



Índex revista

ISSN 2237-454X

Levi

Ano I - Vol. I - N. ZERO
setembro 2011

EDITORIAL

O lançamento da Revista *ÍndexJur* está centrado na busca de maior visibilidade para ideias, debates e reflexões sobre o direito e a sociedade contemporânea.

As crises instaladas e conhecidas no ensino jurídico e nas instituições judiciárias do país autorizam - mais que isso, exigem - que nos voltemos a pensar e repensar as estratégias e os instrumentos que temos utilizado.

O direito deve servir a seu tempo.

Por isso, usando as facilidades que o meio eletrônico põe à disposição de todos, abrimos nova oportunidade para o amadurecimento de questões práticas ou de fundo, a exposição de dados, a proposição de inovações.

Temos consciência de que manter um periódico especializado é um verdadeiro desafio, dadas as complexidades que envolvem a produção de ideias. Porém, não há pretensão de que a *ÍndexJur* seja uma revista definitiva, terminante, absoluta, categórica, inabalável... Há excelentes publicações jurídicas no mercado.

A proposta da *ÍndexJur* é ser um espaço aberto, flexível, onde novas teses são bem-vindas, desde que comprometidas com a ética do direito e das organizações sociais e, portanto, com a qualidade de vida das pessoas, destinatárias últimas do direito e de nossos esforços de pensá-lo e construí-lo.

Esse o ideal de nosso conselho editorial.

Como todo recém-nascido, a *ÍndexJur* tem uma vida pela frente para aperfeiçoar-se, acolhendo bons estudos.

Como todo recém-nascido, não é possível prever sua trajetória e seu tempo de vida. Nosso desejo é que ela cresça, se fortaleça e se destaque como veículo de divulgação de propostas arrojadas, comprometidas unicamente com a ética, a verdade, a valorização do ser humano, emancipando-se.

Inicialmente, concebida com três seções – Opinião, Doutrina e Participação Discente – a Revista encontrará seu próprio caminho.

O número zero foi elaborado, excepcionalmente, com textos de autoria de alguns dos membros do conselho editorial e convidados. Os números subsequentes obterão material a ser publicado mediante convite e por demanda espontânea, podendo abrigar temáticas específicas ou abertas.

Dra. Wilges Bruscato

Boa leitura!

SUMÁRIO

OPINIÃO

[O PAPEL DO DIREITO NA VIDA HUMANA](#)

[Jacy de Souza Mendonça](#)

[O CONTEÚDO AXIOLÓGICO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA E O INEVITÁVEL RESGATE DA ÉTICA EMPRESARIAL](#)

[Newton De Lucca](#)

[ERA UMA VEZ A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA](#)

[Wilges Bruscato](#)

[CONFUSÕES INICIAIS ACERCA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA](#)

[Wilges Bruscato](#)

DOCTRINA

[A INFELIZ ADOÇÃO DA TEORIA DOS ATOS *ULTRA VIRES* NO DIREITO BRASILEIRO](#)

[Marlon Tomazette](#)

[A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A APLICAÇÃO DIRETA DO INCISO I DO ARTIGO 7º](#)

[Alexandre Coutinho Pagliarini e Cláudia Coutinho Stephan](#)

[TRABALHO VOLUNTÁRIO: FRAUDE E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR](#)

[Volneida Costa](#)

[O FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL](#)

[Ézio Frezza Filho](#)

[RAZÕES HISTÓRICAS DE UM DIREITO PENAL INJUSTO](#)

[Cláudio do Prado Amaral](#)

[O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA](#)

[Bruno Fraga Pistinzi](#)

[AS TRÊS LIMITADAS](#)

[Wilges Bruscato](#)

PARTICIPAÇÃO DISCENTE

[REFLEXÕES SOBRE O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO](#)

[Caio César Esteves Soares](#)

[REFLEXÕES ACERCA DO CHEQUE PÓS-DATADO](#)

[Mario Augusto Quintero Celegatto](#)

OPINIÃO

O PAPEL DO DIREITO NA VIDA HUMANA**Jacy de Souza Mendonça**

Os fins últimos da vida humana estão pré-definidos em nossa natureza. São os valores, que necessariamente buscamos, em uma escala que cada um monta. A concreção desses valores pressupõe a cooperação dos e com os outros, por isso organizamos as sociedades. Entre os valores está o bem em dimensão pessoal (bem moral) ou social (a justiça). Como o valor beleza necessita da obra de arte que a expressa, o valor justiça necessita do Direito Positivo que o especifica e o implanta até pela força. Mas o Direito Positivo só cumpre esse papel quando seu conteúdo for o justo e ele for implantado nos limites dessa justiça.

Este artigo não segue os moldes tradicionais dos trabalhos acadêmicos porque pretende ser apenas o depoimento de quem passou meio século ministrando aulas de Filosofia do Direito, estudando, refletindo, aprendendo com livros, colegas e alunos, e quer documentar o que restou em sua memória, para eventualmente poder ainda ajudar outros.

O primeiro aprendizado irrefutável e repleto de conteúdo significativo é que a existência humana guarda semelhança com uma viagem: parece muito longa quando começa e revela-se muito curta no final; e como acontece em qualquer viagem, vamos aproveitando as paisagens e percebendo aos poucos que todas elas estão imantadas por uma mesma direção, por uma finalidade.

Os fins dessa viagem são perceptíveis á nossa inteligência, embora uns sejam mais evidentes e outros exijam algum esforço interpretativo. Começando por esses últimos, todos nós buscamos as mesmas coisas, ou, dito de outra forma, os mesmos valores da vida: são os bens materiais, a saúde, o bem moral, o belo, o verdadeiro e a santidade. Esta ordem corresponde à cronologia da busca, não a importância dos valores. Cada um de nós monta a sua escala hierárquica de valores: não podemos ignorar nenhum deles, mas podemos dar preferência a um ou alguns em detrimento de outro, ou de outros. Podemos também elevar qualquer um deles aos píncaros extremados de nossa preferência ou reduzi-lo a um quase nada de interesse. Assim nos diferenciamos uns dos outros. Graças à liberdade de nossa vontade, podemos também rejeitar qualquer um deles e optar por sua

negação: pelo inútil, em vez do útil; pelo nocivo, em lugar do saudável; pelo mal, contra o bem; pelo feio e não pelo belo; pelo erro contra a verdade; pelo pecado e não pela santidade. A opção é individual, embora dela decorram consequências.

Outro detalhe importante é que não viajamos sozinhos. Precisamos de ajuda durante a viagem. Precisamos dos outros. Por isso, formamos grupos, sociedades de várias espécies. Cada uma delas tem como objetivo possibilitar ou facilitar o encontro com algum ou alguns desses valores. São sociedades econômicas, esportivas, éticas, científicas, estéticas ou religiosas; ou ainda sociedades mistas, porque têm por meta uma multiplicidade desses valores. Duas delas, em especial, têm como finalidade possibilitar a fruição de todos os valores: são a família e o Estado.

Na realização desses valores de nossa existência, utilizamos então aptidões peculiares à nossa natureza. Em primeiro lugar, nossa razão: a capacidade de apreender intelectualmente a realidade que nos cerca e os fins presentes em sua natureza; em segundo lugar, nossa liberdade: a capacidade de, tendo apreendido um desses valores, optar pelo contrário a ele.

Muitas são as formas de ajuda, destinadas à boa escolha racional dos valores e sua colocação em prática; fundamentalmente, a educação – o desenvolvimento interior. Não podemos ser forçados à opção estética ou religiosa etc., mas podemos receber orientações no sentido de chegar à melhor escolha.

Dentre os valores acima lembrados, consta o *bem*, que pode ser visto sob dimensão individual (o bem moral) ou social (o bem jurídico). Com relação a ele, a ajuda para buscá-lo vem essencialmente da educação, mas é expressa também sob a forma de normas. *Normas* são setas racionais que nos apontam o rumo do bem: conforme o aspecto do bem buscado, são normas morais ou leis jurídicas. Nenhuma delas é inventada por alguém ao seu alvedrio. Todas decorrem da natureza do fim colimado. Assemelham-se às setas do trânsito, pois apontam a direção a seguir se quisermos chegar a determinado local, podendo, não eliminando a possibilidade de rumarmos em outra direção. As normas morais apontam o caminho na direção dos fins últimos de nossa natureza (o bem ético ou moral) – correspondem, portanto, à relação de nossa ação com nossos fins últimos; e as normas jurídicas apontam para os fins naturais da vida enquanto convívio, com a sociedade, orientando a relação de nosso comportamento com eles.

Essas normas de comportamento, originadas da natureza humana, podem ser explicitadas de várias maneiras.

As normas morais são promulgadas pelo grupo familiar, pela sociedade ou pela religião. O grupo familiar é o primeiro a traçar o que pode e o que não pode ser feito. É o processo educacional mais perfeito e mais duradouro. Começa na tenra infância e esgota-se no último dia da existência. Mas o grupo de amigos é também limitador do comportamento que se desvie dos rumos naturais – não tão eficiente quanto o grupo familiar, mas com a possibilidade de perdurar por mais tempo na vida de cada um. O grupo religioso, enfim, tem forte poder de persuasão por ser avalizado pela palavra do Criador, conforme a simbologia do Monte Sinai.

As normas de conduta de natureza jurídica são também, em boa parte, explicitadas já no convívio familiar. As crianças sabem, desde muito cedo, o que é justo e o que é injusto, sem que ninguém as tenha ensinado, sem uma tomada de consciência racional de seu conteúdo, obedientes apenas a certa hipnose resultante do convívio com os pais, irmãos e parentes em geral. Todas as sociedades particulares, na medida em que têm uma finalidade a ser colimada, têm normas específicas – também essencialmente jurídicas –, que constituem seus regimentos ou estatutos; elas devem ser respeitadas e delas os sócios tomam conhecimento espontâneo, pelo simples fato de se integrarem no grupo. A mais eficiente edição das normas jurídicas, no entanto, faz-se pela ação da sociedade ou do Estado. A primeira revela espontaneamente suas normas através do costume – a reiteração da conduta admissível. Em paralelo, alguns de seus membros podem ser selecionados e investidos do poder de promulgar normas – são os legisladores. Estes não são, assim, tão livres quanto por vezes imaginam – nem tudo o que eles querem se transforma em norma jurídica. Pode corresponder à vontade deles, pode até impor-se pela força das armas; tendo, embora, a *forma* de norma jurídica, carecem do conteúdo que a caracteriza se e quando não correspondam efetivamente ao traçado dos caminhos para a realização humana em sociedade.

O cumprimento de todas essas normas é, na maioria das vezes, espontâneo. As pessoas em geral fazem o bem e praticam o justo sem a necessidade de mestres ou de qualquer forma de constrangimento. No que se refere às normas morais, nem há como constrangê-las, pois cada um pode praticar o bem ou o mal até no recôndito de si próprio. O respeito às normas jurídicas, no entanto, pode ser e, a mais das vezes o é, compelido através de medidas de força. Esse é, por sinal, um dos momentos mais difíceis da ação jurídica. A humanidade tenta, sem sucesso, selecionar a modalidade de constrangimento mais ajustada a seus objetivos. A pena de morte praticada pelo membro ofendido (a vingança, o duelo) ou pelo Estado é uma contradição em si mesma, pois, se o que se busca é possibilitar ao homem, em sociedade, sua realização, não faz sentido destruí-lo,

matá-lo. A mutilação não deixa de ser assemelhada à pena de morte, apenas aplicada em doses homeopáticas. Certa época histórica ficou marcada também pela tendência à restrição da liberdade de pensamento imposta aos infratores das regras jurídicas – limitação tão drástica que precisava terminar na cremação viva dos hereges. Na verdade, tanto a restrição ao pensamento quanto a restrição à liberdade (pena de prisão) são modos de destruição indireta da natureza humana que se busca preservar, pois dela retiram alguma de suas maiores riquezas ontológicas: a faculdade de pensar ou a possibilidade de fazer ou não fazer alguma coisa. As consequências econômicas (multas) não têm os defeitos das medidas anteriores, mas são em si mesmo injustas porque ferem mais gravemente quem menos dispõe de recursos econômicos e menos gravemente quem mais dispõe deles, quando o objetivo deveria ser exatamente o inverso. Todo esse insucesso coercitivo torna-se ainda mais evidente quando aquele que dele necessita tem idade inferior a um determinado mínimo ou superior a um máximo, ambos indefiníveis: a partir de quando e até quando deveriam ser adotadas medidas coercitivas no Direito?

Mas é absolutamente indispensável alguma forma de coerção jurídica, tanto em benefício do infrator, para devolvê-lo ao caminho de sua realização quando não tiver condições de fazê-lo por si próprio; quanto como instrumento de segurança da sociedade em que ele vive. Se alguém, por deficiência intelectual ou fraqueza volitiva, desvia-se do rumo essencial à sua natureza, deve ser reconduzido a ele, ainda que pela força, pois esta é a forma de salvá-lo e de preservar a integridade do grupo.

Tudo isso revela quão indispensável é o Direito Positivo, que é o modo natural de revelação concreta do que é justo ou injusto. Da mesma forma como não se pode ignorar a existência de leis morais e jurídicas ínsitas na natureza humana, não é possível dispensar a manifestação objetiva delas, por ser esse o instrumento que possibilita sua realização. Assim como a obra de arte é indispensável à manifestação do belo, a lei é necessária à realização da justiça. Sem ela, é impossível a concreção histórica da justiça. Essa é a razão pela qual, por mais bem intencionados que sejam, fracassam todas as tentativas de julgamento moral, bem como de julgamento jurídico com base exclusiva em leis naturais.

A única sanção efetiva de ordem moral é ontológica, é o empobrecimento essencial do agente. Quem pratica o mal, deixa de ser bom, é menos do que poderia ser; proporcionou uma penetração do nada em seu ser, fracassou ontologicamente. Da mesma forma, a única sanção efetiva de ordem jurídica natural é interior: aquele que comete injustiça é roído pelo remorso, outra forma de

penetração do nada no ser – o agente infrator é menor do que poderia ser. Esta é a verdadeira e efetiva penalidade pelo descumprimento essencial das normas éticas ou jurídicas.

A sociedade necessita, porém, de uma forma de sanção exteriorizada, exemplar, que admoeste o infrator, para que não reincida, e modele o comportamento dos outros, para que não o imitem. Vale dizer: é indispensável o Direito Positivo, que define os comportamentos indesejáveis para a sociedade e dá o traçado das consequências para as eventuais infrações.

Também não basta que a norma positiva seja editada e conhecida por todos, ou pelo menos cognoscível por todos. É necessário que ela seja efetivamente implantada, caso contrário equivalerá apenas a um belo poema, destinado à apreciação. O modo de efetivar essa implantação começa pela fiscalização: o Estado precisa estar atento ao comportamento de seus membros, de modo a poder estimular aquele que se enderece aos fins sociais da vida e desestimular o que deles se desvie. Infelizmente, essa fiscalização ou policiamento é e só pode ser feita por outros membros da mesma sociedade que, muitas vezes, são tentados a transformar esse ato indispensável em procedimento também reprovável. É a corrupção, um delito mais grave do que todos os demais porque praticado exatamente por quem é encarregado de inibi-los. Apesar desse risco, é impossível dispensar o policiamento, sob pena de destruir-se a sociedade.

Nem é suficiente que a norma seja editada e a obediência a ela seja fiscalizada. Faz-se mister ainda que a eventual infração seja apurada e o infrator efetivamente punido. Assim surge a necessidade do processo judiciário, a atuação julgadora de representantes da sociedade, que deve estar garantida por uma carga absoluta de isenção e seriedade. Se tais representantes não cumprirem corretamente a função que lhes é confiada, facilmente poderão cometer injustiças ainda maiores, ou seja, farão exatamente o contrário do que deles se espera. De fato, sob a aparente cobertura de um julgamento regular foram perpetrados até hoje as maiores injustiças registradas na História. Lembrem-se, a propósito, Sócrates e Cristo.

Além da eficiência e isenção dos julgadores, deles exige-se ainda a celeridade. Quanto mais tardia a aplicação da sanção ao infrator, tanto mais ineficiente para ele e para a sociedade. Justiça tardia é injusta. Isso não significa afirmar a possibilidade de descurar-se na avaliação da culpabilidade. O processo judiciário não pode é ser tão lento que deixe de servir a seus objetivos, nem sua celeridade deve ser tal que estimule a superficialidade da análise dos fatos, pois esta é outra fonte de injustiças.

A aplicação de penalidades deve ser sempre precedida de um julgamento isento, rápido e público. Apenar alguém antes de julgá-lo (hipótese que inclui todas as formas de prisão preventiva ou provisória, bem como todas as formas de penalidades administrativas) é abrir novos caminhos às injustiças. É natural que o povo, ciente da prática de uma ilicitude, se ponha imediatamente na condição de juiz e queira a também imediata punição do culpado, até mesmo com pena de morte. Apesar de ser psicologicamente natural e compreensível, essa reação embute, no entanto, um risco gigantesco de injustiças. Pena, só depois da condenação final. Somente em situações ultra-excepcionais, quando houver risco de graves danos à sociedade e ao próprio agente, a prudência pode recomendar a punição ou até o afastamento provisório de alguém do convívio.

Previsão legislativa, fiscalização da obediência a ela, processo e julgamento, efetiva aplicação da sentença são, portanto, condições indispensáveis ao convívio social. Nenhuma dessas providências pode faltar e caso isso ocorra, a sociedade humana regride às proximidades do gregarismo animal.

Não se afasta, porém, o mérito da tolerância com aquele que erra. Ela é, no plano moral, uma virtude, mas, no plano jurídico, é completamente deplorável. Lamentavelmente é isso o que tendem a fazer aqueles que deixam de punir o infrator por ser pessoa importante, colega, amigo, correligionário etc. O benefício que, em tais circunstâncias, concedem ao infrator é grave malefício para ele mesmo, mas precipuamente para o todo social. O perdão, que na ética é gesto virtuoso, no Direito é ilícito porque o exemplo da impunidade multiplica-se em novas e mais frequentes infrações, podendo levar ao caos social. De qualquer forma, contribui para a não realização dos fins sociais da vida e, em última análise, para a não realização dos fins últimos do homem.

O Direito Positivo, desde que editado com respeito ao conteúdo justo, protegido pela fiscalização e o julgamento eficiente e célere, sendo, afinal, efetivamente aplicadas as sentenças, é instrumento adequado e indispensável à realização dos fins humanos; se for, porém, utilizado como mero instrumento de força, de pressão, serve à destruição da sociedade e do próprio homem para cuja realização deveria ser útil.

O CONTEÚDO AXIOLÓGICO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA E O INEVITÁVEL RESGATE DA ÉTICA EMPRESARIAL

Newton De Lucca¹

Em minha mais recente obra intitulada “Da ética geral à ética empresarial”,² pude escrever, de forma panorâmica, sobre o fundamento axiológico da governança corporativa, pondo em relevo, sobretudo, seu conteúdo inevitavelmente ético.

Como epígrafe desse breve capítulo, utilizei-me da seguinte passagem de Durval Noronha Goyos Jr., que ora me permito reproduzir:³ “Os critérios de governança corporativa são valores e padrões éticos que devem permear toda uma sociedade civil, envolvendo, é certo, as companhias, os seus funcionários e demais parceiros, mas também os legisladores, agentes de administração pública, membros do Judiciário, investidores, acionistas e bolsas de valores. A cobrança de tais valores deve igualmente ser feita por todos os agentes da sociedade civil. A observância de tais critérios não somente permitirá que nossa sociedade seja mais justa e eficiente, como também nosso país seja mais competitivo nos mercados internacionais.”

Tais considerações me pareceram extremamente pertinentes pelo fato de elas traduzirem minha crença íntima – e esta terá sido, em última análise, o âmago propriamente dito daquele meu trabalho – de que a empresa poderá servir, efetivamente, para que se empreenda uma verdadeira reviravolta no relativismo ético que tanto parece caracterizar a sociedade contemporânea.

¹ Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Titular pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Coordenador Acadêmico e Científico do Mestrado Europeu em Direito Empresarial da Escola Paulista de Direito em convênio com a Universidade Lusófona de Lisboa. Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito Gvlaw. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação Stricto Sensu da UNINOVE. Desembargador Federal do TRF da 3ª Região. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do Instituto Latino-americano de Derecho Privado.

² Cf. São Paulo: Quartier Latin, 2009, 448 pp.

³ Cf. *Dicionário Jurídico*, São Paulo: Observador Legal, 2003.

Foi o Prof. Fábio Konder Comparato, numa memorável conferência proferida na década de noventa do século passado,⁴ quem se ocupou de mostrar que a empresa se tornara, mercê de seu considerável poder de transformação e da inegável eficácia de sua atuação, o principal “elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”, passando a ocupar, há muito tempo, o próprio cerne do moderno direito mercantil, mais recentemente designado como “direito empresarial”.⁵

Com efeito, conforme mostrado pelo citado professor, “tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as forças armadas — todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa”, para concluir, com inteiro acerto, que “a constelação de valores típica do mundo empresarial — o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios — acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações.”

Perguntei-me, então – e continuo a me perguntar ainda –, se tal constelação do mundo empresarial terminou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações, por que não poderá ocorrer o mesmo com a ética? Não seria mero corolário de um mesmo fenômeno histórico?...

Se partir da empresa a consagração desse valor como absolutamente indispensável ao mundo dos negócios e à convivência em sociedade, como já está ocorrendo em alguns

⁴ Publicada com o título *A reforma da empresa*, in Revista de Direito Mercantil nº. 50, abril-junho/1983, pp. 57 e ss. e, posteriormente, in *Direito Empresarial*, Saraiva, 1990, p.3.

