil, art. 295); como o faturizador, com a cessão, assume o risco sobre o recebimento, certamente só terá direito de ação contra o faturizado se a dívida cedida estava eivada de vício que a invalidasse, como, por exemplo, se a fatura não se referia a uma venda efetiva.

O faturizador, em virtude da cessão de crédito pelo faturizado, passa a ser o credor do comprador. Para tanto, repita-se, o comprador é devidamente notificado da cessão.

Como credor, o faturizador tem ação, no vencimento e não pagamento da dívida, contra o comprador, podendo empregar todos os meios permitidos em direito para haver o seu crédito. Se o comprador, sendo empresário, incide em falência ou impetra concordata, cabe ao faturizador habilitar-se nos processos respectivos para a defesa de seus direitos. O mesmo ocorre se, não sendo empresário, o devedor tem a insolvência declarada (Código de Processo Civil, arts. 748 e seguintes).

As relações existentes entre o faturizado e o comprador são as relações comuns entre vendedor e comprador. Na realidade, trata-se de uma simples venda a prazo, em que o comprador se obriga a pagar ao vendedor num prazo convencionado.

Antes de chegado o termo, houve a cessão do crédito do faturizado para o faturizador. Notificado dessa cessão, deve o comprador efetuar o pagamento ao cessionário (no caso, o faturizador). Se, entretanto, não foi notificado da cessão, sua obrigação é pagar ao vendedor (Código Civil, art. 290).

Um direito especial que tem o faturizador é o de examinar os livros e papéis do faturizado relativos às transações desses com certos clientes. A esse direito corresponde a obrigação de prestar assistência ao faturizado, no que diz respeito ao fornecimento de informações sobre o comércio em geral e sobre cada cliente em particular. Considerando-se o direito ao manuseio dos livros e documentos um privilégio pessoal e exclusivo dos sócios das empresas, a interferência do faturizador nesse setor se deve à comunhão de interesses que se forma entre ele e o faturizado, no sentido de que o contrato firmado entre ambos tenha o êxito desejado, sem acarretar prejuízo para as partes. Se bem que não seja parte no contrato, o comprador é necessário para a existência desse, pois são os créditos resultantes de vendas a ele feitas que se transferirão ao faturizador. Suas obrigações e seus direitos decorrem, assim, do contrato de compra e venda que fez com o vendedor.

O comprador tem o direito de opor ao cessionário ou ao cedente as exceções que lhe competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão. É o princípio do art. 294 do Código Civil, no caso da faturização, ou “*factoring*”, perfeitamente aplicável.

Vários são os casos em que pode extingir-se o contrato de faturização ou “*factoring*” :

- 1) Sendo constituído por um acordo de vontades, pode extinguir-se também por mútuo acordo;
- 2) Ocorrendo mudança de estado de um dos contratantes;
- 3) Pela decorrência do prazo, (mas, em regra, os contratos trazem uma cláusula de renovação automática ao atingir o seu fim);
- 4) Unilateralmente – em tal caso, deve preceder aviso prévio da parte interessada. Cláusula a esse respeito, em regra, consta do contrato, mas a sua não inserção não afasta o aviso prévio;
- 5) O não cumprimento das obrigações pelas partes. Ocorrendo esse fato, que deve ser comprovado, a parte prejudicada pode pedir a extinção;
- 6) Sendo uma das partes empresário individual, a sua morte provoca a extinção do contrato. Apuram-se então as responsabilidades que serão cumpridas pelos representantes do “de cujus”, dentro da força da herança, na forma da lei.

No caso de extinção, deverão ser liquidadas as operações iniciadas, ainda mesmo que essa liquidação se verifique depois de extinto o contrato.

Na exposição do contrato de faturização ou “*factoring*,” tomamos por base contratos de compra e venda realizados pelo faturizado. Podem, entretanto, ser objeto da faturização ou “*factoring*”, os contratos de prestação de serviços, desde que realizados a prazo, de que nasça um crédito exigível para o prestador de serviços. O contrato versa sobre a transferência de créditos; não sobre a compra e venda propriamente dita. Havendo um crédito cessível pode operar-se a faturização ou “*factoring*” na dependência,

naturalmente, da aceitação do faturizador, pois é inegável que as garantias deste diminuem na prestação de serviços, já que, em se tratando de compra e venda, a coisa vendida lhe serve indiretamente de garantia, o que não ocorre com a prestação de serviços.

Advogado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

rasc@rasc.adv.br