⁵ Reproduzo, neste passo, minha visão sobre o sentido e o alcance de tais expressões. Não existe, a meu ver, perfeita simetria entre os dois conceitos, sob o ponto de vista ontológico. O direito empresarial constitui apenas uma parte – sem dúvida a mais importante delas, mas não a única – do direito comercial ou mercantil, estas duas últimas, sim, expressões que devem ser tomadas como rigorosamente sinônimas. Para a Prof^a. Paula Forgioni, no entanto (*O direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. Tese de Titularidade, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 7, nota de rodapé 1), haveria sinonímia entre as três expressões – direito mercantil, direito comercial e direito empresarial –, pois: “Em todas as fases de sua evolução, esse ramo especial do direito *sempre* disciplinou a atividade dos agentes econômicos encarregados da geração de riqueza, fossem eles chamados mercadores, comerciantes ou empresários. O traço diferenciador dessa área do direito, e que identifica seus protagonistas, *sempre* foi o mercado escopo de lucro.” (grifos da autora) Sob a perspectiva meramente diacrônica – segundo a qual, para alguns, as diferentes denominações justificar-se-iam em razão das *fases* históricas pelas quais tal ramo do direito teria passado – não há como discordar da referida professora. Sob o ponto de vista sincrônico, porém, tais conceitos são inconfundíveis, podendo-se afirmar que existe entre eles uma relação de gênero e espécie, sendo o *direito empresarial* a espécie mais importante do gênero *direito comercial*.

setores da vida empresarial, por que renunciarmos a essa idéia que poderá fazer mudar o curso da história?...

Com efeito, a questão ética já fora sublinhada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC, segundo o qual "o objetivo central do Código Brasileiro de Melhores Práticas de Governança Corporativa é indicar para todos os tipos de empresas (sociedades anônimas de capital aberto ou fechado, limitadas ou sociedades civis) os caminhos a serem seguidos, de modo a permitir melhorar o seu desempenho empresarial e econômico; e viabilizar a obtenção de novos recursos financeiros na forma de capital próprio (*equity*), sendo linhas centrais do Código a transparência, a prestação de contas, a equidade e a ética."

Se uma das linhas centrais do referido Código é a ética, cumpre investigar, evidentemente, o conceito desta última. Ética e moral são conceitos equivalentes?, caberia, antes de tudo, perguntar.

Luc Ferry, Ministro da Educação na França entre os anos de 2002 e 2004 e autor de várias obras de grande repercussão no meio filosófico, a propósito do tema, questiona muito oportunamente: ⁶ "Deve-se dizer 'moral' ou 'ética', e que diferença existe entre os dois termos?" Eis sua resposta, "simples e clara: *a priori*, nenhuma, e você pode utilizá-las indiferentemente", afirmando, em seguida, que: "A palavra 'moral' vem da palavra latina que significa 'costumes', e a palavra 'ética', da palavra grega que também significa costumes", explicando, de forma categórica: "São, pois, sinônimos perfeitos e só diferem pela língua de origem."

Não obstante a sinonímia apontada, acrescenta que "apesar disso, alguns filósofos aproveitaram o fato de que havia dois termos e lhes deram sentidos diferentes. Em Kant, por exemplo, a moral designa o conjunto dos princípios gerais, e a ética, sua aplicação concreta. Outros filósofos ainda concordarão em designar por 'moral' a teoria dos deveres para com os outros, e por 'ética', a doutrina da salvação e da sabedoria. Por que não? Nada impede de se utilizar essas duas palavras dando-lhes sentidos diferentes. Mas nada obriga, porém a fazê-lo e salvo explicação contrária, utilizarei neste livro os dois termos como sinônimos perfeitos." ⁷

⁶ Cf. *Aprender a viver - Filosofia para os novos tempos*, tradução de Vera Lucia dos Reis, Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 31.

⁷ Parece-me oportuno esclarecer que Luc Ferry – indiscutivelmente um grande pensador da atualidade – fez questão de explicar que esse livro, por ele escrito em gozo de férias e resultante de um curso de filosofia que alguns amigos lhe pediram que ministrasse para pais e filhos (e premiado, aliás, com o *Aujourd'hui* 2006), foi elaborado, segundo ele

Que se dizer, então acerca desses dois conceitos: ética e moral? Como relação à segunda, o saudoso jurista Norberto Bobbio pondera: “O conceito de moral” – diz-nos ele –⁸ “é problemático. Não pretendo, certamente, propor uma solução. Posso simplesmente dizer qual é, em minha opinião, o modo mais útil para nos aproximarmos do problema, qual é o modo, também pedagogicamente mais eficaz, para fazer compreender a natureza do problema, dando assim um sentido àquele conceito obscuríssimo, salvo para uma visão religiosa do mundo (mas aqui busco encontrar uma resposta do ponto de vista de uma ética racional), que é habitualmente designado com a expressão ‘consciência moral’. Na verdade, Kant dizia que, juntamente com o céu estrelado, a consciência moral era uma das duas coisas que o deixavam maravilhado; mas a maravilha não só não é uma explicação, mas pode até derivar de uma ilusão e gerar, por sua vez, outras ilusões. O que nós chamamos de ‘consciência moral’, sobretudo em função da grande (para não dizer exclusiva) influência que teve a educação cristã na formação do homem europeu, é algo relacionado com a formação e o crescimento da consciência do estado de sofrimento, de indignação, de penúria, de miséria, ou, mais geralmente, de infelicidade, em que se encontra o homem no mundo, bem como ao sentimento da insuportabilidade de tal estado.”

Parece subsistir entre os autores, pelo menos, certo consenso no sentido de que a moral estabelece normas da conduta humana, não havendo dúvida, igualmente, de que essas normas da conduta humana estabelecidas pela moral são fundamentalmente *éticas*.

Mas como conceituar a ética? Pode-se começar dizendo que ela é parte da filosofia, mas isso não aproveita muito. Também não parece prosperar a opção metodológica conceituada por Hannah Arendt como fenomenologia conceitual ou terminológica. Nem por isso dir-se-á anódina uma investigação a respeito. Assim é que *ética* deriva, etimologicamente, do termo grego *ethos*, que denota o modo habitual de agir, o costume. Também tem o sentido de morada ou lugar onde se habita. E, ainda, possui o sentido de

mesmo conta no Prólogo, “sem recorrer a palavras complicadas, a citações eruditas ou alusões a teorias desconhecidas dos meus ouvintes. À medida que eu avançava na narração da história das idéias, dei-me conta de que não existia nas livrarias um curso equivalente ao que eu estava construindo, bem ou mal, sem o auxílio de minha biblioteca.” O autor fez questão de preservar o estilo coloquial daqueles encontros amigáveis, o que explica a singeleza de suas palavras constantes do texto principal.

⁸ Cf. *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 53/54.

modo de ser ou de caráter. Assim, por derivação matizada, o "ethos é o caráter impresso na alma por hábito", conforme pondera, poeticamente, Adela Cortina.⁹

As lições do Prof. Fábio Konder Comparato¹⁰ acerca da origem do vocábulo são esclarecedoras para que se identifiquem as duas vertentes clássicas da reflexão ética – a subjetiva e a objetiva –, como se pode ver:

"Na língua grega, duas palavras, quase homônimas e com a mesma etimologia – *êthos* (ηθικη) e *ethos* (εθικη) – indicam, a primeira, de um lado, o domicílio de alguém, ou o abrigo dos animais, e de outro, a maneira de ser ou os hábitos de uma pessoa; a segunda, os usos e costumes vigentes numa sociedade e também, secundariamente, os hábitos individuais."

Assim, grafada com *eta*, a palavra *ethos*, num de seus matizes, designa tanto a morada de alguém como dos animais em geral. Trata-se, portanto, em sentido amplo, da morada do homem. Ele habita a Terra, acolhendo-se no abrigo seguro do *ethos* (ê). A ética poderia ser concebida, destarte, por um modo de estar no mundo ou de habitá-lo. Por derivação de sentido, então, *ethos* pode denotar os costumes ou, por maior extensão ainda, o conjunto de normas que regem a conduta humana.

Já com *épsilon*, *ethos* (é) significa, numa primeira acepção, o conjunto das características físicas e psíquicas da pessoa, o seu temperamento e caráter. Também por derivação de sentido, chega-se à idéia de usos e costumes vigentes numa sociedade. Numa segunda acepção, segundo o temperamento e o caráter da pessoa, *ethos* refere-se às ações e paixões humanas ou a algo relativo ao senso moral e à consciência ética individuais.

O mais importante, no entanto, não reside tanto na definição da ética, propriamente dita, mas sim na sua prática cotidiana, além do pleno convencimento que todos nós deveremos ter da sua absoluta indispensabilidade na vida social. Para que se tenha idéia de tal circunstância, nada melhor do que evocar o mito da criação do mundo, segundo uma das versões de Ésquilo. Seja-me permitido recordá-la, tal como já o fiz anteriormente em uma de minhas obras.¹¹

⁹ Cf. *Ética aplicada y democracia radical*, 2ª ed., Madri: Tecnos, 1997, p. 162

¹⁰ Cf. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 96.

¹¹ Cf. *Direito do Consumidor - Teoria Geral da Relação de Consumo*, pp. 479 e ss.

Segundo uma das versões daquele relato mitológico, os deuses do Olimpo haviam encarregado os irmãos, Prometeus e Epimeteus, da criação dos seres vivos sobre a Terra. Filhos do Titã Lápetos e de Têmis, assim repartiram suas tarefas: enquanto o primeiro cuidaria da criação do homem, o segundo distribuiria aos animais as qualidades que deveriam ter. Além disso, Prometeus encarregara-se de verificar o resultado do trabalho de seu irmão. E Prometeus, usando barro, fez o primeiro homem. Epimeteus, a seu turno, distribuiu as qualidades aos animais de sorte a salvaguardar-lhes idêntica possibilidade de sobrevivência. Aos animais dotados de velocidade, faltar-lhes-ia a força. Aos contemplados com esta, minguar-lhes-ia a velocidade, e todos os atributos foram sendo distribuídos de maneira tal que o equilíbrio vital entre todos os animais ficasse preservado. Houvera se consumado, assim, a primeira imprevidência de Epimeteus. Esgotadas todas as qualidades possíveis com os animais irracionais, o que restaria ao homem fazer pela sua sobrevivência? Prometeus, extremamente dotado de ousadia, de pertinácia e disposto a lutar pelos homens, resolveu subir ao Olimpo para tentar subtrair dos deuses os atributos superiores que possuíam. E logrou obter as técnicas da sobrevivência, atribuindo-lhas aos homens. Como se a ousadia já não fosse o bastante, na partilha das vítimas dos sacrifícios oferecidos, Prometeus enganou Zeus, arditosamente, fazendo com que este escolhesse as piores porções para os deuses, ficando as melhores com os homens...

Revoltado, Zeus ordenou a Héfaistos que fizesse uma mulher, também de barro (que se chamou Pandora), com a missão de castigar Prometeus. Enquanto a deusa Atena, filha de Zeus e de Métis, com um sopro transmitia vida a Pandora, a esta eram atribuídos todos os demais encantos pelos outros deuses, derivando daí a significação de seu nome, Pandora, que significa “todos os dons”. Hermes, no entanto, encarregou-se de agregar-lhe a lisonja e a astúcia. Como Prometeus prudentemente previra os problemas que Pandora traria, ela foi enviada a seu irmão Epimeteus — “o que pensa depois” — que não vacilou em aceitá-la. E a famosa “caixinha de Pandora”, com todo o seu cortejo de malefícios, acabou se espalhando entre os homens... Mesmo dotados das técnicas para produzir os meios de sua subsistência, revelaram-se os homens incapazes de conviver harmonicamente entre si, destituídos que eram da arte política.

Segundo consta, Zeus jamais teria perdoado a Prometeus. Fosse por causa desse episódio da atribuição indevida de qualidades aos homens, fosse porque Prometeus, mesmo acorrentado a um rochedo solitário no monte Cáucaso — sofrendo de maneira atroz com uma águia que lhe vinha devorar diariamente o fígado —, recusava-se a revelar o segredo de qual seria o filho de Tétis que poderia representar ameaça ao domínio de Zeus, o fato é que Prometeus terminou despejado num abismo, juntamente com as Oceanides, que resolveram reconfortá-lo e compartilhar de seu destino.

Da trilogia de Ésquilo, efetivamente, muita coisa se perdeu. Há fragmentos de uma das peças em que, no início de uma cena, aparece Prometeus voltando a ver a luz, passados trinta mil anos.

Quanto ao destino da espécie humana, porém – e é este o ponto que mais importa para a reflexão ética –, consta que Zeus se compadeceu da aflitiva situação de guerra vivida pelos homens e, temendo pela sua sobrevivência, resolve enviar Hermes, na qualidade de seu mensageiro pessoal, com o propósito de atribuir aos seres humanos os sentimentos de justiça e de dignidade pessoal, sem os quais torna-se praticamente impossível a subsistência de uma civilização, daqui se originando a provável significação do que hoje se denomina *Hermenêutica*.

Antes de partir para sua missão, Hermes interrogou Zeus se deveria atribuir aos homens o dom da arte política na mesma proporção em que houvera sido a eles distribuída, anteriormente, a habilidade técnica, isto é, se bastaria que um grupo deles fosse aquinhado com o dom a ser utilizado em benefício de toda a coletividade. Peremptório teria sido Zeus em sua resposta: todos os homens deveriam conhecer e ser instruídos na arte política — e não apenas alguns deles — sob pena de, à míngua da necessária concórdia e harmonia entre eles, ocorrer a própria extinção da raça humana. Ainda mais do que isso, preconizou Zeus: Hermes deveria instituir a pena de morte para aqueles que não soubessem praticar a arte de governar, comparando-os a uma espécie de doença infecciosa de toda a coletividade.

Pode-se dizer, enfim, que essa *arte de governar*¹² a que faz referência o relato significa, fundamentalmente, o respeito pelos outros e a crença na dignidade transcendente

¹² Convém frisar que *política*, no sentido aristoteliano dessa palavra, denota sentido diverso do atual. Sabe-se que, na filosofia moderna, faz-se distinção – ou, até mesmo, verdadeira oposição – entre as motivações que regem a ação do indivíduo, isoladamente considerado, e esse mesmo indivíduo em sua interação com os propósitos da sociedade

da pessoa humana. Zeus estava, afinal, absolutamente certo: a espécie humana sempre correu sério risco de extinção quando esse respeito pelos outros terá deixado de existir ao longo da história da humanidade...

Transportando-se tal lição para a vida social e, particularmente, para o âmbito da atividade empresarial, percebe-se a importância da ética e da governança corporativa na sociedade contemporânea. Sem elas, efetivamente, torna-se impossível uma convivência sadia entre todos aqueles que interagem no mercado.

Luiz Ferreira Xavier Borges e Carlos Fernando De Barros Serrão assinalam, com extrema propriedade, que o instituto da governança corporativa vem se tornando, progressivamente, numa preocupação geral. Dizem eles, em oportuno artigo,¹³ que: “Nos últimos anos, governança corporativa tornou-se preocupação central para empresas, investidores, órgãos reguladores e governo. Isso pode ser sentido em várias iniciativas, como o Novo Código Civil, a alteração da Lei das Sociedades Anônimas, a Lei de Recuperação de Empresas, a criação do Novo Mercado, os poderes atualmente atribuídos à CVM (que passou a ter status de agência reguladora com autoridade administrativa independente, com autonomia financeira e orçamentária e dirigentes com mandato fixo de cinco anos), a Lei de Parceria Público-Privada e a adesão voluntária de algumas empresas. Algumas iniciativas de empresas têm mostrado a crescente preocupação com o alcance do maior alinhamento de interesses possível.”

Resta saber, no entanto, até que ponto é possível falar-se na possibilidade efetiva de uma ética *do* mercado ou *para* o mercado...

Seja-me permitido esclarecer, antes de tudo, o sentido e o alcance da utilização, seja da expressão *ética empresarial*, seja da *ética do mercado*. É certo que elas constituem evidente antropomorfismo, de uso recorrente entre nós. Rigorosamente falando, no entanto, é claro que não seria próprio aludir-se à *ética empresarial* ou à *ética da empresa*, ou, ainda, à *ética do mercado*, pois somente os homens possuem consciência moral e não as instituições por eles constituídas. As exigências éticas decorrem dessa consciência moral própria e exclusiva do homem e não, evidentemente, de entidades dela destituídas. Mas tornou-se

política, estabelecidos segundo outras motivações. Em Aristóteles, contudo, passava-se, sem solução de continuidade, da Ética individual à Ética Política, ambas sob o nome genérico de *politike* ou ciência política.

¹³ Cf. *Aspectos De Governança Corporativa Moderna no Brasil*, in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 12, nº. 24, dezembro de 2005, p. 129.

corriqueiro o emprego da expressão *ética empresarial* ou *ética do mercado* com o propósito de designar, no caso da primeira, aquele comportamento da empresa caracterizado não apenas por um agir de acordo com os princípios morais prevaletentes, mas, indo um pouco além, por um agir em prol do bem estar de toda a coletividade no âmbito da qual essa atividade empresarial se insere. E, no caso da segunda, também por um agir de acordo com os princípios morais prevaletentes, mas não por parte de uma empresa, isoladamente considerada, e sim pelo conjunto de todos os agentes econômicos que interagem no mercado.

É inegável, portanto, que só os homens possuem consciência moral, não a possuindo, evidentemente, as instituições por eles constituídas. Conseqüentemente, a alusão à *ética empresarial* – ou mesmo à *ética do mercado* – tem natureza claramente antropomórfica, sem nenhum rigor científico, já que as exigências éticas decorrem exclusivamente da consciência moral própria do ser humano.

Mas, dentro dessa nova perspectiva que nos é trazida pela realidade do mercado – um *locus artificialis* e não *locus naturalis*, na feliz expressão de Natalino Irti,¹⁴ à qual aderiu o Professor e Ministro Eros Roberto Grau –, sobretudo após os estudos dos autores italianos¹⁵ e, mais recentemente, também dos autores nacionais sobre a matéria, não seria

¹⁴ Cf. *L'ordine giuridica del mercato*, Roma: Laterza, 2ª ed., 2003.

¹⁵ Além do já citado Natalino Irti, Professor da Universidade de Roma “La Sapienza”, podem ser igualmente mencionados, entre outros, os nomes de Vincenzo Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Nápoles: Scientifiche Italiane, 2006; Giovanni Caravali, *Mercato – economia política*, verbete *Mercato - economia política*, *Novíssimo Digesto Italiano*, volume X; Mario Libertini, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, dirigido por Francesco Galgano – vols. III, Cedam, Pádua, 1979; Raffaella Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Pádua, 1994; Vittorio Ottaviano, *La regolazione del mercato – I principi costituzionali*; e, ainda, Maria Rosaria Ferrarese, *Diritto e mercato*, Turim, Ed. Giappichelli, 1992. Entre os nacionais, além da recentíssima obra, já citada, da Profª Paula Forgioni (*O direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, tese com a qual conquistou a titularidade da cadeira de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quadra mencionar, exemplificativamente, os Professores Calixto Salomão Filho e Eros Roberto Grau, o primeiro com o livro *Condutas tendentes à dominação dos mercados: análise jurídica*, tese com a qual conquistou a titularidade da cadeira de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2001), além de, em conjunto com o Prof. Fábio Konder Comparato, na clássica obra *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição, 2005, ter se dedicado especialmente ao tema, conforme se pode ver pelo Capítulo V da mencionada obra, intitulado *Controle e Abuso de Poder Econômico nos Mercados*, pp. 523 a 562; o segundo, com vários livros já considerados clássicos na literatura jurídica nacional, v.g., *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006; *Elementos de direito econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981 e *O direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 2003, para ficar apenas em alguns deles.

desarrazoado afirmar-se que o mercado pode estar se comportando de uma forma ética ou não ética, já que, como ensina a Prof^a. Paula Forgioni:¹⁶

“Referimo-nos ao mercado como sujeito. Apresenta-se anônimo e independente da ‘vontade’ de alguém, mas assume marcante personalidade, a ponto de ser referido não apenas como pessoa, mas, às vezes, como deus, cuja vontade é impossível contrariar. Alguns o vêem no preâmbulo de nossa Constituição, outros restam embevecidos com a ‘mágica do mercado’. Ele acorda ‘nervoso’ ou ‘tranquilo’, ‘reage bem’ à declaração do presidente, ‘comemora’ a eleição de ‘seu’ candidato[o mercado tem seus candidatos!]. Existe entre nós como um ‘grande irmão’, que tudo sabe e a tudo reage. Moinho satânico, tritura nossos valores e afeições.”

E, ainda, há uma frase de Octavio Paz, que sempre gosto de repetir: “O mercado sabe tudo sobre preços e nada sobre valores”. A atividade empresarial já deu provas inequívocas de sua capacidade de transformação do mundo e de condução dos destinos da humanidade. É tempo de repensar para onde caminharemos todos se ela não souber resgatar tudo aquilo que a sabedoria clássica tão superiormente nos legou...

¹⁶ *O direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, tese com a qual conquistou a titularidade da cadeira de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 203.

ERA UMA VEZ A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

WILGES BRUSCATO¹

Finalmente, o Brasil dá um passo rumo ao último degrau da limitação da responsabilidade: permitir a preservação do patrimônio pessoal de alguém que explore uma atividade empresarial de modo individual. Inegável a importância dessa possibilidade.

A lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, acresce o inciso VI ao artigo 44 do Código Civil para dar origem a uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado: a *empresa* individual de responsabilidade limitada, que passará a existir depois do período de 180 dias de *vacatio legis*.

A matéria era aguardada há muito tempo entre nós. Já em 1943, Trajano de Miranda Valverde levantava a questão em artigo publicado na Revista Forense, tratando do que denominou de *estabelecimento autônomo*, o que deu ensejo a apresentação de um projeto de lei sobre o assunto, em 1947, pelo deputado Fausto de Freitas e Castro. Em 1950, foi marcante a realização do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre, em 1950, no qual houve amplo debate sobre o tema, em especial, em torno do trabalho do Prof. Antônio Martins Filho. Em 1956, Sylvio Marcondes Machado publica o seu *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*. Em 1977, Romano Cristiano traz *A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica*. Em 1995, vem a *Sociedade Unipessoal*, de Calixto Salomão Filho e em 1996, *Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais*, de Edson Isfer, entre outros. No entanto, infelizmente, a lei não se utilizou de boa técnica, em nosso sentir.

O parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, cuja relatoria coube ao senador Francisco Dornelles, considerou a redação adequada. Contudo, há diversas impropriedades indesejáveis, que poderiam facilmente ter sido corrigidas. Tudo se deve, ao que parece, à falta de clareza da proposição, cuja análise técnica posterior não supriu. A justificativa do deputado Marcos Pontes para a proposição do projeto se inicia com a seguinte manifestação: “(...) tem o objetivo de instituir legalmente a ‘Sociedade Unipessoal’, também conhecida e tratada na doutrina como ‘Empresa individual de Responsabilidade Limitada’ (...)” Ora, qualquer estudioso da matéria sabe

¹ Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCCAMP, mestra em Direito Empresarial pela UNIMEP, doutora em Direito Comercial pela PUCSP, professora adjunta da PUCMINAS, autora de “Manual de Direito Empresarial Brasileiro (Saraiva, 2011), Advogada.

que há grande diferença entre a técnica da sociedade unipessoal e a da personalização da empresa. O resultado final que se espera – a preservação do patrimônio pessoal do agente econômico – pode ser atingido por ambas as formas; nenhuma das duas, no entanto, a mais acertada. Mas, não se toma uma pela outra. E se a proposição já trazia tamanho equívoco, que não foi levantado ao longo da tramitação pelos parlamentares encarregados de sua análise, o resultado final não poderia ser diverso.

Com a lei aprovada, o resultado da preservação dos bens do empresário se dá em virtude da *separação patrimonial*, obtida pela personalização da *empresa*: se a empresa é uma pessoa, distinta da pessoa de seu titular, por óbvio, a responsabilidade não se comunica. Na verdade, a responsabilidade da *empresa individual é ilimitada*: todo o seu patrimônio poderá ser consumido para honrar as obrigações por ela assumidas. Não se chega aos bens do empresário porque o *empresário* não assumiu obrigações. E se não assumiu obrigações, não pode ser chamado a cumpri-las, pois, em nosso sistema, a responsabilidade é pessoal, exceto nos casos previstos em lei, como, p.e., nos constantes do artigo 932 do Código Civil.

Essa falta de clareza a respeito das técnicas jurídicas fez com que o texto final contivesse impropriedades como *capital social*, *firma* ou *denominação social*, outra *modalidade societária*, *patrimônio social* ou a previsão da utilização suplementar da legislação aplicável às sociedades limitadas.

A nova lei *não criou um novo tipo de sociedade* – sociedade unipessoal. *Não há sociedade*. Se assim fosse, seria desnecessária a inserção do inciso VI ao artigo 44, já mencionado, em virtude de já existir a previsão das sociedades como pessoa jurídica de direito privado no inciso II do mesmo artigo.

A favor do deputado Marcos Pontes, além de louvar-lhe a iniciativa, no entanto, é preciso que se registre que existe generalizada confusão, *mesmo nos meios jurídicos mais autorizados*, sobre os termos *empresa*, *sociedade*, *empresário*, *firma*, *estabelecimento*...

O sujeito de direito sempre foi, entre nós, o empresário ou a sociedade empresária, conforme a exploração da atividade se desse de modo individual ou coletivo, respectivamente. A *empresa*, ou seja, a *atividade empresarial*, por sua vez, sempre foi objeto de direito. Daí havermos proposto com todas as minúcias, já há alguns anos (Empresário Individual de Responsabilidade Limitada, Quartier Latin, 2005), a possibilidade franca da limitação da responsabilidade do

empresário individual, através da constituição de um patrimônio especial, nos moldes do patrimônio de afetação, sem necessidade de elaborações fantasiosas, como personalizar a atividade.

Além da modificação no artigo 44 do diploma civil, a lei cria um novo Título no Livro II do código: o Título I-A (Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), inserindo o artigo 980-A, com seis parágrafos, a disciplinar a nova figura.

Assim, ela poderá ser constituída por uma única pessoa – a qual a lei omite adjetivação, se natural, se jurídica ou ambas. Dessa forma, por uma interpretação gramatical, poderia haver o entendimento de que as pessoas jurídicas também poderiam constituir a EIRELI. No entanto, a mera interpretação gramatical não se recomenda. A *mens legis*, à sociedade, se dirige ao empresário individual, como historicamente se defende. Além do mais, completa a desnecessidade de adoção de EIRELI pela sociedade empresária, já que esta é a única exceção legal de *constituição* originária de sociedade unipessoal no Brasil, nos termos do artigo 251 da lei nº 6.404/76.

Para a constituição da EIRELI, a lei faz duas exigências: que o capital esteja completamente integralizado e que ele não seja inferior a cem vezes o maior salário-mínimo vigente no país, hoje, na ordem de R\$ 54.500,00 (estão fora os nanoempresários!). Alguns entendem que tais exigências vieram para coibir a fraude e a má-fé, embora nenhum registro disso na proposição ou no parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Ainda bem, porque lei que é estruturada partindo da má-fé do cidadão é lei defeituosa. Não que todos sejamos anjos de candura... mas a lei tem que partir sempre da boa-fé (que nos ouçam os legisladores tributaristas!). De outra forma, especialmente em relação ao empresário nacional, é confirmar o sentir do Prof. Gladson Mamede: o empresário é visto como “um delinqüente em potencial, bandido que se aproveitará de qualquer chance para praticar atos ilícitos”; ou, como diagnostica nosso estimado Prof. Jacy de Souza Mendonça: “um ser desprezível, presumidamente desonesto.”

Por isso mesmo, tais exigências, em boa medida, nos parecem inconstitucionais, vez que não há, a não ser por exceção, qualquer determinação nesse sentido para o empresário individual e as sociedades empresárias. Nada autoriza exigir-se a integralização completa e o mínimo de capital para a constituição da EIRELI se não se fazem tais exigências, em regra, nos demais casos.

O fato de não ser possível titularizar mais de uma EIRELI, ao contrário, nenhuma estranheza causa. Se a nova possibilidade se volta às necessidades do empresário individual, é natural que só exista um empresário individual – mais que isso é configurar a situação há muito levantada pelo

Prof. Waldírio Bulgarelli, da *esquizofrenia jurídica*. Novamente se percebe a falta de clareza do projeto, que aqui insere um elemento característico do empresário individual. Em outros países, de técnica semelhante, como em Portugal, p.e., – que tem o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada – se dá o mesmo. Polêmicas que advenham em relação a tal limitação poderiam ter sido evitadas limitando-se a responsabilidade do empresário, com o patrimônio especial.

Outro sinal de que o projeto embaralhou três técnicas distintas – personalização da empresa, que não constava originalmente da minuta do anteprojeto, ao que pudemos apurar junto ao Prof. Paulo Leonardo, a sociedade unipessoal e o empresário individual de responsabilidade limitada – é que a lei permite que seja recebida remuneração em virtude da cessão de direitos de personalidade de pessoal natural, como sua imagem, voz, autoria, o que, por certo, se refere à pessoa do empresário, vinculados a sua profissão e não à pessoa jurídica recém-criada, por óbvio.

A permissão da lei para que o empresário opte por firma ou denominação também é salutar. Essa foi, aliás, a nossa recomendação quando tratamos do assunto. Perceba-se que a denominação só é empregada como nome de sociedades anônimas e, por faculdade, de sociedades limitadas – posto que a sociedade em comandita por ações está em desuso entre nós. E o que há de comum entre a anônima e a limitada é o regime de responsabilidade dos sócios. O que a nova figura legal, ainda que de modo indireto, também apresenta.

Duas previsões constantes do parágrafo quarto do artigo 980-A, me chamaram a atenção: a primeira a respeito da extensão da limitação da responsabilidade do titular, pois no texto estava que somente o patrimônio social da empresa responderia pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, “não se confundindo *em qualquer situação* com o patrimônio da pessoa natural que a constitui”. Ora, as exceções à limitação da responsabilidade – responsabilização e desconsideração da personalidade jurídica - existem para aperfeiçoar a limitação, é certo. Desse modo, ainda que se trate de regramento especial, nada autorizaria a completa e absoluta exclusão da responsabilidade do titular. Nem o direito à vida é absoluto! Assim, deveriam ser normalmente aplicadas as exceções da responsabilização e da desconsideração à EIRELI.

A segunda, igualmente inquietante, mencionava, quase despercebidamente, que o titular deveria entregar ao *órgão competente* uma declaração anual de *bens*. Que misteriosa declaração seria essa? A ser oferecida a que órgão? Perceba-se que não se trata da declaração anual de renda. Antevi complexidades desnecessárias, burocracia e custos...

Felizmente, o referido parágrafo foi vetado em sua íntegra, sem nenhum prejuízo ao resultado pretendido. E aqui está a maior prova de que a responsabilidade da EIRELI é ilimitada e que a proteção ao patrimônio de seu titular, o empresário, se dá por via da separação patrimonial, efeito da personalização da atividade e não em razão da limitação de sua responsabilidade, ainda que de outra forma faça crer o nome adotado.

Como não se trata de sociedade unipessoal, é flagrante o inconveniente da utilização supletiva das regras da sociedade limitada à EIRELI, embora de aplicação restrita. Revela o simplismo com que foi tratado o assunto.

O último dispositivo alterado no Código Civil é o parágrafo único do artigo 1.033, que trata da dissolução de sociedades, para acrescentar à exceção da dissolução pela superveniência da unipessoalidade, o caso do sócio remanescente que requeira a transformação da sociedade em EIRELI.

Num contexto de mais de noventa e oito por cento de micro e pequenas empresas e alto índice de iniciativas irregulares, agora resta torcer para que as regras regulamentadoras que certamente virão não embarquem, desnecessariamente, a figura adotada, para que todos vivam felizes para sempre...

CONFUSÕES INICIAIS ACERCA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

WILGES BRUSCATO¹

A recém-criada figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, provoca debate, como é natural e desejável.

Todavia, nessa análise é necessário manter a fidelidade aos postulados da essência do direito de empresa, evitando confusões.

A primeira confusão diz respeito, evidentemente, à natureza jurídica da figura: ela é criação *sui generis* no direito brasileiro. Assim, não há que se falar que a EIRELI seja *sociedade*, nem mesmo *unipessoal*.

Sobre a unipessoalidade – opondo-se à pluripessoalidade essencial das sociedades – não há dúvida: basta a vontade de *uma* pessoa para a sua criação. Mas de sociedade não se trata – embora assim pudesse ter sido elaborada legislativamente – por opção do legislador, também ele confuso, como demonstra a justificativa do projeto da lei e conforme já tivemos oportunidade de comentar.

Perceba-se que a lei nº 12.441/2011 introduziu um novo inciso - o VI - no artigo 44 do Código Civil, para acrescer às pessoas jurídicas de direito privado a *empresa* individual de responsabilidade limitada. Se se tratasse de sociedade unipessoal, como vem sendo confundida, não haveria necessidade de acréscimo do inciso, pois a novidade estaria coberta pelo inciso II.

Daí porque não encontra a necessária precisão técnica referir-se ao titular da EIRELI como *sócio*, pois, repita-se, de sociedade não se trata... Por isso, também, não será necessário contrato *social*, nem órgãos societários, não há fracionamento do capital em quotas, não há que se falar em deliberações sociais... valerá a vontade do seu único titular.

Tais confusões decorrem da deficiente e equivocada redação da própria lei, que usa o adjetivo *social* em alguns dispositivos.

Aqui, um parêntese: curioso como pode uma lei, fruto de minuta de anteprojeto, que se torna anteprojeto, que se torna projeto, que é analisado por várias comissões – entre elas a de

¹ Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCCAMP, mestra em Direito Empresarial pela UNIMEP, doutora em Direito Comercial pela PUCSP, professora adjunta da PUCMINAS, autora de “Manual de Direito Empresarial Brasileiro (Saraiva, 2011), Advogada.

Constituição e Justiça -, ouvindo-se especialistas, debatido por centenas de pessoas para esse fim eleitas e remuneradas, contando com assessorias especializadas, ser aprovada com impropriedades básicas. É um fenômeno, de fato, intrigante: as sucessivas etapas de análise não são suficientes para detectar as imprecisões mais aparentes...

Ainda contribui com a confusão básica o fato da lei ter feito remessa à aplicação subsidiária das regras previstas à sociedade limitada à EIRELI, feita no parágrafo 6º do artigo 980-A, acirrando a barafunda. Mas é preciso atentar para a ressalva legislativa contida no dispositivo em questão: “no que couber”. Assim, tudo que está previsto para a sociedade limitada que esteja ligado à sua *essência* social, não vai ser usado na EIRELI, posto que sua essência é de empresário individual. Portanto, em caso de dúvida, é à teoria geral do empresário individual que deve recorrer o intérprete.

Sobre a questão da exigência do capital mínimo, já nos manifestamos por sua inconstitucionalidade, pois idêntica exigência não é feita para a constituição de sociedades e nem para a inscrição do empresário individual no país.

Portugal, de fato, exige um mínimo. Mas, a regra é geral. E hoje esse mínimo pode ser de um euro.

O tratamento não-isonômico é de não prevalecer.

Sobre o fato da vinculação ao salário-mínimo, nem nos animamos a fazer qualquer registro: embora a vedação constitucional da parte final do inciso IV do artigo 7º, tantas são as previsões legais que fazem tal uso, que a ninguém incomoda invalidar... na verdade, é a opção pelo mais fácil.

De qualquer forma, se não fosse inconstitucional, a limitação da responsabilidade estaria vinculada ao capital fixado *estaticamente* na declaração de inscrição da *empresa* na Junta, como sempre, independentemente, do momento em que ocorra a verificação da dívida.

Alega-se que a determinação do capital mínimo é inócua, na prática, tendo em vista que não há acompanhamento de sua integralização por parte da Junta Comercial. De fato, à Junta cabe a análise formal da documentação apresentada e não material. Tal exigência não há de ser feita à EIRELI, se não é feita aos demais modos de exercício da atividade empresarial, não se justificando. A lei assim posta partiria da má-fé do titular da empresa, o que não é aceitável. A exigência de capital mínimo, no contexto em questão, já é injustificável, pelo mesmo princípio. Mais ainda o seria a ordem de comprovação de sua integralização, por mais autorizados que sejam os posicionamentos contrários.

Contudo, a previsão não é inócua, na prática, tendo em vista que, na ocorrência de insolvência da EIRELI, sendo-lhe decretada a falência, apurando-se que a integralização não foi efetiva, o titular deverá responder com seu patrimônio pessoal pelo montante que deixou de ser integralizado. Assim funciona a limitação da responsabilidade.

E vamos aguardar, acompanhando a evolução do debate.

DOUTRINA

A INFELIZ ADOÇÃO DA TEORIA DOS ATOS *ULTRA VIRES* NO DIREITO BRASILEIRO

Marlon Tomazette¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2- A ADMINISTRAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS. 3- A VINCULAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS PERANTE TERCEIROS. 4- A TEORIA DOS ATOS *ULTRA VIRES*. 5- A TEORIA DOS ATOS *ULTRA VIRES* E AS SOCIEDADES SIMPLES. 6- A SOCIEDADE ANÔNIMA E OS ATOS *ULTRA VIRES*. 7- A SOCIEDADE LIMITADA E OS ATOS *ULTRA VIRES*. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: As sociedades personificadas são caracterizadas por um fim coletivo (o exercício da atividade econômica) e uma vontade coletiva dirigida a consecução de tal finalidade. Todavia, tais entes não possuem existência concreta, não podendo por conseguinte manifestar sua vontade exteriormente de per si, necessitando da intermediação de órgãos para tanto. Assim, a vontade das sociedades deve ser concretizada por meio de seus órgãos, que são denominados de administradores. São estes que na maioria dos casos praticam os atos pela sociedade. Todavia, nem sempre esses administradores agem dentro de seus poderes, surgindo a discussão se nesse caso o ato poderá ser imputado à sociedade ou apenas aos administradores. Neste particular, ganha especial relevância a chamada teoria dos atos *ultra vires* que trata da vinculação da sociedade por atos praticados pelos administradores.

Palavras-chave: Direito societário – Administradores – *Ultra vires*.

ABSTRACT: The societies are characterized by a personified collective order (the exercise of economic activity) and a collective will aimed at achieving this goal. However, such entities do not have concrete existence, therefore cannot outwardly express their will in itself, requiring the intermediation of organs to do so. Thus, the willingness of companies shall be realized through their organs, which are called administrators. These are in most cases the acts practiced by society. However, these administrators do not always act within their powers, arising from the discussion in this case the act may be imputed to the company or only to administrators. In particular, is of particular relevance to so-called *ultra vires* doctrine dealing with the bonding company for the acts performed by administrators.

Keywords: Corporate law – administrators – *ultra vires*

INTRODUÇÃO

As atividades econômicas em geral não são desenvolvidas apenas pelas pessoas físicas isoladamente, porquanto nem sempre é possível que elas sozinhas exerçam a atividade pretendida. Em muitos casos é necessária a combinação de esforços ou recursos de pessoas para que a atividade pretendida seja exercida da melhor maneira. Em outras palavras, é extremamente frequente a união de pessoas em sociedades para o exercício de atividades econômicas.

¹ Mestre e Doutorando em Direito, Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Procurador do Distrito Federal e Advogado.

Com a expansão das atividades econômicas, o número de sociedades é cada vez maior e, inevitavelmente, aumentam os conflitos societários tanto na órbita interna da sociedade, quanto perante terceiros, sendo que neste último aspecto destaca-se a atuação dos administradores das sociedades. Estes, geralmente são pessoas físicas, as quais têm suas vicissitudes, dando origem a problemas sobre a imputação dos seus atos à sociedade, nem sempre mantendo-se nos limites dos seus poderes. Nestes casos, discute-se se a sociedade deve responder ou não pelos atos praticados pelos administradores, surgindo a teoria dos atos *ultra vires* como objeto principal de análise do presente trabalho.

Para estudar tal teoria, é essencial analisar em primeiro lugar a ideia geral da atuação concreta das pessoas jurídicas e as relações estabelecidas entre as pessoas jurídicas e seus administradores. A partir dessa definição, devem ser exposta a teoria dos atos *ultra vires* na sua origem e sua atual análise pela doutrina e pela legislação comparada. Assim, será possível fazer uma análise crítica da situação na legislação pátria.

1- A ADMINISTRAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

A ausência de substrato concreto das pessoas jurídicas torna imprescindível a intermediação de um órgão, para a exteriorização da vontade social, bem como para a administração da sociedade no âmbito interno. “É evidente que uma pessoa moral não pode obrar por si mesma, sendo necessário que se exteriorize por mecanismos, por órgãos, sem os quais seria como se não existisse”².

Tal órgão, todavia, não é um representante, no sentido técnico, da pessoa jurídica, conquanto seja essa a terminologia usada na linguagem corriqueira. Não se pode falar em representação legal ou convencional, seja porque a pessoa jurídica não é incapaz, seja porque a função do órgão é essencial à própria vida da sociedade, seja porque não há relação de subordinação, não se podendo falar em mandato. Tanto não se trata de mandato, que se aplicam à atividade dos administradores, apenas supletivamente e não diretamente, as normas sobre o mandato³ (art. 1.011 § 2º do Código Civil de 2002).

Quando o órgão age, quem age é a pessoa jurídica, por meio do órgão se faz presente a vontade da pessoa jurídica, daí se falar que o órgão é o representante⁴ da pessoa jurídica, e não seu representante. O Professor Rubens Requião lança mão de uma analogia extremamente clara na definição de tal natureza, ao afirmar que “o órgão executa a vontade da pessoa jurídica, assim como o braço, a mão, a boca executam a da pessoa física.”⁵

Embora a questão seja um tanto quanto controvertida na prática, sobretudo na órbita previdenciária, onde tal definição é primordial, entende-se, a princípio, que os administradores não são empregados da sociedade. Apesar disso, tende-se a analisar caso a caso a presença ou não dos elementos do artigo 3º da CLT, para se afirmar a existência de uma relação trabalhista ou de uma

² JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Tradução De Santiago Cunchillos Y Manterola, Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1952, p. 465

³ GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 1, p. 356.

⁴ MIRANDA, Francisco Antônio Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseler, 1999, v. 1, p. 482-483; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 429.

⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 389.

relação estatutária com a sociedade. Neste particular o ponto essencial diz respeito à existência da subordinação jurídica entre o diretor e os outros órgãos da sociedade.

Fábio Ulhoa Coelho afirma que a subordinação existe, mas não se configura nos mesmos moldes da subordinação jurídica da relação de emprego. Haveria uma subordinação societária, de órgão para órgão, e não uma subordinação pessoal, necessária para a configuração de uma relação de emprego⁶.

Corroborando a afirmação de Fábio Ulhoa Coelho, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo afirma que não uma subordinação jurídica dos administradores, apesar da existência de órgãos da sociedade hierarquicamente superiores. Não há ordens de um órgão para outro, como haveria na relação de emprego⁷.

Também não se pode falar em mandato, seja pela essencialidade da função⁸, seja pela independência inerente ao exercício do cargo de administrador. Embora eleitos pelos acionistas, e destituíveis por eles, com motivo, e possivelmente sem motivo, os administradores não são agentes dos acionistas⁹, não são mandatários. Os administradores gozam de uma certa independência, na medida em que não são obrigados a cumprir todas as deliberações da assembléia, podendo até impugná-las, em função de qualquer vício¹⁰.

Criticando a concepção do mandato, Isaac Halperin afirma que entre o administrador e a sociedade haveria um contrato de prestação de serviços¹¹. Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza afirmam que melhor seria enquadrar a relação do administrador com a companhia, como um contrato de administração, isto é, um contrato autônomo¹². Paolo Cecchi defende que a relação entre administrador e sociedade é uma relação contratual, que se enquadraria dentro da ampla categoria de contrato de trabalho, não se identificando nem com a relação de emprego, nem com a prestação de serviços autônoma¹³.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 239-241.

⁷ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 45-46.

⁸ CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 17.

⁹ HENN, Harry G. e ALEXANDER, John R. *Law of corporations*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1983, p. 563.

¹⁰ FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 558; CECCHI, Paolo. *Gli amministratori di società di capitali*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 11.

¹¹ HALPERIN, Isaac. *Sociedades Anónimas*. Actualizada e ampliada por Julio C. Otaegui. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998p. 469-470.

¹² JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v.1, p. 341.

¹³ CECCHI, Paolo. *Gli amministratori di società di capitali*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 13.

Todas essas concepções, apesar do brilho de seus defensores, pecam por identificar uma natureza contratual na relação entre o administrador e a companhia. Caso fosse uma relação contratual, os poderes dos administradores seriam derivados desse contrato, e não poderes necessários para a vida da sociedade. Em outras palavras, os administradores não são partes de um contrato a parte, porque a presença deles é essencial para a vida da sociedade, seus poderes são uma decorrência lógica da existência da sociedade¹⁴. Diante disso, não há como afastar a concepção organicista, isto é, os administradores são órgãos ou representantes das sociedades, na medida em que o ato praticado por eles dentro dos seus poderes é um ato da própria sociedade. Seus poderes decorrem da lei¹⁵ e são um consectário da existência da própria companhia.

2- A VINCULAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS PERANTE TERCEIROS

Por força da própria natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade, poder-se-ia afirmar que todos os atos praticados por ele são atos da sociedade e conseqüentemente não o responsabilizariam pessoalmente, uma vez que por força da personalidade jurídica da sociedade, esta tem existência e patrimônio distinto, o qual responde por suas obrigações. Assim, atos regulares de gestão são imputados à sociedade e não a seus administradores, uma vez que estes são meros órgãos que fazem presentes a vontade da sociedade. Todavia, nem sempre se está diante de um ato regular de gestão, isto é, por vezes, os administradores extrapolam os limites dos seus poderes praticando atos que não poderiam praticar.

Nestes casos, discute-se se haveria ou não vinculação da pessoa jurídica e a propósito do tema, o artigo 47 do CC diz expressamente que “Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”. Todavia, a interpretação isolada desse dispositivo é extremamente perigosa e, por isso, surgem vários questionamentos sobre quando a pessoa jurídica realmente ficará vinculada e quando ela não ficará vinculada pelos atos praticados pelos administradores. A proteção da aparência, da boa-fé ou da própria sociedade entram em conflito para responder a tais indagações e, especificamente neste ponto, vem à discussão a chamada teoria dos atos *ultra vires*.

¹⁴ GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 2, p. 257.

¹⁵ CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 19.

3- A TEORIA DOS ATOS *ULTRA VIRES*

No âmbito do direito das sucessões há a regra de que os herdeiros não respondem por débitos do *de cujus* além dos valores recebidos (CC – art. 1.792), vale dizer, os débitos não podem ir além das forças da herança (*ultra vires hereditatis*). A jurisprudência anglo-saxônica transportou o princípio para o direito societário.

No século XIX as cortes inglesas, com o intuito de preservar os interesses dos investidores, passaram a considerar nulos os atos *ultra vires societatis*, os atos praticados pela pessoa jurídica que extrapolassem suas forças, as quais eram definidas pelo seu objeto, o qual é fixado no contrato social. Ballantine afirma que “*ultra vires* significa o que é absolutamente além da capacidade da sociedade negociar”¹⁶. Assim, os atos alheios ao objeto social, uma das formas de violação ao contrato social, seriam nulos, e conseqüentemente inimputáveis à sociedade.

Entretanto, com o passar do tempo, a rigidez inicial da orientação jurisprudencial foi diminuída, deixando-se de cominar a nulidade ao ato *ultra vires societatis*, para simplesmente impor a responsabilidade por tais atos administradores que o praticaram, excluindo a responsabilidade da sociedade. Tratar-se-ia de mera questão de imputação do ato, consoante a precisa lição de José Lamartine Côrrea de Oliveira: “Em tal caso, há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou o gerente agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de aparência) – a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito, doloso ou culposos: responderá por ilícito seu, por fato próprio”¹⁷.

No Brasil tal teoria foi completamente admitida pelo artigo 316 do Código Comercial. Rubens Requião afirma, mencionando decisão do Supremo Tribunal Federal datada de 1969 (RE 361), que “quando, porém, a firma for usada em negócios ostensivamente diferentes do objeto da sociedade, como, por exemplo, a compra de cereais, em uma sociedade destinada ao comércio de

¹⁶ BALLANTINE, Henry W. *Ballantine on corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946, p. 240, tradução livre de “*Ultra vires* signifies what is absolutely beyond the capacity of a corporation transact”.

¹⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 520

tecidos, o terceiro não pode alegar boa fé, e a firma não obriga a sociedade.”¹⁸ Tal posição doutrinária se embasa basicamente na ideia de que se o ato é alheio aos fins da sociedade, quem quer que pratique o ato sabe que o mesmo não é um ato imputável à sociedade.

Entretanto, a sua aplicação é extremamente difícil¹⁹, podendo causar prejuízos ao tráfico jurídico e à própria sociedade, motivo pelo qual ela tem sido repelida em outros países. Em primeiro lugar, modernamente é muito difícil definir o que se encontra ou não dentro do objeto da sociedade²⁰. Imagine-se a compra de um imóvel por uma fábrica de veículos, o ato não está dentro do objeto social, mas pode ser extremamente útil à própria sociedade. Com a mesma dificuldade nos deparamos ao analisar uma padaria que compra tijolos? A compra pode se destinar à construção de um forno ou a uma reforma urgente, que interessam à sociedade, apesar de não estarem previstas explicitamente dentro do objeto social.

Tais problemas levaram a uma nova concepção da teoria dos atos *ultra vires* no direito norte-americano, reduzindo bastante seu âmbito de aplicação²¹. No direito italiano, protege-se, sobretudo, a boa-fé, não podendo a sociedade opor aos terceiros de boa-fé que o ato é estranho ao objeto social²². Do mesmo modo, no direito inglês houve uma série de decisões e reformas que reduziram substancialmente a aplicabilidade prática de tal teoria²³. Num estudo comparado dos direitos inglês, norte-americano e a alemão, Cahn e Donald reconhecem que tal teoria deve ser usada apenas para questões internas da sociedade, não podendo prejudicar terceiros de boa-fé²⁴. No direito português, são exigidas duas condições para o ato não vincular a sociedade, a prova de que o terceiro sabia ou devia saber que ato não poderia ser praticado, não sendo suficiente a mera indicação da proibição pelo estatuto da sociedade, e a ausência de ratificação pela sociedade²⁵.

Nesses casos, há um conflito entre o interesse da sociedade e dos terceiros, devendo prevalecer estes últimos, protegendo-se o tráfico jurídico. A sociedade deveria estar vinculada

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 394.

¹⁹ HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 95.

²⁰ MIRANDA, Pontes de, *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, v. 49, p. 15; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 2, p. 277.

²¹ HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 97.

²² GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 2, p. 277; FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 315; JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 357.

²³ DIGNAM, Alan; LOWRY, John. *Company law*. 6. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 257-259.

²⁴ CAHN, Andrea; DONALD, David C. *Comparative company law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 314-315.

²⁵ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de direito comercial*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, p. 192.

perante terceiros de boa-fé, pelos atos praticados pelo administrador, proibidos pelo contrato social, ou mesmo estranhos a este. A sociedade responderia perante terceiros e, posteriormente, faria um acerto de contas com o administrador que extrapolou seus poderes. Apenas a má fé do terceiro deveria excluir a responsabilidade da sociedade. Apesar dessas críticas, tal teoria ainda tem prestígio e é adotada em algumas legislações. No direito argentino, o artigo 58 da Ley 19.550 ainda afirma que a sociedade não fica vinculada por atos que sejam notoriamente estranhos ao objeto social, exigindo-se, porém, que tal a ausência de pertinência ao objeto social não deixe quaisquer dúvidas²⁶. No Brasil, a questão que era adotada no Código Comercial, voltou à tona no Código Civil, conforme afirmou o STJ “A partir do Código Civil de 2002, o direito brasileiro, no que concerne às sociedades limitadas, por força dos arts. 1.015, § único e 1.053, adotou expressamente a *ultra vires doctrine*”²⁷.

4- A TEORIA DOS ATOS *ULTRA VIRES* E AS SOCIEDADES SIMPLES

As sociedades simples foram introduzidas pelo novo Código Civil em substituição às sociedades civis, abrangendo aquelas sociedades que não exercem atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 982), isto é atividades não empresariais ou atividade de empresário rural. Assim, à luz das atividades desenvolvidas pode-se dizer se uma sociedade é simples ou empresária.

Em se tratando de sociedade simples, a mesma pode assumir a forma de uma dos tipos societários destinados às sociedades empresárias previstos no novo Código Civil, quais sejam, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, e sociedade limitada. Todavia, também pode não optar por nenhum desses tipos societários, sujeitando-se a regras peculiares às sociedades simples. Na prática, dificilmente se fará opção pela sociedade simples, normalmente será utilizada a forma de uma sociedade limitada, dada sua simplicidade de constituição e funcionamento, aliada à limitação da responsabilidade dos sócios.

Assim sendo, a disciplina das sociedades simples não possuiria maior importância, não fosse a opção do legislador pátrio em utilizar as regras das sociedades simples, como regras gerais

²⁶ NISSEN, Ricardo A. *Curso de derecho societario*. 2. Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, p. 219.

²⁷ STJ - REsp 704546/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 08/06/2010.

aplicáveis a todas as sociedades regidas pelo Código Civil²⁸. Por isso, as regras dos administradores das sociedades simples são regras gerais para as demais sociedades.

Por força da própria natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade simples, poder-se-ia afirmar que todos os atos praticados por estes são atos da sociedade e, conseqüentemente, não responsabilizariam pessoalmente o administrador, uma vez que, por força da personalidade jurídica da sociedade, esta tem existência e patrimônio distinto, o qual responde por suas obrigações. No entanto, não há dúvida que, em determinados casos, os administradores, movidos por vicissitudes pessoais, podem agir violando a lei ou o contrato social, vale dizer, em exorbitância aos poderes que lhe foram atribuídos pelo contrato social. Em tais situações, a princípio, há responsabilidade do administrador perante a sociedade e perante terceiros, porquanto o administrador ao agir dessa forma agiu com culpa²⁹.

Ao extrapolar seus poderes, o administrador foi além do que era permitido pelo contrato social, isto é, foi além da vontade da sociedade. Neste caso, a sociedade fica vinculada pelo ato praticado? Em outras palavras, a sociedade pode se exonerar perante terceiros, alegando o excesso de poderes praticados pelo administrador?

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.015, parágrafo único, afirma que a sociedade não se vincula pelos atos praticados pelos administradores, se provar uma das seguintes hipóteses: a) limitação inscrita ou averbada no registro de empresas; b) limitação conhecida por terceiro; c) ato estranho ao objeto social.

Sobre o assunto, o STJ afirmou que “O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia do excesso de mandato, e (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica”³⁰. Nessa linha de entendimento, irá se presumir de modo absoluto, a má fé do terceiro nas hipóteses do artigo 1.015, parágrafo único, permitindo que a sociedade não fique vinculada por tais atos, protegendo-se a sociedade, mas desprestigiando a proteção dos terceiros que contratam com a sociedade.

²⁸ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 135.

²⁹ ANDRADE JUNIOR, Átila de Souza Leão. *O novo direito societário brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 109.

³⁰ STJ – 3ª Turma - Resp 448471/MG, Relator Ministra Fátima Nancy Andri ghi, DJ de 14/04/2003.

A primeira hipótese de não vinculação da sociedade refere-se às restrições contratuais aos poderes do administrador, como, por exemplo, a proibição da prestação de aval ou fiança pela sociedade. Trata-se de atos que aparentemente poderiam ser praticados, mas o contrato social limitou os poderes do administrador, de modo a proibi-lo de praticar tais atos.

Assim sendo, se o contrato proíbe a prática de determinado ato e o administrador ainda assim o pratica, quem irá responder pelo ato será o administrador isoladamente, não havendo vinculação da pessoa jurídica. Pelo texto legal, ainda que haja a aparência de um ato regular, a sociedade não poderá ser responsabilizada, quem irá responder é o administrador que extrapolou os seus poderes contratualmente limitados.

Tal orientação, adotada pelo Código Civil, vai de encontro à tendência mundial de proteção dos terceiros de boa-fé e do favorecimento da celeridade nos negócios firmados pela sociedade³¹. Diante de tal disciplina, será sempre necessário analisar o contrato da sociedade, para verificar a extensão dos poderes dos administradores. Entendia-se que as meras restrições contratuais aos poderes de gerência não são oponíveis perante terceiros de boa-fé, uma vez que não se pode obrigar que os terceiros, toda vez que forem contratar com a sociedade, examinem o seu contrato social, para verificar os exatos limites dos poderes de gerência.

A dinâmica das relações contratuais, aliada à proteção da boa-fé, sempre impôs a aplicação da teoria da aparência, para vincular a sociedade. “É exigir demais, com efeito, no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa e, por isso, sempre em antagonismo com o formalismo, que a todo instante o terceiro, que contrata com uma sociedade comercial solicite desta a exibição do contrato social, para verificação dos poderes do gerente...”³²

A modernidade e a massificação das relações nos impõem neste caso a aplicação da teoria da aparência, pela qual se o ato parece regular é dessa forma que ele deve ser tratado³³. A boa-fé dos terceiros que contratam com a sociedade em situação que acreditam perfeitamente regular deve ser prestigiada. A sociedade e os sócios, que escolheram mal o administrador, não podem se beneficiar em detrimento da boa-fé de terceiros³⁴.

³¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 24.

³² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 397

³³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 22.

³⁴ TOMAZETTE, Marlon. As sociedades por quotas de responsabilidade limitada e os atos dos sócios gerentes. *Universitas Jus*, Brasília, nº 5, p. 119-129, jan-jun 2000.

Tal posição vinha sendo acolhida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que afirmava expressamente que “é válida a fiança prestada por sócio-diretor de empresa com poderes de administração, sendo certo que a existência de vedação no contrato social pertine às relações entre os sócios, não tendo o condão de prejudicar o terceiro de boa-fé”³⁵. Assim sendo, verifica-se um grande retrocesso com a possibilidade de exclusão da responsabilidade da sociedade pelos atos praticados pelos administradores, em desatenção aos limites contratuais dos seus poderes.

Portanto, neste particular, o Código Civil de 2002 andou mal e representou um enorme retrocesso, desprestigiando valores que devem ser especialmente tutelados no direito empresarial, em especial para garantir a celeridade e a segurança nos negócios jurídicos realizados.

No segundo caso de não vinculação da sociedade, pune-se a má fé do terceiro, que sabendo da limitação, ainda assim concluiu o contrato. Nesse caso, não há nenhuma novidade, na medida em que não haveria aparência a ser protegida diante da má fé do terceiro. Se ele está de má fé, não há proteção a ser conferida.

E na terceira situação, o ato é completamente alheio ao objeto da sociedade (atos *ultra vires*), não se concebendo que terceiros acreditem que se trata de ato da sociedade. Por não se tratar de um ato, a princípio, imputável à sociedade, quem deve responder pelo ato é o administrador que o praticou. Neste ponto, indiscutivelmente o Código Civil acolheu a teoria dos atos *ultra vires*. A propósito, registre-se o teor do enunciado 219 da III Jornada de Direito Civil “Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei n. 6.404/76)”.

Acolher a teoria dos atos *ultra vires*, pela qual os atos estranhos ao objeto social não são de responsabilidade da sociedade, mas apenas do administrador³⁶, é outro grande retrocesso. E mais,

³⁵ STJ – 5. Turma - RESP 180.201/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 13.09.99.

³⁶ TOMAZETTE, Marlon. As sociedades por quotas de responsabilidade limitada e os atos dos sócios gerentes. *Universitas Jus*, Brasília, nº 5, jan-jun 2000, p. 124.

pode haver um grande prejuízo para a própria sociedade, na medida em que, como ocorreu no direito inglês, será extremamente discutido se o ato está ou não dentro do objeto social.

5- A SOCIEDADE ANÔNIMA E OS ATOS *ULTRA VIRES*

Também nas sociedades anônimas, os administradores são dotados de poderes de gestão e de “representação” da companhia. Em função destes poderes de representação, eles praticam atos pela companhia. Todavia, nem sempre eles agem corretamente, por vezes violam a lei, ou o estatuto, tornando-se pessoalmente responsáveis pelos atos praticados. Nesses casos, a sociedade tem alguma responsabilidade, ou a responsabilidade é exclusiva do administrador pelo ato praticado?

A resposta a tal indagação deve levar em conta sempre a proteção ao tráfico jurídico, isto é, os terceiros de boa-fé devem ser protegidos³⁷. Se os terceiros agindo de boa-fé, acreditavam tratar-se de um ato da sociedade, esta deverá ter responsabilidade pelo ato, e posteriormente se voltar contra o administrador que extrapolou seus poderes. No direito italiano, essa é a mais correta interpretação, reconhecendo a vinculação da sociedade sempre que o terceiro estiver de boa-fé, a sociedade só se desvincula se o terceiro sabia ou deveria saber (culpa) que o ato não era permitido³⁸.

Rubens Requião entende que a lei deveria inquirir de invalidade aqueles atos praticados pelos administradores, estranhos ao objeto social que fossem prejudiciais à sociedade³⁹. Seria a aplicação da teoria dos atos “*ultra vires*”, também defendida por Trajano de Miranda Valverde, que afirma que “A sociedade, com efeito, não é responsável por atos ou operações estranhos ao seu objeto praticados pelos diretores”⁴⁰.

A aplicação de tal teoria é extremamente difícil⁴¹, podendo causar prejuízos ao tráfico jurídico e à própria sociedade, motivo pelo qual ele tem sido repelida em outros países. No direito norte-americano, há uma nova conformação da teoria dos atos *ultra vires* reduzindo-se bastante

³⁷ PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 219; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 72.

³⁸ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v.1, p. 357-358.

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 203.

⁴⁰ VALVERDE, Trajano De Miranda. *Sociedades Por Ações*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, p. 79.

⁴¹ HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 95.

seu âmbito de aplicação⁴². No direito italiano, protege-se sobretudo a boa-fé, não podendo a sociedade opor aos terceiros de boa-fé que o ato é estranho ao objeto social⁴³.

Nesses casos, há um conflito entre o interesse da sociedade e dos terceiros devendo prevalecer estes últimos, protegendo-se o tráfico jurídico. O fato de se tratar de um ato completamente estranho ao objeto social, só servirá de indício da má fé do terceiro, necessária para se desvincular a companhia de qualquer responsabilidade pelo ato⁴⁴. O STJ já reconheceu a aplicação da teoria da aparência nas sociedades anônimas, afirmando que “Com efeito, não obstante o fato de o subscritor do negócio jurídico não possuir poderes estatutários para tanto, a circunstância de este comportar-se, no exercício de suas atribuições - e somente porque assim o permitiu a companhia -, como legítimo representante da sociedade atrai a responsabilidade da pessoa jurídica por negócios celebrados pelo seu representante putativo com terceiros de boa-fé. Aplicação da teoria da aparência”⁴⁵.

6- A SOCIEDADE LIMITADA E OS ATOS *ULTRA VIRES*

No que tange às sociedades anônimas e às sociedades simples, a questão da adoção ou não da teoria dos atos *ultra vires* é bem definida. Todavia, no que tange às sociedades limitadas, o problema é um pouco mais complexo. No Brasil, as sociedades limitadas representam 98,93% das sociedades constituídas no período de 1985 a 2005. No ano de 2005, elas representaram 98,53% de todas as sociedades constituídas. Vê-se, pois, claramente que tal tipo societário vem desempenhando papel fundamental no dia a dia da economia do país. Apesar disso, sua disciplina específica no CC (arts. 1052 a 1087) não consegue dar uma resposta precisa ao problema da adoção ou não da referida teoria, conforme se depreende da grande divergência doutrinária.

Diante do poder de “representação”, que toca aos administradores da sociedade, são eles os responsáveis pelas relações da sociedade com terceiros, obedecendo-se aos limites impostos pela própria sociedade na organização do exercício desse poder. Praticando atos que não

⁴² HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 97.

⁴³ GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 2, p. 277; FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 315; JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 357.

⁴⁴ CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 155

⁴⁵ STJ - REsp 887277/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 09/11/2010.

extrapolem tais limites, os administradores praticam atos regulares de gestão, os quais são imputados à sociedade e não a eles, uma vez que são meros órgãos que fazem presente a vontade da sociedade. Tais atos são de responsabilidade exclusiva da própria sociedade, não havendo que se cogitar de responsabilização do patrimônio do administrador.

Todavia, nem sempre, tais administradores agem da maneira correta, vale dizer, nem sempre eles exercem seus poderes em benefício exclusivo da sociedade, respeitando os limites de seus poderes. Em determinados casos, movidos por vicissitudes pessoais, eles podem agir violando a lei ou o contrato social, vale dizer, em exorbitância aos poderes que lhe foram atribuídos pelo contrato social.

Nesses casos, não há dúvida que o administrador assumirá responsabilidade pessoal por tais atos. De acordo com José Lamartine Corrêa de Oliveira “há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou o gerente agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de aparência) – a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito, doloso ou culposo: responderá por ilícito seu, por fato próprio”⁴⁶.

E a sociedade se vincula por tais atos? A sociedade terá responsabilidade perante os terceiros e, posteriormente, responsabilizará o administrador que extrapolou seus poderes? Ou a responsabilidade será exclusiva dos administradores?

Entendia-se, antes do advento do Código Civil de 2002, que as meras restrições contratuais aos poderes de gerência não são oponíveis perante terceiros de boa-fé, uma vez que não se pode obrigar que os terceiros, toda vez que forem contratar com a sociedade, examinem o seu contrato social, para verificar os exatos limites dos poderes de gerência.

Sob a égide do Código Civil de 2002, José Edwaldo Tavares Borba afirma que mesmos nesses casos, de exorbitância dos poderes, a sociedade deve ser responsável por culpa *in eligendo*, quem deve suportar o prejuízo são os sócios que escolheram o administrador e não os terceiros de

⁴⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 520

boa fé⁴⁷. Diferente não é o entendimento de Manoel Pereira Calças e Nelson Abrão, que afirmam que a sociedade deve responder e posteriormente se voltar contra o administrador⁴⁸.

Sérgio Campinho afirma que as regras do artigo 1.015, parágrafo terão validade perante fornecedores e instituições financeiras e de crédito, mas não perante os consumidores, quando deverá ser observada a teoria da aparência e da proteção ao terceiro de boa fé⁴⁹. Assim, para ele a sociedade não responde perante fornecedores e instituições financeiras e de crédito quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia do excesso de mandato, e (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica. Todavia, responderá perante consumidores se estes estiverem de boa fé o ato gozar de aparência suficiente para vincular a sociedade.

Adalberto Simão Filho prega a análise da boa fé na aplicação do disposto no artigo 1.015, parágrafo único, para vincular ou não a sociedade⁵⁰. Fábio Ulhoa Coelho afirma que no Direito Brasileiro, adota-se uma solução intermediária, isto é, a solução depende do caso concreto⁵¹. No caso de aplicação supletiva das regras das sociedades simples, vale o artigo 1.015, parágrafo único, que afasta a responsabilidade da sociedade nos casos já citados. Já no caso de aplicação supletiva da lei das sociedades anônimas, não se aplicaria o citado dispositivo, prevalecendo a teoria da aparência.

Modesto Carvalhosa prega a aplicação do artigo 1.015, parágrafo único, com temperamentos pelos princípios da boa fé e pela teoria da aparência, impondo aos terceiros a análise dos poderes dos administradores no caso de atos de gestão extraordinária e dispensando essa análise no caso de atos de administração ordinária⁵². O TJRS também defende tal opinião asseverando que “No entanto, sustenta a doutrina, com ampla concordância da jurisprudência dominante, que entende a doutrina que a Teoria *Ultra vires societatis* deve ser temperada pelos princípios da **boa-fé** e pela **Teoria da Aparência**, máxime ao se constatar que a celeridade dos

⁴⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 105.

⁴⁸ CALÇAS, Manoel Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no Código Civil de 2002*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 151; ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. Atualizado por Carlos Henrique Abrão. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 163; NERILLO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade limitada no novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 119; TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 285.

⁴⁹ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 256.

⁵⁰ SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. Barueri: Manole, 2004, p. 157.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 70; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 195.

⁵² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13, p. 141-142; GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 246.

negócios empresariais modernos não permite que as pessoas fiquem consultando permanentemente contratos sociais e cadeias de autorização. Dessa forma, tenho que aplicável à espécie a Teoria da Aparência, a justificar a responsabilidade da empresa requerida a restituir o terceiro contratante de boa-fé⁵³.

Já sob a égide do Código Civil de 2002, o STJ afirmou que “O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia do excesso de mandato, e (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica”⁵⁴. Nessa linha de entendimento, irá se presumir de modo absoluto, a má fé do terceiro nas hipóteses do artigo 1.015, parágrafo único, permitindo que a sociedade não fique vinculada por tais atos, protegendo-se a sociedade, mas desprestigiando a proteção dos terceiros que contratam com a sociedade.

Em outro julgado, ainda mais específico, o STJ afirmou que “A partir do Código Civil de 2002, o direito brasileiro, no que concerne às sociedades limitadas, por força dos arts. 1.015, § único e 1.053, adotou expressamente a *ultra vires* doctrine”⁵⁵. Frederico Simionato afirma que feito o arquivamento do ato constitutivo, os terceiros não poderiam alegar desconhecimento dos limites dos poderes dos administradores e os atos que extrapolassem esses poderes, inclusive os *ultra vires*, seriam inoponíveis à sociedade⁵⁶.

A nosso ver, com o advento do Código Civil de 2002, há uma nova solução em detrimento dos terceiros de boa-fé também nas sociedades limitadas.

Não há uma solução clara para tal questão nas normas relativas às sociedades limitadas. Todavia, os artigos 47 e 1.174 do Código Civil de 2002, que constituem regras gerais aplicáveis a todas as sociedades regidas por tal Código, afirma que as restrições aos poderes do administrador podem ser opostas aos terceiros, desde que estejam averbadas no registro da sociedade, ou quando sejam conhecidas do terceiro com quem se tratou. Tais dispositivos denotam a ausência de

⁵³ TJRS - Apelação Cível Nº 70035842152, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 16/12/2010.

⁵⁴ STJ – 3ª Turma - Resp 448471/MG, Relator Ministra Fátima Nancy Andriighi, DJ de 14/04/2003.

⁵⁵ STJ - REsp 704546/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 08/06/2010.

⁵⁶ SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito societário*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 612; CRIVELARI, José Ademir. *A administração da sociedade limitada no Código Civil de 2002*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 119.

responsabilização da sociedade pelos atos dos administradores, que extrapolem seus poderes, protegendo a sociedade em detrimento dos terceiros que de boa-fé contratam com a sociedade.

Acolhe-se, neste particular, uma orientação que vem sendo abandonada no direito comparado⁵⁷, o qual tende a prestigiar o tráfico jurídico, não aplicando mais teorias como a dos atos *ultra vires*, que é reavivada com o advento do Código Civil de 2002 (arts. 47, 1.015, parágrafo único, e 1.174). Ademais, pune-se o terceiro de boa-fé, inclusive nos casos em que a aparência denota a regularidade do ato praticado.

Além disso, mesmo que se fosse buscar a solução nas normas supletivamente aplicáveis às limitadas, quais sejam, as normas relativas às sociedades simples e as normas relativas às sociedades anônimas, se chegaria a uma solução muito similar, pois o tratamento da matéria em relação às sociedades simples é diferente daquele dado às sociedades anônimas. Nestas, protege-se a boa-fé dos terceiros, vinculando a sociedade sempre que a boa-fé estiver presente⁵⁸. Naquelas, de acordo com o retrocesso que ocorreu no Código Civil de 2002, o ato não vincula a sociedade se o terceiro estiver de má fé, se a restrição constar do contrato social, ou se o ato praticado for alheio ao objeto social (art. 1.015, parágrafo único).

Assim, com o novo regime, seria sempre necessária a consulta ao contrato social, para saber se a sociedade, neste particular, é regida pelas normas das sociedades simples, ou pelas normas relativas às sociedades anônimas, o que dificulta, diminui a velocidade e torna mais inseguras as relações com a sociedade. No caso de aplicação das normas sobre as sociedades simples, a consulta ao contrato é necessária também para saber a real extensão dos poderes dos administradores. De outro lado, no caso de aplicação das regras sobre as sociedades anônimas, seria necessária a consulta ao contrato para se chegar a tal conclusão, o que já permitiria o conhecimento da exata extensão dos poderes dos administradores.

CONCLUSÃO

⁵⁷ HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 97; GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, v. 3, tomo 2, p. 277; FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 315; JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1, p. 357.

⁵⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 155; PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 219; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 72.

À guisa de conclusão, podemos afirmar que a proteção ao tráfico jurídico e a própria ideia da boa-fé objetiva militam contra a adoção da teoria dos atos *ultra vires*. Apesar disso, é certo que o Código Civil, em seu artigo 1.015, p. único, acolheu a referida teoria num grave retrocesso. Nesta perspectiva, podemos afirmar que essa teoria se aplica às sociedades regidas pelo Código Civil e, apesar de controvertida, para as sociedades limitadas, mas não para as sociedades anônimas, nas quais continua a valer integralmente a teoria da aparência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. Atualizado por Carlos Henrique Abrão. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDRADE JUNIOR, Átila de Souza Leão. *O novo direito societário brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BALLANTINE, Henry W. *Ballantine on corporations*. Chicago: Callaghan and Company, 1946.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALÇAS, Manoel Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no Código Civil de 2002*. São Paulo: Atlas, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAHN, Andrea; DONALD, David C. *Comparative company law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, tomo 2.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

_____. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 13.

CECCHI, Paolo. *Gli amministratori di società di capitali*. Milano: Giuffrè, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de direito comercial*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2010, v. II.

DIGNAM, Alan; LOWRY, John. *Company law*. 6. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRARA JÚNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.

GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 1.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HALPERIN, Isaac. *Sociedades Anónimas*. Actualizada e ampliada por Julio C. Otaegui. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

HAMILTON, Robert W, *The law of corporations*. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000. 5. ed. St. Paul: West Group, 2000.

HENN, Harry G. e ALEXANDER, John R. *Law of corporations*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1983.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v.1.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Tradução De Santiago Cunchillos Y Manterola, Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1952.

MIRANDA, Pontes de, *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, v. 49.

_____. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseler, 1999, v. 1.

NERILLO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade limitada no novo código civil*. Curitiba: Juruá, 2004.

NISSEN, Ricardo A. *Curso de derecho societario*. 2. Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. Barueri: Manole, 2004.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TOMAZETTE, Marlon. As sociedades por quotas de responsabilidade limitada e os atos dos sócios gerentes. *Universitas Jus*, Brasília, nº 5, p. 119-129, jan-jun 2000.

VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. 1.

VALVERDE, Trajano De Miranda. *Sociedades Por Ações*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1.

A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A APLICAÇÃO DIRETA DO INCISO I DO ARTIGO 7º

Alexandre Coutinho Pagliarini

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre pela PUC.

*Cláudia Coutinho Stephan Mestra e Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.
Professora de Direito do Trabalho da PUC/MG, Poços de Caldas.*

RESUMO

Este texto trata da proteção à classe trabalhadora em face das dispensas coletivas em épocas de crise econômica global. As interpretações aqui utilizadas são constitucionalistas e também internacionalistas e seguem o raciocínio segundo o qual a Constituição brasileira de 1988, a partir dos pilares da dignidade humana e da construção do Estado de bem-estar social, autoriza a afirmação de que a dispensa coletiva deve ser evitada. Igualmente, normas internacionais em vigor, a exemplo das Convenções nº. 11, 98, 135 e 141 da OIT, tampouco autorizam dispensas coletivas unilaterais.

ABSTRACT

This study's about the protection of the working class people considering mass (or collective) dismissal in times of global economical crisis. The interpretations here used are constitutionalists and also internationalists. The brazilian Constitution of 1988 has been set upon the principles of human dignity and the building of a welfare state; therefore, we can say the mass dismissal must be avoid. Besides all that, the international norms that put Brazil into a way of observing them – such as the Conventions numbers 11, 98, 135 and 141 by the International Labour Organization – do not allow unilateral mass dismissals.

Palavras chave: Dispensa coletiva, proteção constitucional e internacional, crise econômica, Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Internacional.

Key-words: *Mass (collective) dismissal, constitutional and international protection, economical crisis, Constitutional law, Labour law, International law.*

I- INTRODUÇÃO

O texto que ora se apresenta ao CONPEDI analisa o instituto da dispensa coletiva de trabalhadores, também conhecida através da expressão *lay-off*, partindo, primeiramente, da diferenciação entre dispensa individual e coletiva.

Observa-se que o direito estrangeiro, especificamente no que tange à Holanda, Alemanha e Portugal disciplinam a questão de forma objetiva. Enquanto isso, no Brasil, a Constituição vigente, no art. 7º, inciso I, prevê expressamente apenas a dispensa individual, não havendo diferença legal entre despedida por motivos econômicos e dispensa sem justa causa. A Lei nº. 4.923/65, por sua vez, retrata a atual conjuntura econômica, propondo, inclusive, soluções jurídicas para evitar o desemprego em massa.

Discute-se a eficácia do inciso I, do art. 7º da Constituição de 1988, que precisa ser regulamentado através de lei complementar nele prevista para que a proteção contra a despedida arbitrária seja uma verdade jurídica e real. Faz-se necessário, portanto, o debate jurídico, em torno do art. 7º, incisos I e III e do art. 10 do ADCT, pautando-se na justificativa de que as normas de direitos fundamentais são marcadas pelo postulado da máxima efetividade da norma constitucional, considerando-se que uma norma constitucional positivadora de direito fundamental, seja ele individual ou social, só pode ser interpretada segundo o *postulado da máxima efetividade da norma constitucional*.

Após a apresentação do debate constitucional sobre o tema abordado, salienta-se que em tempo de crise econômica, o princípio da proteção, edificador de todo o Direito do Trabalho, equalizador da assimetria de forças caracterizadoras das relações de emprego, deve ser preservado.

Impõe-se, igualmente, a observância do princípio da continuidade da relação de emprego, que repudia a dispensa coletiva e o princípio do duplo controle social da dispensa operado pelos trabalhadores, através de entidades sindicais e pelo Estado, via intervenção administrativa.

Sustenta-se que em qualquer situação, inclusive em tempo de crise financeira, urge, primeiramente, valorizar e proteger o trabalho humano, posto tratar-se de uma causa primária, enquanto o capital deve ser considerado como conjunto de meios de produção, permanecendo apenas como causa instrumental. Sob este aspecto, apresentam-se as considerações finais.

II- DESENVOLVIMENTO

a) Conceitos e posições doutrinárias sobre dispensa individual e dispensa coletiva no direito brasileiro e no direito comparado

A dispensa individual envolve um único trabalhador, ou, mesmo que atingindo empregados diferentes, não configura ato demissional grupal ou maciço. Sua origem é centrada num fato pertinente ao contrato individual de trabalho, tratando-se de direito potestativo.

A despedida coletiva, por sua vez, denominada como *lay-off*, abrange um número significativo de trabalhadores vinculados ao mesmo empregador. Segundo Antônio Álvares, “a dispensa coletiva importa o desligamento de um número significativo de empregados por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos” (ÁLVARES, 2009, p. 657).

Na Holanda, a dispensa coletiva somente pode ocorrer com a permissão do órgão administrativo. Na Alemanha, o empregador fica obrigado a participar a agência (autoridade administrativa) sobre a dispensa, exigindo-lhe também tal informação ao conselho de empresa, esclarecendo o empregador sobre os motivos da dispensa, o número e as categorias de trabalhadores a serem despedidos, os prazos da dispensa, bem como os critérios de escolha dos que serão dispensados (ÁLVARES, 2009, p. 657).

O Código do Trabalho Português regulou a matéria nos arts. 419 e 420, e aprovou a Diretivo nº 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que estabelece um quadro geral sobre informação e consulta dos trabalhadores (ALMEIDA, 2009, p. 111).

O ordenamento jurídico brasileiro regula expressamente apenas a dispensa individual, não havendo diferença legal entre despedida por motivos econômicos e dispensa sem justa causa. Entretanto, o Ministério do Trabalho, através das Portarias nº. 3.218/87 e nº. 01/92 faz referência à dispensa coletiva, sendo que a primeira portaria regula o acompanhamento das demissões coletivas, apontando soluções alternativas, como a redução da jornada, nos termos da Lei nº. 4.923/65 e a previsão de férias coletivas; já a segunda portaria determina a fiscalização nas empresas em caso de dispensa em massa.

A Portaria nº. 3.218/87 é considerada ineficaz, já que prevê apenas recomendações, inexistindo determinação penalizadora. Sendo assim, ausentes os mecanismos de coerção, tal norma tornou-se letra morta. Quanto à Portaria nº. 01/92, do MTPS (Ministério do Trabalho e Previdência Social), os motivos de sua reduzida efetividade se justificam no argumento de que um simples ato ministerial não poderia disciplinar matéria reservada à lei complementar.

Esclarece Nelson Mannrich, que a Lei nº. 62, de 5 de junho de 1935, já excluía a responsabilidade do empregador nos casos de força maior, quando fatos superiores à sua vontade afetassem sua segurança econômica, determinando a ruptura dos contratos de trabalho, por justa causa (MANNRICH, 2000, p. 91).

Vale ressaltar, que o art.18 § 2º e o art. 20, II, ambos da Lei nº 8.036/90, não excluem a responsabilidade do empregador quando rescinde o contrato de trabalho por extinção de estabelecimento na ocorrência de força maior, devendo depositar 20% (vinte por cento) da multa fundiária, atentando-se, para tal, ao art. 501 da CLT.

A Lei nº. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, embora não tenha conceituado a dispensa coletiva, previu, no art. 2º, soluções alternativas à dispensa motivada por crise, a exemplo da redução da jornada ou do número de dias de trabalho durante três meses, possibilitando a prorrogação mediante redução salarial não superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitando-se o salário mínimo; proibiu a contratação de novos empregados por seis meses; priorizou a readmissão dos empregados despedidos em razão da crise econômica, bem como vedou o trabalho extraordinário, salvo nos caso de necessidade imperiosa, força maior, serviços inadiáveis ou inexecução geradora de prejuízo manifesto.

Quanto à redução da jornada e consequente redução salarial, a doutrina não é unânime quanto à recepção da Lei nº. 4.923/65 pela Constituição de República, nos termos do art. 7º, inciso VI (MANNRICH, 2000, p. 91). Parece-nos mais acertado, contudo, reconhecer que a mencionada lei foi recepcionada pela Carta Política de 1988, sendo válida, tendo em vista a compatibilidade formal e material com a norma constitucional, quando elenca medidas alternativas que pugnam pela manutenção dos postos de trabalho. Tem-se que a Lei nº. 4.923/65, de fato, retrata a atual conjuntura econômica, propondo, inclusive, soluções jurídicas para evitar o desemprego em massa.

No tocante à Constituição vigente, o art. 7º incisos I; III e o art. 10, I do ADCT, excluíram definitivamente o regime da estabilidade decenal, ressalvado o direito adquirido, e sendo assim, o empregador possui amplos poderes para dispensar o empregado, com ou sem justa causa, limitando-se a pagar a multa fundiária, conforme o caso, além de outros direitos a serem determinados por lei complementar, até hoje não editada.

Não há distinção legal entre despedida arbitrária ou sem justa causa, nem entre dispensa individual ou coletiva, podendo, então, o empregador dispensar o empregado sem qualquer motivo, inexistindo a garantia dos empregos (NASCIMENTO, 2009, p. 200).

b) Da aplicação do Direito Internacional Público (DIP) à Espécie

Importante destacar que em 23 de novembro de 1985, a 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, aprovou a Convenção nº. 158, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, protegendo os trabalhadores contra a despedida arbitrária.

Em 1992, no dia 17 de setembro, tal convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, sendo ratificada pelo Governo brasileiro em 4 de janeiro de 1995, para vigorar após doze meses. Entretanto, somente em 10 de abril de 1996, através do Decreto nº. 1.855, o Governo Federal publicou o texto oficial, promulgando a ratificação.

Posteriormente, em 20 de dezembro de 1996, através do Decreto nº. 2.100, o Presidente da República promulgou a denúncia da tratativa internacional, anunciando que a mencionada convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de dezembro de 1997. Ressalte-se que segundo as regras e princípios básicos de Direito Internacional Público, mais especificamente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a atitude do governo brasileiro em denunciar não foi bem acolhida, podendo-se considerar na contramão da normativa internacional pelas seguintes razões: (i) o Brasil é membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT); (ii) o que um país se compromete internacionalmente a cumprir – *pacta sunt servanda* – deve ser levado a cabo; (iii) o processo formal de aprovação da Convenção 158 (OIT) foi respeitado; (iv) em nada a Convenção em tela viola a Constituição brasileira de 1988.

Em fevereiro de 2008, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional mensagem para nova ratificação da Convenção. Tempos depois, por 20 (vinte) votos a 1 (um), os parlamentares, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, aprovaram parecer do deputado Júlio Delgado (PSB/MG) contrário à ratificação, sendo encaminhado pedido de arquivamento da mensagem presidencial à mesa da Câmara dos Deputados.

A discussão contemporânea já não é mais sobre a constitucionalidade ou não da vigência da Convenção nº. 158, nem sobre a (in)constitucionalidade da denúncia da mesma convenção – visto que tal ato foi praticado pelo Presidente da República, e não pelo Congresso Nacional.

Entende-se que tanto o Presidente da República quanto o Congresso Nacional têm autoridade para denunciar um tratado internacional sem que precise(m) um do outro; efetivamente, esta autoridade pode ser exercida sem a participação do outro responsável pelo

treaty-making-power, e isto ocorre pelo seguinte: se, para fazer sustentar um tratado em seu berço de nascimento são necessárias duas vontades concordantes (a do Presidente e a do Congresso), então a falta de uma destas vontades sustentadoras faz tombar o acordo internacional.

O Presidente e o Congresso são os dois pilares de sustentação do tratado; logo, na falta de um deles, cai o pacto. De qualquer modo, ressalta-se que em Direito Internacional Público, o condutor da política internacional de um Estado soberano é exclusivamente o Chefe do Executivo, o único com voz internacional de representatividade (PAGLIARINI, 2002, p. 84), (REZEK, 2009, p. 54).

b.1) Do Direito Internacional Público (DIP) na Comunidade Internacional e no Brasil

b.1.1) O DIP na Comunidade Internacional

Um juiz de uma Corte Permanente Internacional, ao julgar, por exemplo, um litígio entre Estados soberanos, deve aplicar o DIP, e não o direito do Estado “x”, nem o do “y”. Numa comparação, é como age um ministro do Supremo Tribunal Federal: em caso de conflito de normas de dois Estados da federação brasileira, ele deverá aplicar a Constituição e usá-la para resolver o impasse; aliás, para sua excelência, sempre a Constituição será o nexa de validade de todas as outras normas jurídicas produzidas.

No sentido acima exposto, o DIP sempre terá preponderância hierárquica sobre os direitos nacionais; e tal afirmação, para um internacionalista, é absolutamente provida de lógica; caso contrário, não se terá DIP (ou seja, o DIP não poderá ser considerado como *Direito*) e não mais serão necessários juízes internacionais, nem as suas respectivas Cortes permanentes. Neste sentido, nas próximas linhas, interessante será entender as lições de Kelsen.

De fato, para Hans Kelsen (KELSEN, 2006, p. 61/88), *o DIP é Direito*, isto porque existe a sanção, ou seja: um ato de força socialmente organizado e autorizado oficialmente pela Comunidade Internacional, ato este que se explicita na represália ou na guerra, significando isto que na hipótese de um Estado ver os seus interesses (direitos) ofendidos por um outro Estado, o Estado ofendido poderá criar uma situação que, em condições normais, não seria permitida, reagindo, portanto, à violação provocada por este outro Estado. Para o austríaco, a violação dos interesses entre os Estados constitui-se num delito internacional – não se devendo compreender aqui a palavra *interesse* egoisticamente, mas devendo-se, sim, ler, “interesses entre Estados” como

expressão sinônima de *Direitos estabelecidos entre Estados* e de algum modo violados. A reação ao delito é uma sanção, e a sua aplicação é feita pelo próprio Estado ofendido, por faltar na comunidade internacional um órgão que seja encarregado dessa tarefa, como os existentes nas ordens jurídicas nacionais. Caso estejam Estados litigantes, entretanto, inseridos numa mesma ordem jurídica – numa Organização Internacional – poder-se-á vislumbrar a aplicação da sanção pelo terceiro ente (a Organização Internacional), e não pelo Estado cujo direito fora violado. Mas a regra é ainda a da falta de centralidade na Comunidade Internacional, isto por conta da inaplicabilidade do conceito de soberania estatal para o DIP. Inclusive, quanto à soberania, entendia realmente Kelsen que era um conceito que, se existisse, só poderia se aplicar ao Direito Internacional Público, e não às dezenas de ordens jurídicas nacionais: ora, se soberania quer dizer *poder total*, então como pode no mundo haver 192 poderes totais (192 é o número correspondente ao de Estados filiados à ONU). O DIP, então, é uma ordem normativa das condutas humanas, obrigando pessoas, mediata ou imediatamente. Porém, os destinatários imediatos das normas de DIP são só os sujeitos clássicos de DIP (Estados e Organizações Internacionais); os indivíduos são destinatários mediatos, em regra. Kelsen percebe que não há uma centralização da criação e da aplicação do direito na ordem jurídica internacional. Trata-se o DIP, segundo ele, de uma ordem jurídica *primitiva*, cujo último estágio de evolução tende para a formação de um Estado mundial, nos moldes dos Estados nacionais contemporâneos. De qualquer modo, conclui Kelsen que o DIP é superior hierarquicamente aos direitos nacionais, razão pela qual se lhe dá a coroa de “rei do Monismo Jurídico”, com o DIP no topo de uma-só (daí o monismo) ordem jurídica chamada Direito.

Efetivamente, a **tendência**, até dos governos que ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é a de começarem abrir as suas soberanas portas para o entendimento de que o DIP é superior e deve ser aplicado, implementando-se, assim, maior centralidade ao DIP, fungindo-se, destarte, do primitivismo denunciado cientificamente por Kelsen. Tal **tendência** é o que se depreende do preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, **quando**: 1) reconhece a importância cada vez maior dos tratados como fonte do direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as Nações, quaisquer que sejam os seus regimes constitucionais e sociais; 2) constata que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universais; 3) proclama o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; 4) afirma que as regras do direito internacional

consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Por fim, ***aos olhos do DIP***, para afirmar a superioridade deste sobre os direitos nacionais, assim estatuíram os seguintes dispositivos da *convenção* acima comentada:

“art.6.º- Pacta sunt servanda:

Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé”.

‘art. 27.º- Direito interno e observância dos tratados:

Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado”.

b.1.2) O DIP no Brasil

No item b.1.1, foi visto o que o DIP pensa de si próprio. Aqui não! Será estudada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, a partir dela, como o Brasil se posiciona diante de eventual conflito entre norma de DIP e norma interna.

(i) A regra geral é a de que tratados e leis federais se equivalem, pelo fato de ambas estarem submetidas ao controle de constitucionalidade (art. 102, III, b). Assim sendo, caso haja conflito entre tratado e lei, deve-se aplicar a norma mais recente, seja ela um tratado, seja ela uma lei – *Lex posterior derogat priori* ou, para os ingleses, *regra later in time*. Segue nosso posicionamento importante parcela da doutrina nacional (REZEK, 2009, p. 101). O texto literal do art. 102, III, b da Carta Política em vigor é:

“Art. 102- Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...)b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Nenhuma norma da Carta de 1988 autoriza os intérpretes a entender que tratados internacionais *comuns* são superiores às leis federais brasileiras.

(ii) Mas nem todo acordo internacional é possuidor, no Brasil, da mesma estatura hierárquica que a lei federal. Há *exceções de supralegalidade*, e delas abaixo trataremos:

(ii.i) Tratados internacionais de direito tributário: reza o art. 98 do CTN (Código Tributário Nacional) que “*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*”. A exegese correta para este dispositivo é a seguinte: a) trata-se o CTN de norma com estatura complementar, tendo recebido

tal *upgrade* pela Suprema Corte brasileira por conta do fato de o Congresso Nacional, após a CF/88, ainda não haver legislado complementarmente para normatizar as regras gerais de direito tributário (art. 146, III). Sobre o fato de o CTN ser norma complementar, é enfatizado (REZEK, 1986, PP. 122/123) que tal complementaridade é decisiva para que se possa fugir à regra geral de que tratados e leis, perante da CF/88, são dotados da mesma hierarquia; b) sendo o tratado tributário posterior à lei tributária interna, o primeiro afasta a aplicabilidade desta; c) estando em vigor o tratado de direito tributário, deve o legislador nacional observar os seus termos, a fim de que não positive projeto de lei tributária que venha afrontar os dispositivos do pacto preexistente, mas, caso o legislador nacional insista na referida positivação doméstica, então deverão os aplicadores do direito afastar a aplicabilidade da lei brasileira posterior.

(ii.ii) tratados sobre transportes internacionais: está inscrito no *caput* do artigo 178 da Constituição em vigor: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. Interprete-se: com a atual redação do art. 178, estabeleceu a Carta que a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre se dê por lei. Logo, a lei do Congresso Nacional deverá dispor sobre os assuntos elencados de maneira soberana. Entretanto, ressaltou o constituinte uma parte: a lei brasileira não poderá dispor ilimitadamente acerca da ordenação do transporte internacional. Assim, há dois regimes sobre ordenação de transportes: 1º) a lei interna disporá com ampla liberdade acerca da ordenação dos transportes nacionais em território brasileiro; 2º) a lei interna não disporá com ampla liberdade sobre a ordenação do transporte internacional, pois deverá respeitar os tratados internacionais.

(ii.iii) tratados de extradição: a norma infraconstitucional pátria que dita regras *gerais* sobre extradição é a Lei 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, sendo os tratados bilaterais os veículos introdutórios de normas especiais de *extradição*.

As normas de tratado de extradição que obriga dois países podem ser inseridas no contexto normativo de lei especial. Já as normas constantes num diploma legal interno que disponha sobre extradição são consideradas como inseridas em lei geral. Assim, num pedido de extradição que a Bélgica aviar ao Brasil, solicitando-lhe que entreguemos cidadão seu, aplicar-se-á o tratado celebrado entre Brasil e Bélgica em 1957; afasta-se a aplicabilidade da Lei 6.815/80, nesta hipótese. Por outro lado, na hipótese de um pedido de extradição aviado pela Rússia ao Brasil, o Supremo Tribunal Federal o avaliaria à luz do Estatuto do Estrangeiro – pela falta de tratado específico entre

estes dois países –, devendo a reciprocidade operar como base jurídica do pedido, o que significa que só seria deferida a extradição se a Rússia promettesse acolher, em eventual caso inverso futuro, o pedido do Brasil, processando-o à luz de seu direito doméstico.

- (ii.iv) tratados para a integração na América Latina: consta na Carta da República que “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (caput do art. 4º): (...)Parágrafo único - A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

A exemplo do que se fez na União Europeia, desejou o constituinte originário de 1988 inserir o Brasil num contexto mais internacionalizado, e, neste caso específico do parágrafo único do artigo quarto, num verdadeiro contexto de direito comunitário. Assim sendo, só se pode inferir que qualquer tratado internacional (ou normativa comunitária do Mercosul ou da Aladi (Associação Latino-Americana de Integração) suplantará normas unilaterais brasileiras (leis) que disponham sobre as relações do Brasil com os demais países da América Latina. Só assim se alcançará uma integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Deste modo, a Constituição estará a ser respeitada.

(iii) tratados internacionais de direitos humanos – regras equivalentes às normas constitucionais: são várias as razões que induzem os brasileiros a não terem dúvidas sobre a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil fizer parte, e este entendimento já era possível antes da atabalhoada Emenda Constitucional 45/2004. Enumeremo-nas:

1ª) a partir da consideração de que a Constituição nasceu, por escrito e formalmente, no final do século XVIII para cumprir a função de estruturar o Estado e a de *proclamar e garantir direitos fundamentais*, só se pode inferir que normas de direitos humanos são normas materialmente constitucionais.

2ª) O preâmbulo da Constituição em vigor fala em “(...) *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...)*”. Isto significa que, antes de tudo, o Brasil do constituinte de 88 é um país que deve primar pela observância ampla dos direitos fundamentais. Complementam e concretizam o que aqui é dito os artigos 1º, II, III e IV; 3º, IV; 5º, §1º; 6º; 7º; 8º; 9º; 10º; 11; 12; 13; 14; 15, dentre vários outros mais específicos plasmados formalmente na Carta.

3ª) No que tange às relações internacionais do Brasil, quis a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 que este país seja regido, dentre outros princípios, pelo da *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, II); *prevalência... frise-se!*

4ª) Desejamos aqui apelidar o §2º do art. 5º de *janela aberta para a prevalência dos direitos humanos*. Através da interpretação desta normativa, infere-se que o constituinte de 1988, humildemente, não desejou fechar o elenco de direitos fundamentais somente nos setenta e oito incisos casuísticos do artigo quinto. Deixou, destarte, a *janela aberta* para que também se possa considerar como norma de direito humano a proveniente de princípios constitucionais e de tratados internacionais. Isto significa que a Constituição criou três edifícios de peso Constitucional

para a construção dos direitos humanos com a mesma estatura e a mesma eficácia de seu próprio texto formalmente escrito. Os três edifícios constitucionais de direitos humanos são: (a) aqueles elencados enumeradamente na Carta; (b) os que os intérpretes da Constituição apontarem como decorrentes de princípios constitucionais de direitos humanos; (c) os que forem formalizados em tratados internacionais de que o Brasil fizer parte.

5ª) Informa CANÇADO TRINDADE (1987, pp. 109/116) que os constituintes de 1988 aceitaram a sua proposta de que se imprimisse ao tratados de direitos humanos hierarquia constitucional, e daí resultou o parágrafo segundo do artigo quinto.

6ª) A Emenda Constitucional 45 é inconstitucional! Isto porque criou uma dificuldade para os tratados internacionais de direitos humanos. A partir da referida emenda, tais tratados passaram a dever tramitar no Congresso como se emendas constitucionais fossem, e, como é sabido, antes da EC/45, os tratados internacionais tramitavam pelo Congresso necessitando de maioria simples em sua votação única. Ora, criar um caminho – como criou a EC/45 – que dificulte a caracterização e a execução de normas de direitos humanos, num país de democracia tardia, é, para além da ignorância, má vontade e violação explícita ao preexistente art. 60, §4º, que, em português claro, prescreve que não deve ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (ou diminuir o grau de abrangência dos) os direitos fundamentais. Entretanto, a EC/45 criou norma formalmente constitucional, e, enquanto não for derrubada pela Corte Suprema, deve ser aplicada. Daí, pergunta-se: e os tratados de direitos humanos que o Brasil ratificou antes da emenda em tela? A resposta é: são normas materialmente constitucionais, do mesmo modo, por tratarem-se de normas de direitos humanos; são normas que, na época, seguiram o trâmite que existia (ato jurídico perfeito), o mesmo da votação da lei ordinária, sendo, portanto, tais tratados, perfeitamente aceitáveis como normas de direitos humanos porque, apesar de naquele tempo serem votados no Congresso como leis ordinárias, na realidade – em sua substância material – veiculavam já aqueles tratados normas materialmente constitucionais por serem tratados de direitos humanos.

A afirmação é peremptória: tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional no sistema jurídico brasileiro pelas razões acima expostas, e sobre isso já falamos em outros livros (PAGLIARINI, 2007, p. 133), no que somos coincidentes, em opinião, com doutrina de escol (SARLET, 2007, pp. 331; PIOVESAN, 1996, p. 99)

c) Sobre a eficácia de norma constitucional

Discute-se, sim, a eficácia do inciso I, do art. 7º da Constituição de 1988, que precisa ser regulamentado através de lei complementar nele prevista (mas que ainda não vigora), para que a proteção contra a despedida arbitrária seja uma verdade jurídica e real. Para a doutrina constitucionalista, as normas de direitos fundamentais são marcadas pelo postulado da máxima efetividade da norma constitucional, denominado por André Ramos Tavares de maximização das normas constitucionais (TAVARES, 2010, p. 416).

Logo, enquanto o legislador complementar não cumprir a função que lhe foi aberta pela própria Carta da República, há que se interpretar que a dispensa coletiva sem lastro em justificativa

alguma é inconstitucional, e, neste caso, deveria o próprio Judiciário, caso acionado, intervir no sentido de fazer valer o direito humano ao trabalho, uma vez que, sem dúvida, a dispensa coletiva não gera somente desemprego em massa, mas, por isso e por causa disso, verdadeira depressão econômica que certamente reflete em todos os campos das negociações individuais ou coletivas.

Sendo assim, até os dias atuais, não é raro ocorrer dispensas coletivas, envolvendo um grande número de trabalhadores, com a justificativa de fatores vinculados à situação econômica da empresa, do setor ou da atividade em geral, bem como em decorrência de causas disciplinares, tecnológicas ou financeiras, com respaldo analógico no artigo 165 da CLT.

Renato Rua de Almeida observa que a doutrina tradicional ainda identifica no ordenamento jurídico pátrio a natureza potestativa implícita no ato unilateral do empregador de extinguir o contrato de trabalho, até mesmo nas despedidas coletivas, sem qualquer limite ou condição (ALMEIDA, 2009, p. 35).

Sob esse aspecto, a crise, na acepção econômica, é uma das justificativas pautadas pelos empregadores para a rescisão do pacto laboral. Constitui um fenômeno do modelo capitalista, ou seja:

“grave desequilíbrio conjuntural entre a produção e o consumo, acarretando aviltamento dos preços e/ou moeda, onda de falências e desemprego, desorganização dos compromissos comerciais; fase de transição entre um surto de prosperidade e outro de depressão, ou vice-versa” (HOUAISS, 2009, p. 872).

Como possui várias dimensões que se correlacionam com as variações do sistema econômico nacional, empresarial e mundial, a crise econômica tem uma ligação direta com a questão dos empregos, sendo considerada como companheira do Direito do Trabalho (NASCIMENTO, 2009, p. 63).

No entanto, não é possível a aceitação da liberdade contratual de despedir em massa, desconsiderando o direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa insculpida na Constituição vigente, e também em face ao paradigma da ilicitude contratual por abuso de direito, nos moldes dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

d) Crise econômica global *versus* direitos fundamentais?

Todavia, incontestavelmente, a crise financeira que assolou os Estados Unidos da América no segundo semestre de 2008, abalou profundamente a economia de produção e aumentou o índice de desemprego, repercutindo seus graves efeitos em todo o mundo, voltando à baila a questão referente à despedida coletiva como medida estratégica para as empresas, sob a desculpa de evitar mal maior, quer seja, sua extinção. É certo, entretanto, que um mal – a crise impulsionada pelos Estados Unidos – não pode impulsionar uma injustiça que fira o direito constitucional ao trabalho digno e estável.

Observa-se que o art. 482 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) não elenca a crise econômica como hipótese típica e taxativa de justa causa para rescisão do contrato de trabalho. De qualquer forma, não se pode permitir juridicamente que o empregador exerça o direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho, dispensando coletivamente seus empregados, visto que o Texto Constitucional vigente, a partir dos pilares magnos da dignidade humana e da construção do Estado de Bem-Estar Social, autoriza a afirmação de que a dispensa coletiva deve ser evitada. Sendo assim, configura a dispensa coletiva uma agressão aos princípios constitucionais valorizadores do trabalho, da justiça social, do bem-estar e da segurança, entre outros.

Diante do exposto, pergunta-se: é o Direito do Trabalho um Direito Fundamental? A resposta é sim, mas não quer isso dizer que ele não possa sofrer modificações ao longo do tempo, atendendo aos reclames da contemporaneidade. Contudo, não se pode admitir, referentemente à dispensa coletiva, que ela possa ser manipulada pelas empresas, sob a alegação de que o legislador infraconstitucional não regulamentou através de lei complementar, o inciso I, do art. 7º, da Carta Magna.

Desse modo, a impossibilidade de dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro passa a ser considerada como um direito fundamental contra o qual não se pode impor retrocesso, tendo o inciso I, do art. 7º da Carta em vigor, aplicabilidade imediata.

Importante, também, observar, que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 possui a natureza de princípio, devendo ser interpretado como um mandado de otimização ou maximização de todo o ordenamento dos direitos fundamentais, de forma a imprimir ao Estado a tarefa de reconhecer e possibilitar o seu maior grau de eficácia (SARLET, 2007, p. 220).

Sendo assim, tal preceito é capaz de gerar uma presunção em favor da plena aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais, buscando-se a máxima efetividade da norma constitucional. Esta lição está evidente na doutrina moderna, quando dispõe que pela ausência da

regulamentação legal do art. 7º, inciso I, da Constituição vigente, a eficácia horizontal deste direito fundamental social deve ser garantida pela exigência do cumprimento pelo empregador, nas dispensas coletivas, dos valores da boa fé objetiva e dos seus deveres anexos.

Segundo Gilmar Mendes, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais “(...) valeria como indicador de aplicabilidade da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível (...)” (MENDES, 2010, p.330).

Considera-se, portanto, que uma norma constitucional positivadora de direito fundamental, seja ele individual ou social, só pode ser interpretada segundo o *postulado da máxima efetividade da norma constitucional*. Isto significa que uma norma definidora de direito humano deve ser aplicada pelo magistrado independentemente de norma infraconstitucional, devendo ele próprio, o magistrado, tratar de imprimir efetividade àquilo que foi determinado pelo constituinte originário. Ressalta-se que a falta de norma regulamentadora de direito humano, em casos particulares, pode ensejar o ajuizamento de Mandado de Injunção, bem como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (BASTOS, 2010, p. 78).

Desse modo, tais valores impregnam o conteúdo do contrato de trabalho como fonte subsidiária, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT. Nesta esteira, é possível afirmar que as normas de Direito do Trabalho pertencem à segunda geração dos direitos humanos, juntamente com normas constitucionais relativas à saúde e à educação públicas, por exemplo, (TAVARES, 2010, p. 35).

Além do exposto, é imperativo que em tempos de globalização e crise econômica, o princípio da proteção, edificador de todo o Direito do Trabalho, equalizador da assimetria de forças caracterizadoras das relações de emprego, seja preservado.

Igualmente, impõe-se a observância do princípio da continuidade da relação de emprego, que repudia a dispensa coletiva e o princípio do duplo controle social da dispensa operado pelos trabalhadores, através de entidades sindicais e pelo Estado, via intervenção administrativa. Nesse sentido, o Ministério Público do Trabalho tem instaurado inquéritos civis para investigar eventual abuso no poder de dispensar (TAVARES, 2010, p. 35).

A jurisprudência pátria tem inferido tratamento jurídico diferenciado entre dispensas individuais e coletivas, sustentando a existência de abuso por parte da empresa, que sem prévia negociação coletiva dispensa coletivamente contingente de empregados (TRT 15ª REG/ DC-00309-2009-000-15-00-4). É bem verdade, igualmente, que existem decisões contrárias que reputam

como lícita tal conduta patronal, ante a ausência de norma jurídica expressa que obrigue o empregador a negociar antecipadamente com as entidades de classe e buscar outros métodos que precedam a dispensa coletiva.

No ano de 2009, em julgamento de dissídio coletivo sobre despedida coletiva de empregados justificada por grave retração econômica, a Seção de Dissídios Coletivos do TST, por maioria de votos, decidiu que “a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.” Ressalvou o Relator Min. Maurício Godinho Delgado que “a d. maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra” (DELGADO, 2010, p. 1041).

Observa-se que a ordem constitucional prevê não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, III; como também, o da valorização do trabalho, nos arts. 1º, IV; 6º e 170, VIII, e o princípio da intervenção sindical nas questões trabalhistas, no art. 8º, III e VI. Devem, por conseguinte, tais dispositivos da Carta Magna ser complementados com o que consta de direitos fundamentais nos tratados de direitos humanos que o Brasil tem em vigor, mesmo aqueles anteriores à EC/45 – também válidos como normas constitucionais de direito humanos, segundo André Ramos Tavares, para quem a tese da incorporação constitucional automática via § 2º do art. 5º seja mantida para os tratados ratificados antes da publicação da EC n. 45/2004 (TAVARES, 2007, p. 77) – nutrindo da mesma opinião que explicitamos supra.

Desse modo, se do ponto de vista econômico, são inevitáveis as mudanças impostas pelas leis do mercado na seara das relações entre capital e trabalho, em prol da manutenção da empresa e do emprego, é necessário que seja preservada a pessoa humana como tarefa inafastável do Estado Democrático de Direito. Justifica-se que de nada adiantaria a previsão normativa da valorização do trabalho, se nas relações jurídicas que o tem como conteúdo, ele for desprezado.

Argumenta-se, ainda, que, à medida que o Estado intervém para salvar as empresas, a sociedade deve exigir a intervenção estatal para resguardar o trabalho humano, posto ser ele, e não o capital, a razão de tudo.

O certo é que existem diplomas internacionais ratificados, a exemplo das Convenções nº. 11, 98, 135 e 141 da OIT, que não autorizam dispensas coletivas unilaterais e potestativas, por se tratarem de ato coletivo inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, exigindo, conseqüentemente, a participação dos respectivos sindicatos das categorias profissionais. Além do exposto, a negociação

é inerente ao Direito Coletivo, e no Brasil, a obrigação de negociar coletivamente está implícita nos §§ 1.º e 2.º do art. 114 da Constituição de 1988.

É necessário, primeiramente, que se reconheça juridicamente a diferenciação entre despedida individual e coletiva, visto que os impactos familiares, sociais e econômicos são totalmente distintos. Inegavelmente, a despedida em massa repercute de forma negativa não apenas no patrimônio moral e material de cada trabalhador, mas na sociedade como um todo, mediante o crescimento dos índices de pobreza, criminalidade, insegurança e revolta (FABIANO & RENAULT, 2009, p. 310).

Por fim, o Direito do Trabalho precisa ser compreendido e aplicado à luz dos princípios constitucionais e internacionais valorizadores da dignidade humana, para que sejam reduzidas as injustiças sociais. Desse modo, é inaceitável, juridicamente, a dispensa coletiva imediata, sem prévia tentativa de negociação coletiva, e dessa assertiva advém à necessidade de se afirmar permanentemente a supremacia da Constituição da República e do Direito Internacional em prol da concretização dos direitos fundamentais.

Entende-se que o moderno Direito do Trabalho não pode se distanciar dos instrumentos de controle de dispensa do trabalhador, haja vista existirem procedimentos que envolvem, desde simples consultas prévias às representações trabalhistas, até autorizações administrativas, e finalmente, a atuação jurisdicional.

Como alternativa jurídica e social para o enfrentamento da crise econômica global, salienta-se a previsão constitucional da redutibilidade salarial via negociação coletiva em busca da manutenção dos postos de trabalho, como também, a alternativa da suspensão coletiva dos contratos de trabalho, também através da negociação coletiva.

Entende-se que o sistema jurídico trabalhista brasileiro não está preparado para o enfrentamento de crises econômicas, porque faltam mecanismos que prevejam as dispensas coletivas, e inegavelmente, a crise econômica convive com o Direito do Trabalho, sendo necessário e urgente seu aperfeiçoamento, pois como é senso comum, se o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga e ignora o Direito.

A propósito, o agente do direito deve buscar a efetividade do direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, inadmitindo, portanto, a liberdade contratual como direito potestativo de despedida coletiva.

Sendo assim, e em qualquer situação, inclusive em tempo de crise financeira, urge, primeiramente, valorizar e proteger o trabalho humano, pois como observou o Papa João Paulo II, trata-se de uma causa primária, enquanto o capital deve ser considerado como conjunto de meios de produção, permanecendo apenas como causa instrumental (PAULO II, 2003, p. 13).

Na verdade, tem razão Antônio Álvares, quando sustenta que “onde há trabalho, há dinamismo, construtividade, progresso e bem-estar social. Onde não há trabalho há desemprego, miséria, estagnação social e desconstrutividade” (ÁLVARES, 2009, p. 651).

Com efeito, o Estado-Nação deve intervir cada vez mais nas relações jurídicas, garantindo a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, essencialmente através do trabalho, enquanto meio preponderante para assegurar direito à vida com dignidade.

III- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, não é possível a aceitação jurídica da liberdade contratual de despedir em massa, desconsiderando o direito fundamental social da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa insculpido na Constituição vigente, e também em face ao paradigma da ilicitude contratual por abuso de direito, nos moldes dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

Entende-se que as normas de direitos fundamentais são marcadas pelo postulado da máxima efetividade da norma constitucional, e desse modo, a impossibilidade de dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro passa a ser considerada como um direito fundamental contra o qual não se pode impor retrocesso, tendo o inciso I, do art. 7º da Carta em vigor, aplicabilidade imediata.

Importante observar, que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 possui a natureza de princípio, devendo ser interpretado como um mandado de otimização ou maximização de todo o ordenamento dos direitos fundamentais, de forma a imprimir ao Estado a tarefa de reconhecer e possibilitar o seu maior grau de eficácia (SARLET, 2007, p. 57).

O Direito Internacional Público (DIP) deve ser enfrentado a partir de duas visões: uma internacionalista; a outra, a partir do que estatui o direito nacional plasmado na Constituição. A visão internacionalista, conforme visto em longas linhas colocadas no desenvolvimento deste trabalho prega ser o DIP superior aos direitos nacionais. Por outro prisma, o da Constituição

brasileira de 1988, o DIP equivale à lei federal brasileira, sendo assim para os tratados internacionais; logo, caso haja conflito entre tratado e lei, aplica-se a norma mais recente. As exceções de supralegalidade são quatro, as dos tratados: de direito tributário; de transportes internacionais; de extradição; de união latino-americana. Não obstante, ainda há uma verdadeira exceção de equivalência constitucional: a dos tratados internacionais de direitos humanos que, pela janela aberta do §2º, do art. 5º, da CF/88, são equiparados às regras formais e aos princípios constitucionais de direitos humanos, sendo, portanto, a EC/45, de dezembro de 2004, absolutamente inconstitucional, pelas razões minuciosamente expostas no corpo deste texto científico.

Portanto, no que tange ao direito do trabalho (que é um direito regulado por cima na própria Carta), verifica-se, também nele, que existem diplomas internacionais ratificados, a exemplo das Convenções nº. 11, 98, 135 e 141 da OIT, que não autorizam dispensas coletivas unilaterais e potestativas, por se tratarem de ato coletivo inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, exigindo, conseqüentemente, a participação dos respectivos sindicatos das categorias profissionais. Além do exposto, a negociação é inerente ao Direito Coletivo, e no Brasil, a obrigação de negociar coletivamente está implícita nos §§ 1.º e 2.º do artigo 114 da Constituição de 1988.

Por fim, o Direito do Trabalho precisa ser compreendido e aplicado à luz dos princípios constitucionais e internacionais valorizadores da dignidade humana, para que sejam reduzidas as injustiças sociais. É inaceitável, por conseguinte, a dispensa coletiva imediata, sem prévia tentativa de negociação coletiva, e dessa assertiva advém à necessidade de se afirmar permanentemente a supremacia da Constituição da República e do Direito Internacional em prol da concretização dos direitos fundamentais.

Vale lembrar, que em tempos de globalização e crise econômica, o princípio da proteção, edificador de todo o Direito do Trabalho, equalizador da assimetria de forças caracterizadoras das relações de emprego, seja preservado, impondo-se, igualmente, a observância do princípio da continuidade da relação de emprego, que repudia a dispensa coletiva e o princípio do duplo controle social da dispensa operado pelos trabalhadores, através de entidades sindicais e pelo Estado, via intervenção administrativa.

Sendo assim, se do ponto de vista econômico, são inevitáveis as mudanças impostas pelas leis do mercado na seara das relações entre capital e trabalho, em prol da manutenção da empresa

e do emprego, é necessário que seja preservada a pessoa humana como tarefa inafastável do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, justifica-se que de nada adiantaria a previsão normativa da valorização do trabalho, se nas relações jurídicas que o tem como conteúdo, ele for desprezado.

IV- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renato Rua de. *Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?* Revista LTR 73-04/391. São Paulo. LTr. Abril. 2009.

ALVARES, Antônio. *Dispensa coletiva e o controle pelo judiciário.* Revista LTr. 73-6/650-670. São Paulo: Ltr. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 22. ed. Atualizado por MEYER-PFLUG, Samantha. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *(In) Assembleia Nacional Constituinte: ata das Comissões.* Vol. 1, nº 66, (supl.). Brasília, 27 mai. 1987.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr. 2010.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Crise financeira mundial-tempo de socializar prejuízos e ganhos.* Revista LTr. 73-12/1500-1509. São Paulo: LTr. 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* São Paulo: Objetiva. 2009.

JOÃO PAULO II. *Encíclica “Laborem Exercens”, 14.09.81.* In: João Paulo II Encíclicas. Armando Casimiro Costa e Ives Gandra da Silva Martins Filho (Org.). São Paulo: Ltr. 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social.* São Paulo: Ltr. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alii.* *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. São Paulo: 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos.* Revista LTr. 73-01/7-16. São Paulo: Ltr. 2009.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ & SARLET, Ingo. Manifesto em favor da democracia (e dos direitos humanos) no Estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade civil. *(In) Direitos humanos e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Jurisprudência do Supremo e direito tributário. (In) *Revista de direito tributário*, Seção Conferências e debates. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 37, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ & PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Direitos fundamentais, reforma do Judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. (In) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito fundamental à educação*. In: *Anima Revista Eletrônica*. v. 1, I ed. Curitiba, 2010.

_____. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRABALHO VOLUNTÁRIO: FRAUDE E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Volneida Costa¹

A idéia básica que norteia a prestação do trabalho voluntário reside em sua natureza benevolente, que implica em gratuidade por aquele que presta o trabalho.

A Organização das Nações Unidas – ONU, ao divulgar seu Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Programa de Voluntários das Nações Unidas (PVNU) compreende que “voluntário é o jovem, adulto ou idoso que, devido a seu interesse pessoal e seu espírito cívico, dedica parte do seu tempo, sem remuneração alguma, a diversas formas de atividade, organizadas ou não, de bem estar social ou outros campos.”²

Do ponto de vista jurídico, Maurício Godinho Delgado³ observa que essa natureza benevolente conjuga duas grandes dimensões constitutivas que ele denomina de caráter *subjetivo* (centrada no ânimo) e o caráter *objetivo* (centrada na causa do labor ofertado).

*“A dimensão subjetiva do trabalho voluntário traduz-se, pois, na índole, na intenção, no ânimo de a pessoa cumprir a prestação laborativa em condições de benevolência. Essencialmente tal idéia imporá na *graciosidade da oferta do labor*, em anteposição às distintas formas de trabalho oneroso que caracterizam o funcionamento da comunidade que cerca o prestador de serviços.”*

Assim, a dimensão subjetiva do trabalho pode ser sintetizada na intenção do prestador e na ausência de onerosidade (gratuidade) sob a ótica desse trabalhador que presta o serviço, devendo ser ressaltado que a prestação de qualquer tipo de trabalho transfere valor econômico ao tomador do serviço.

¹ Professora de Direito Processual do Trabalho e Direito Constitucional na PUC Minas e UEMG, com mestrado e doutorado em Direito Constitucional pela UFMG.

² Sobre o programa de voluntariado da ONU consultar a página do Centro de Informação da ONU no Brasil. Disponível em: <<http://www.unicrio.org.br/Voluntariado.php>> . Acesso em 22.03.2007.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 343-344.

Por sua vez a *dimensão objetiva do trabalho voluntário* está vinculada à causa propiciadora e instigadora do labor ofertado. A conjugação dessas duas dimensões caracteriza e justifica o serviço voluntário autêntico.

No Brasil, especialmente a partir do início da década de 1990 vivenciamos uma forte onda de reformas na legislação trabalhista, com a flexibilização do contrato de trabalho de forma a diminuir ou até mesmo excluir direitos e conquistas sociais adquiridas durante décadas.

Os argumentos ideológicos e políticos utilizados para justificar a precarização da relação de emprego baseiam-se em uma suposta necessidade de adequar a legislação trabalhista aos imperativos da nova ordem econômica imposta pela globalização, reduzindo-se os custos da mão-de-obra para viabilizar os investimentos e atrair o capital.

Nesse contexto das reformas *necessárias* que supostamente o Brasil deveria implantar para entrar na modernidade e tornar-se mais competitivo, beneficiando milhares de pessoas necessitadas, em 18 de fevereiro de 1998 o Presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei nº 9.608/98 dispondo sobre o exercício do serviço voluntário⁴.

Nos termos do artigo 1º da referida lei considera-se serviço voluntário a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade.

Com tais características e justificativas a Lei nº 9.608/98 que regulamenta o trabalho voluntário no Brasil excluiu esse tipo de trabalhador da proteção do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário ao estabelecer que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista ou previdenciária (parágrafo único do artigo 1º).

Essa exclusão de direitos somente se justifica em face da natureza benevolente do serviço voluntário.

“O que justifica o Direito subtrair, praticamente, qualquer proteção jurídica ao trabalhador nas relações de voluntariado é, sem dúvida, de um lado, a vontade, o ânimo gracioso do prestador, mas também, em igual medida e intensidade, a *causa benevolente dos serviços realizados*. O serviço voluntário não pode ser instrumento para o sistema econômico potencializar seus ganhos e aprofundar a concentração de renda no plano social. Nesse

⁴ Para uma análise crítica da contratação de voluntários e da atuação do terceiro setor junto ao Estado, ver Carlos Montañó (Terceiro setor e questão social. Crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2002).

quadro, é fundamental que a causa benevolente de tais serviços esteja presente, quer no tocante à figura do tomador, quer no tocante aos objetivos e natureza dos próprios serviços.”⁵

A advertência de Maurício Godinho muito provavelmente resulta da experiência e da constatação de que no Brasil encontra-se arraigada a prática de utilizar os mecanismos da própria lei para obter vantagem econômica e mascarar autênticas relações de emprego em prejuízo dos direitos dos trabalhadores, como ocorre com as cooperativas de trabalho, com os estagiários e agora também com os trabalhadores que prestam “serviços voluntários”.

No entanto, essa prática às vezes chega a ser estimulada pela própria norma jurídica, como passamos a demonstrar através da medida tomada pelo Governo Lula de combater o desemprego através da utilização do serviço voluntário. Parece absurda a idéia visto que até então voluntário não poderia receber remuneração pelo trabalho prestado.

Em 22 de outubro de 2003 foi sancionada a Lei n. 10.748 – alterando Lei do Serviço Voluntário – para criar o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para Jovens – PNPE, com os seguintes objetivos formais: 1) promover a criação de postos de trabalho para jovens ou prepará-los para o mercado de trabalho e ocupações alternativas, geradoras de renda e 2) promover a qualificação do jovem para o mercado de trabalho e inclusão social. (art. 1º, I e II).

A Lei nº 10.748 acrescenta o artigo 3º-A e seus parágrafos ao texto da Lei nº 9.608/98 (que regula o trabalho voluntário), autorizando a União conceder *auxílio financeiro* de até R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) ao prestador de serviço voluntário que tenha idade entre 16 e 24 anos, que seja de família com renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo.

Pela redação atual do parágrafo 2º do artigo 3º-A da Lei nº 9.608/98 esse auxílio financeiro deverá ser pago pelo órgão ou entidade pública ou ainda por instituição privada sem fins lucrativos previamente cadastrados no Ministério do Trabalho e Emprego, utilizando recursos da União mediante convênio ou com recursos próprios.

Assim, temos a situação curiosa em que o primeiro emprego não é propriamente um emprego e o voluntário não é mais um individuo que presta o serviço voluntário de forma gratuita. Misturou-se trabalho voluntário com primeiro emprego.

⁵ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 345.

Trata-se de verdadeira aberração jurídica que desqualifica duplamente o trabalhador em sua primeira experiência como empregado e como voluntário, na medida em que tecnicamente não se pode falar em remuneração de voluntários ainda mais tratando-se de menor e com recurso governamental. Na verdade o próprio Estado abriu as portas para a fraude e para a precarização do trabalho.

Nos termos da referida Lei n. 10.748/03 o Programa do Primeiro Emprego deve atender jovens com idade entre 16 (dezesesseis) e 24 (vinte quatro) anos em situação de desemprego involuntário, os quais recebem auxílio financeiro por meio de convênios, no valor de até R\$ 150,00 (art. 2º, § 7º da Lei n. 10.748/03).

Além disso, o jovem deve preencher os requisitos do artigo 2º da lei, entre os quais o de não ter mantido vínculo empregatício anterior, ser membro de família com renda mensal *per capita* de até meio salário mínimo, estar matriculado e frequentando regularmente estabelecimento de ensino fundamental ou médio ou cursos de educação de jovens e adultos ou ainda que tenham concluído o ensino médio, exigindo-se também que estejam cadastrados nas unidades executoras do Programa.

Por sua vez, os empregadores que contratarem através desse Programa recebem subvenção econômica no valor de seis parcelas bimestrais no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) por emprego gerado, sendo tal valor reajustado anualmente a partir de 1º de janeiro de 2005 (artigo 5º).

Em muitos casos concretos a prestação do trabalho voluntário tem contribuído com o aprofundamento da precarização do trabalho, especialmente quando utilizado para a realização de tarefas que deveriam ser realizadas pelos trabalhadores com vínculo empregatício ou mesmo para substituir trabalhadores na prestação de serviço público pela Administração.

Podemos ilustrar essa situação com a medida adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, alegando “restrições orçamentárias impostas ao Poder Judiciário” criou um Programa de Voluntariado para realização de serviços públicos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publicou em 11/10/2006 a Resolução 285/06, instituindo um programa para a prestação de serviço voluntário por magistrados e profissionais graduados ou estudantes vinculados aos cursos nas áreas do Direito, Psicologia, Medicina, Serviço Social, Secretariado, Pedagogia, Administração, Ciências Contábeis, Arquivologia,

Letras, Economia, Matemática, Biblioteconomia, Engenharia, Comunicação Social e Enfermagem, representantes da sociedade civil com atuação nas áreas de educação, cultura ou desporto⁶.

Na avaliação dos sindicatos dos trabalhadores, representados pelo Conselho Regional de Serviço Social do Estado de São Paulo – CRESS esse programa é uma forma de precarização da prestação da prestação de serviço e das relações de trabalho do servidor público no Tribunal de Justiça. Tanto o Cress SP quanto o Conselho Regional de Psicologia de SP, o Sindicato dos Psicólogos de SP e a Associação de Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça (AASPTJ) consideram inadmissível a contratação de voluntários, quando tal atuação for concorrente com a do assistente social e psicólogo servidor público.

Outro exemplo de deturpação do conceito de voluntário e precarização do trabalho é o concurso para voluntários da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros pelo Estado de Alagoas.

Nesse caso específico, através de edital o Governo do Estado abre inscrições para seleção de 500 “Soldados Voluntários Temporários” e 100 “Bombeiros Voluntários Temporários”.

As funções estipuladas no edital seriam de auxiliar administrativo, auxiliar de almoxarife, auxiliar de informática, auxiliar de cozinha, auxiliar de obras e manutenção de instalações, auxiliar de manutenção de viaturas, auxiliar de centro de operações policiais, atendente de telecomunicações, atendente de público e auxiliar de posto de identificação civil.

Importa dizer que todas as funções constantes do edital têm caráter permanente, não podendo ser objeto de contratos por prazo determinado ou temporários.

Estipulou-se também no edital do “serviço voluntário” o cumprimento de uma jornada de trabalho de 40 horas semanais e como remuneração (?!?) o suposto voluntário terá direito a R\$ 520,00 por mês⁷. Não nos é possível imaginar uma fraude mais explícita e escandalosa do que essa!!

⁶ De acordo com avaliação de Eulália Guimarães Gazzoli, presidente do Cress SP a respeito da medida tomada pelo Tribunal, afirma que “A resolução representa um aprofundamento da política neoliberal, estimulando o trabalho voluntário como forma de desresponsabilizar o Estado de suas funções fundamentais”. Informações obtidas na página do Conselho Regional de Serviço Social do Estado de São Paulo–CRESS-SP. Disponível em: <http://www.cress-sp.org.br/index.asp?fuseaction=info&id=226> Acesso em 08/03/2007.

⁷ Visualizando a fraude à legislação trabalhista o Ministério Público do Trabalho, através da Procuradoria Regional do Trabalho de Maceió, foi apresentado Ação Civil Pública com pedido de liminar visando a suspensão do concurso público para voluntários da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros. A liminar foi concedida pela Juíza da 1ª Vara do Trabalho de Maceió, Carolina Bertrand, fixando multa diária de 50 mil reais em caso de descumprimento. Informações disponíveis na página do Ministério Público do Trabalho: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=266&tmp.texto=4285>>. Acesso em: 25/07/2007.

A situação é ainda mais grave no Estado de São Paulo e envolve aproximadamente 14 mil “Soldados Temporários PM” admitidos como “voluntários” pela Polícia Militar. Também aqui ocorreu processo seletivo público para o exercício da função e a remuneração – chamada de auxílio-mensal – é de R\$ 700,00 por mês.

Neste caso também há intervenção do Ministério Público do Trabalho que tenta, através de Ação Civil Pública movida em face da Fazenda Pública Estadual, regularizar a situação precária desses trabalhadores que sob o suposto manto do voluntariado prestam serviços como verdadeiros empregados, mas sem acesso aos direitos trabalhistas e previdenciários.

O mais incrível é que tanto no caso de Alagoas quanto de São Paulo os editais de processo seletivo estão fundamentados formalmente na Lei Federal nº 9.029, de 20/10/2000 que estabelece normas gerais para a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares, além de leis estaduais que também dispõem sobre a matéria.

Essa lei aprovada no pacote de medidas flexibilizantes do Governo Fernando Henrique Cardoso autoriza o pagamento de um “auxílio mensal” de natureza jurídica indenizatória aos trabalhadores voluntários, cujo valor não poderá exceder a dois salários mínimos. Importante ressaltar por fim que a prestação do serviço voluntário não acarreta vínculo empregatício, nem gera qualquer obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim⁸.

Em outras palavras, por meio da ficção jurídica construída nas leis que regulam o trabalho voluntário, mesmo reunindo todos os elementos que caracterizam a relação empregatícia – a pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e remuneração – o voluntário de hoje não é empregado e é excluído de toda e qualquer proteção normativa, estando à margem do sistema de proteção ao trabalhador no Brasil.

As normas que regulam o trabalho voluntário no Brasil representam uma afronta aos princípios constitucionais, pois ferem a dignidade do trabalhador, subtraem direitos, geram insegurança real e jurídica e condena os trabalhadores a exclusão da proteção jurídica.

⁸ A Lei Federal nº 9.029, de 20/10/2000 dispõe expressamente que:

“Art. 6º Os voluntários admitidos fazem jus ao recebimento de auxílio mensal, de natureza jurídica indenizatória, a ser fixado pelos Estados e pelo Distrito Federal, destinado ao custeio das despesas necessárias à execução dos serviços a que se refere esta Lei.

§ 1º O auxílio mensal a que se refere este artigo não poderá exceder dois salários mínimos”.

§ 2º A prestação voluntária dos serviços não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.” Disponível em: <www.planalto.gov.br> . Acesso em: 23/07/2007.

Além de excluir os direitos (trabalhistas e previdenciários), essa legislação acarreta um desvirtuamento tanto do contrato de trabalho do empregado (com contrato a termo ou temporário) quanto do instituto do trabalho voluntário.

A utilização de trabalhadores travestidos de “voluntário” ou de “cooperado” alastrou-se de tal forma no Brasil⁹ que somente uma atuação corajosa do Ministério Público do Trabalho conjugada com um posicionamento firme do Poder Judiciário sobre a inconstitucionalidade das normas que lhe dão fundamentação legal com a punição pessoal dos responsáveis – principalmente no serviço público – poderá conter esse tipo de precarização e resgatar o poder normativo da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**. Crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2002.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor: regulação no Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2006.

⁹ As denúncias de fraude à legislação através da utilização de falsos voluntários e falsos cooperados são inúmeras e invadem as páginas do Ministério Público do Trabalho na Internet. A mais recente denúncia vem do Estado de Santa Catarina que também tenta utilizar o novo método de contratação de “Soldado PM Voluntário Temporário”. Para tanto basta consultar: <www.pgt.mpt.gov.br>.

O FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Ezio Frezza Filho¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DA SUPRESSÃO DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. 2. DA CONVERSÃO DO PEDIDO. 3. SOBRE A CULPA NA SEPARAÇÃO E PEDIDOS CORRELATOS. SÍNTESE CONCLUSIVA. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: A nova redação do parágrafo 6º do artigo 226, da Constituição Federal, pôs fim ao divórcio remédio, consagrou o divórcio incondicionado e acabou com a ação de separação judicial por falta de interesse na prestação da tutela e pelo princípio da economia processual. Com esse entendimento, o juiz deverá receber a ação de separação como se de divórcio fosse, franqueando às partes a discussão sobre temas correlatos, como guarda de filhos, visitas, alimentos, partilha de bens e mudança de nome, sem limitação; em contrapartida, consolida-se de vez o veto para se discutir a culpa pela separação, em nome da dignidade humana.

PALAVRAS CHAVE: separação judicial; divórcio incondicionado; conversão de pedido; cumulação de pedidos; culpa pela separação.

ABSTRACT: The new wording of § 6 of article 226 of the Federal Constitution, put order remedy and devoted to divorce and ended up with unconditioned legal separation action for lack of interest in providing protection and the principle of procedural economy. With this understanding, the judge should be acted upon separation of divorce as if it were, by opening the parties to discuss related topics such as child custody, visits, child supports, property distribution and change of name, without limitation, in However, consolidated since the veto is to discuss the blame for separation, on behalf of human dignity.

KEYWORDS: legal separation, divorce unconditioned; conversion request; overlapping claims; blame for the separation.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 66/2010, que simplificou os procedimentos para obtenção do divórcio, despidendo-os das condicionantes até então impostas pelo legislador constituinte, trouxe em seu bojo uma série de ideias novas; dentre elas, a de maior visibilidade, diz respeito à supressão

¹ Advogado, Professor da PUC Minas/Poços de Caldas e Mestre em Direito e Constituição.

pura e simples da ação de separação judicial e do procedimento de separação extrajudicial, muito embora ainda remanesçam intactos os dispositivos da legislação civil que lhes dão suporte.

A partir dessa asserção, faz-se necessário abordar também o fim do divórcio direto e do divórcio por conversão, assim como é adequado mencionar as possibilidades de conversão do pedido de separação em pedido de divórcio, no caso das ações em andamento, mas ajuizadas antes da entrada em vigor da nova regra constitucional; mais que isso, é necessário perquirir sobre a hipótese da conversão *ex officio*, bem como sobre o requerimento, nesse sentido, da parte interessada, à luz dos limites estabelecidos pela codificação processual para a estabilização da lide.

Ademais disso, outras questões devem ser colocadas, tais como: se a separação judicial não mais subsiste no mundo jurídico, qual seria, então, o palco mais adequado para se debater sobre a culpa pela separação, já que o divórcio agora é imotivado, incondicionado, e, portanto, na ação respectiva não cabe discussão acerca das causas ou condições da ruptura da vida conjugal? E que não se olvide, nesse particular, que a questão da culpa, sob o prisma do direito positivado, é relevante para se aquilatar, por exemplo, o valor dos alimentos em favor daquele que deu causa à separação.

Nalgumas circunstâncias (poucas, a bem da verdade), temos visto posicionamentos ainda mais arraigados, tal como o que, equivocadamente, repele o pedido de divórcio cumulado com outros inerentes à própria relação familiar, como o de alimentos, guarda de filhos e partilha de bens, ao argumento de que a simplicidade da ação de divórcio é hoje de tal magnitude que a torna incompatível com qualquer outra discussão paralela.

No curto espaço deste artigo, infelizmente, não cabem os vários e abalizados entendimentos contrários aos aqui expostos; com isso queremos deixar claro que o nosso modo de pensar reflete apenas parte da doutrina vigente, havendo alhures sólidos fundamentos divergentes.

1. DA SUPRESSÃO DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL

De acordo com a nova redação da pela EC 66/10 ao § 6º do artigo 226, da Constituição Federal, “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, sem necessidade de se comprovar tempo mínimo de casamento e nem de prévia separação, judicial ou de fato: em suma, para a

obtenção do divórcio são bastantes a comprovação do casamento e a livre manifestação da vontade de dissolvê-lo, nada mais que isso.

Trata-se de simplificação procedimental, com ganhos de celeridade processual, porque, frente à necessidade de prova pré-constituída, na ação de divórcio não mais se encontra espaço para a dilação probatória. E o provimento que as partes obtêm, ao final, é a amplitude da dissolução do casamento em si mesmo, nos termos do dispositivo constitucional em estudo e do § 1º do artigo 1.571, do Código Civil.

Com isso, suprimida está a ação de separação judicial; o jurisdicionado não tem mais interesse na movimentação desta ação porque nessa via apenas poderá obter a quebra do vínculo conjugal e, mesmo assim, só após extensa dilação probatória (salvo nos casos de pedido consensual, em que a tramitação é mais célere) em face do que dispõem os artigos 1.572 e seguintes, do Código Civil. Em outras palavras, despenderá mais tempo do judiciário para obter bem menos do que lhe oferece o divórcio – até porque a prática forense mostra que a ação de separação judicial é apenas o primeiro degrau que se galga para a posterior obtenção do divórcio, com uma duplicidade de processos que agora já se afigura totalmente desnecessária.

Com base na definição de Limongi França², a quebra dos vínculos conjugais nada mais é que “o desfazimento da vida em comum, entre marido e mulher, por alguma das causas legais, de modo a extinguir ou modificar o respectivo complexo de direitos e obrigações” que entre eles se estabelece com o casamento; ora, cessados os direitos e as obrigações maritais, o que mais restaria da relação matrimonial? Mais nada, a não ser o próprio casamento em si mesmo, que só se dissolve na sua plenitude pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Antes havia pleno interesse na separação judicial porque ela é que abria o caminho mais rápido para o divórcio; todavia, a partir de agora, nem isso é necessário porquanto o divórcio se obtém independentemente de qualquer condição.

Nem mesmo a possibilidade de restabelecimento da sociedade conjugal, de que trata o artigo 1.577 do Código Civil, especificamente para os casos de separação judicial, pode ser entrave à conclusão que esposamos porque o divórcio permite que os ex-cônjuges contraiam entre si um novo (mas improvável, diga-se) casamento, sem qualquer prejuízo de seus elementares direitos de tentarem mais uma vez a convivência.

² FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4º ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

E não se diga que quem pode o mais pode o menos, porque – e nesse ponto ousamos discordar de Cássio Scarpinella Bueno³ – tal como ocorre com o detentor de título executivo, a quem são franqueadas apenas as vias da execução para realizar o direito posto no título, com vedação de uso do processo de conhecimento por absoluta falta de interesse na tutela condenatória, também ao casado se fecham as portas da separação judicial, permitindo-se-lhe apenas a ação de divórcio para obter o fim desejado.

Humberto Theodoro Júnior⁴ ensina que “a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio” e que “o interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado”, enquanto que, para Marcus Orione G. Correia⁵, “somente tem interesse de agir aquele que ajuíza demanda útil, ou necessária”.

Pela ótica de Arruda Alvim⁶, o interesse do titular do direito deve ser analisado sob dois ângulos distintos: a) um interesse primário, protegido pelo direito material e que reside na pretensão sobre determinado bem de vida; b) um interesse secundário, ou processual, de movimentar adequadamente a máquina do judiciário para suprimir a resistência à pretensão. Na lição de Ovídio Batista da Silva⁷, “O autor poderá ter interesse em ver restaurado o direito, cuja violação vem afirmada no processo, sem que, no entanto, tenha legítimo interesse na obtenção *daquele tipo de tutela* por ele reclamada, justamente porque entre a violação do direito e o meio escolhido para protegê-lo há um descompasso capaz de tornar o processo inidôneo para a finalidade pretendida pelo interessado”.

Nesse sentido, pois, é correto dizer que o interesse primário, qual seja, o de obter a cessação dos efeitos danosos e indesejados do casamento, está perfeitamente protegido pelo instituto do divórcio, através do qual se obtém a ruptura do matrimônio civil; em contrapartida, não há o interesse secundário em relação ao uso da ação de separação judicial, porque através da ação do divórcio é que poderá ser alcançada a proteção do bem de vida respectivo.

³ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 359.

⁴ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 44ª. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 66.

⁵ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 4ª. ed., 2ª. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 75.

⁶ ALVIN, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1, parte geral. 10ª. ed. São Paulo : RT, p. 391.

⁷ SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1, 7ª. ed. Rio de Janeiro : Forense, p. 92.

O que justificava a mútua convivência dos institutos do divórcio e da separação judicial (ou do desquite, antigamente) era o fato de que a separação judicial servia como degrau para o posterior divórcio; a adoção do divórcio⁸ pelo nosso ordenamento jurídico, em 1977, não podia dispensar a ação de separação judicial, pois esta era uma das condições para o divórcio. Ora, se hoje assim já não ocorre, ou seja, se hoje o divórcio pode ser concedido independentemente de prévia separação judicial, é certo que esta já perdeu a sua razão de existir; é dizer: hoje a ação de separação judicial perdeu completamente a sua utilidade.

Ademais disso, há de ser bem preservada a celeridade que agora se imprime à tramitação da ação de divórcio, no contexto do princípio da razoável duração do processo e da garantia dos meios que garantam a celeridade da sua tramitação, de que trata o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. A rápida solução do conflito é de interesse não apenas das partes litigantes, mas também e principalmente da sociedade, com um todo; quanto mais entaves o Judiciário encontra para julgar uma demanda, mais e mais processos novos estarão se acumulando com os antigos, pendentes de julgamento, criando uma roda viva capaz colapsar o próprio sistema jurisdicional. No dizer de José Rogério Cruz e Tucci⁹, “a intolerável duração do processo constitui enorme obstáculo para que ele cumpra, de forma efetiva e tempestiva, os seus compromissos institucionais”. Tenho claro que o julgamento de um processo transcende o simples interesse das partes que nele litigam; em última análise, interessa à sociedade como um todo. É por isso que os escopos sociais do processo, tratados por Cândido Rangel Dinamarco¹⁰, devem ser entendidos numa amplitude capaz de nos convencer de que quanto mais celeridade processual e quanto mais agilidade na finalização dos processos (sem perda de segurança, óbvio), mais ganha a sociedade como um todo em vista da maior disponibilidade do Judiciário para novas pacificações de conflitos.

De outro tanto, o contra-argumento baseado na ideia de que ainda estão vigentes os dispositivos da lei civil que dão suporte à ação de separação judicial por si só não serve para dar sobrevida ao instituto. É bem verdade que a EC 66/10 não revogou as disposições infra-constitucionais, especialmente as da lei 6.515/77 e as da codificação civil; mas também é verdade que a revogação não precisa ser expressa, aceitando a doutrina e jurisprudência a chamada revogação implícita, que ocorre quando há incompatibilidade entre a lei antiga e a lei nova, tal

⁸ Mais precisamente, a EC 9/77 colocou no § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967 a locução “o casamento somente poderá dissolvido nos casos expressos em lei”, deixando para a Lei 6.515/77 o uso da palavra divórcio.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. 1ª. ed. São Paulo : RT, 1997, p. 145.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8ª. ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 159.

como ocorre, por exemplo, com as regras atinentes à prisão civil do depositário infiel, do inciso LXVII do artigo 5º, da Constituição Federal, implicitamente derogadas com a subscrição, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica¹¹.

Ademais disso, pelo instituto da recepção, pelo qual o ordenamento jurídico anterior é preservado no que for compatível com a nova ordem constitucional, é correto dizer que a legislação civil aplicável à espécie não se acha recepcionada pelo novo ordenamento, pouco importando, então, que não tenha sido expressamente revogada. Aliás, há exemplos de sobejo, na legislação ordinária, de regras legais que foram suprimidas tão só de modo implícito pelo fenômeno da não receptividade constitucional.

Olhando a questão pela ótica do legislador, a sua intenção era mesmo a de por fim à ação de separação judicial; é o que se colhe, em outras palavras, da exposição de motivos do que veio a ser a EC 66/10: nela está a assertiva de que a proposta foi sugerida pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, com a finalidade de se unificar no divórcio todas as hipóteses de separação judicial, evitando-se a submissão das partes (e do próprio Judiciário) a dois processos judiciais distintos, mas consecutivos, com desnecessário acréscimo de tempo e de despesas¹².

Não é por acaso, enfim, que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil contempla apenas a ação de divórcio consensual, dentre as de procedimento não contencioso, a partir do seu artigo 697, silenciando sobre a separação judicial. Sobre isso, Misael Montenegro Filho¹³ afirma que a Emenda Constitucional em estudo estabeleceu que “o divórcio é a única modalidade de dissolução da sociedade conjugal, o que acarretou a supressão da separação judicial” no referido anteprojeto.

Ao cuidar desse tema, não podemos nos esquecer dos procedimentos da separação extrajudicial, ou administrativa, previstos no artigo 1.124.A do Código de Processo Civil, que se acham igualmente suprimidos, por coerência, na linha dos argumentos acima expendidos. No caso, apenas acrescentamos um peculiar entendimento: todo e qualquer divórcio consensual, sem exceção, deveria ser tratado apenas no âmbito extrajudicial; a intervenção do judiciário só se justificaria, a meu ver, para corrigir, *a posteriori* e mediante provocação do Ministério Público ou dos Conselheiros Tutelares, cláusulas e condições que contrariassem interesses de incapazes.

¹¹ STF, HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, publ. 26.6.2009 DJU.

¹² www.camara.gov.br, consulta de proposições – PEC 413/2005, visualizada em 16.6.2011.

¹³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do novo Código de Processo Civil. Confronto entre o CPC atual e o Projeto do novo CPC**. 1ª. ed. São Paulo : Atlas, 2011, p. 206.

2. DA CONVERSÃO DE PEDIDO

Como consequência lógica, não há mais cabida para o divórcio direto e nem para o divórcio por conversão, subespécies do divórcio remédio que era agasalhado pela Constituição Federal. A partir da EC 66/10 só há divórcio, sem qualificativo, a ser concedido independentemente de prévia separação judicial ou de fato; é possível o pedido mesmo na constância da convivência, mas acrescentando o pedido para que o juiz determine a saída do lar do cônjuge demandado e vencido na ação.

Aquele que é separado judicialmente e pretende se divorciar, deve se valer da ação de divórcio e não da ação de divórcio por conversão: é que esta última tinha como fundamento uma condição temporal, ou seja, a prova do tempo transcorrido desde a data da decisão judicial que separou os cônjuges. Como hoje o divórcio é incondicionado, imotivado, não há mais que se falar em cumprimento de regras e prazos como condição para o divórcio, conforme expressa dicção do texto constitucional em exame.

De outro lado, também não há razão para a subsistência do divórcio direto, que era concedido mediante prova de separação de fato; essa denominação, divórcio direto, só fazia sentido para distingui-lo do divórcio por conversão, nada mais que isso. Inexistindo este, aquele automaticamente perde sua razão de ser. Se a parte pedir este ou aquele, o juiz deverá receber a petição inicial como se nela houvesse pedido de divórcio, abstendo-se de conhecer além da prova de existência do casamento civil e da manifestação volitiva - tudo o mais é supérfluo.

Com isso é cabível, então, a conversão do pedido de separação judicial em pedido de divórcio, no caso das ações em curso, mas ajuizadas antes da entrada em vigor da EC 66. Não havendo mais interesse na prestação daquela tutela jurisdicional, deve o juiz, mesmo de ofício, adequar o pedido à realidade jurídica atual, mas sem sentença de extinção, em respeito ao princípio do máximo aproveitamento dos atos do processo; é interlocutória que se sujeita ao agravo de instrumento, certamente fadado ao fracasso pela falta de interesse processual na via eleita.

Talvez se coloque a questão da estabilidade da lide, consagrada no parágrafo único do artigo 264, do Código de Processo Civil; mas, em nome da instrumentalidade das formas e porque

nenhum prejuízo causa a quem quer que seja, deve o juiz acatar o pedido de conversão mesmo depois do saneamento do processo, desde que antes de publicada a sentença.

Aliás, por ocasião da sentença e ante o silêncio das partes, o juiz deve considerar o advento das novas regras constitucionais e decretar o divórcio do casal nos casos em que houve pedido apenas de separação judicial. A despeito do artigo 462 do Código de Processo Civil aludir a “fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito”, a expressão deve ser entendida de modo mais abrangente para abarcar, também, a presença de direito superveniente capaz de constituir, modificar ou extinguir o direito invocado pelas partes.

Nesse sentido, Theotonio Negrão¹⁴, na nota 8 ao referido artigo 462, não só afirma que “as condições das ação são sensíveis a fatos supervenientes, tanto nos casos em que eles as tornam presentes como nas situações em que eles implicam sua ulterior ausência” como também desfia uma série de julgados nessa linha, tal como: “As normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem ser levadas em conta para regular a situação posta na inicial (STJ, 3ª. T, REsp. 18.443-0, EDecl, j. 29.6.93, DJU 9.8.93)”.

De todo modo, para findar o tópico, a conversão jamais prejudicará o conhecimento de todos os pedidos correlatos contidos na petição inicial.

3. SOBRE A CULPA NA SEPARAÇÃO E PEDIDOS CORRELATOS

A discussão sobre a culpa pela separação do casal já era abominada antes mesmo da edição da EC 66; a novel redação do dispositivo constitucional em estudo, além de revigorar as críticas anteriores, também teve o condão de revogar (implicitamente) os dispositivos da legislação civil.

Na verdade a questão da culpa basicamente só teria relevância para a fixação dos alimentos, conforme regras insculpidas nos artigos 1.702 e 1.704, do Código Civil, bem como para alteração do nome do cônjuge culpado, conforme disposições do artigo 1.578, ainda do Código Civil. Todavia, também aqui ocorre o fenômeno da não recepção desses dispositivos pela Constituição Federal de 1988, por ofensa ao princípio da dignidade humana.

Com efeito, a discussão sobre a culpa leva, inexoravelmente, à abertura das questões da vida íntima da parte, diante dos funcionários do judiciário e das testemunhas do processo, e isso

¹⁴ NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 42ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 513.

atenta contra a dignidade da pessoa, contrariando o rol de proteção à vida íntima que se encontra na Constituição Federal.

Ademais, já não é de se admitir a hipótese de deixar alguém à míngua por conta da culpa havida na separação do casal; os notáveis avanços das relações jurídicas e sociais não mais permitem tamanha crueldade. Nesse passo, tem razão Maria Berenice Dias¹⁵: “A Constituição Federal é chamada de Constituição cidadã por priorizar a dignidade da pessoa humana, consagrando como fundamentais os direitos à privacidade e à intimidade, sendo a liberdade o pressuposto do Estado Democrático de Direito. Há que reconhecer que não é somente paradoxal, mas é nitidamente inconstitucional impor a quem busca a separação que invada a privacidade e desnude a intimidade do outro, sem que se possa atinar a razão de o Estado se imiscuir na vida privada de um casal e condicionar a desconstituição do casamento à identificação de um culpado”.

Quando muito, que se discuta a questão da culpa em ação própria, no âmbito da responsabilidade civil, para se buscar ressarcimento de danos materiais e danos morais, quando for o caso; só isso, nada mais que isso - e fora da competência da vara de família.

Todavia, cumulativamente com o divórcio também podem ser discutidas questões correlatas ao matrimônio, tais como alimentos, guarda de filhos, regulamentação de visitas; partilha de bens e mudança de nome, como sempre se fez, aliás. Exigir-se processo à parte para esses temas é ferir de morte a base teórica para a tese do fim da separação judicial, aquela que fala da economia processual pela dispensa de dois processos.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Como fecho, frisamos que a ação de separação judicial não sobreviveu à EC 66/10, estando implicitamente revogados todos os dispositivos da legislação civil que a regulamentam, sobretudo porque não recepcionados pela nova ordem constitucional; a par disso, não remanesce mais interesse do jurisdicionado na obtenção desta tutela jurisdicional porquanto o bem de vida maculado pode ser protegido diretamente através do divórcio, que agora passa a ser incondicionado, ou imotivado, e, portanto, mais célere que a antiga ação de separação.

Para o caso das ações judiciais em curso, ajuizadas antes do advento da Emenda Constitucional em comento, está o juiz autorizado a converter o pedido de separação judicial em

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Culpado ou inocente?** in www.mariaberenicedias.com.br/pt/separação-e-divorcio, consultado em 27/06/2011

pedido de divórcio, de ofício ou a requerimento da parte; isso pode ocorrer em qualquer momento do processo, desde que não tenha sido publicada a sentença de mérito.

Paralelamente, revogados também estão os dispositivos legais que tratam da culpa pela separação, sobretudo porque não recepcionados pela Constituição de 1988, entendimento este que já vem se sedimentando desde antes da EC 66; de fato, a discussão de culpa em juízo, de um ou outro cônjuge, é incompatível com o princípio da dignidade humana e, pois, deve ser repelida de uma vez por todas.

Por fim, também por economia processual, é certo que na ação de divórcio há lugar para discussões de outros temas correlatos ao matrimônio, tal como a guarda de filhos, regulamentação de visitas, alimentos e partilha de bens, sem qualquer restrição; do contrário, estaríamos obrigando o jurisdicionado a ingressar com duas ou mais ações distintas, com menosprezo ao princípio do máximo aproveitamento do processo, que certamente virá expresso no próximo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIN, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1, parte geral. 10ª. ed. São Paulo : RT, 2006.

BRASIL. Código de Processo Civil e Constituição Federal. São Paulo : Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1967. São Paulo : Saraiva, 1979.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

CÂMARA FEDERAL, www.camara.gov.br, consulta de proposições – PEC 413/2005, visualizada em 16.6.2011.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 4ª. ed., 2ª. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Culpado ou inocente?** www.mariaberenicedias.com.br/pt/separação-e-divorcio, consultado em 27/06/2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4^o ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do novo Código de Processo Civil. Confronto entre o CPC atual e o Projeto do novo CPC**. 1^a. ed. São Paulo : Atlas, 2011.

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1, 7^a. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, p. 26.6.2009 DJU.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 44^a. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. 1^a. ed. São Paulo : RT, 1997.

RAZÕES HISTÓRICAS DE UM DIREITO PENAL INJUSTO

Cláudio do Prado Amaral¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. POSITIVISMO E SABER JURÍDICO. 1.1. Os quatro pontos fracos do positivismo. 1.2. Positivismo, subjetivismo e dominação política. 1.3. Positivismo e ontologismo. 1.4. Positivismo e comodidade. 1.5. Positivismo e globalização. 2. FORMAÇÃO JURÍDICA E POSITIVISMO. 2.1. A sociologia jurídica na formação do bacharel. 2.2. A origem dos cursos jurídicos no Brasil. 2.3. A crise do ensino jurídico nas décadas de sessenta e setenta. 2.4. Os anos oitenta e a demanda pela valorização do humanismo. 2.5. A proliferação dos cursos de direito dos anos 90 ao século XXI. 2.6. A configuração atual da sociologia jurídica nos cursos de direito. 2.7. Os obstáculos ao ensino da sociologia jurídica no Brasil. 2.7.1. *Os obstáculos epistemológicos*. 2.7.2. *O obstáculo político*. 2.7.3. *Globalização e ensino jurídico*. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O atual sistema penal repressivo brasileiro é produto de fatores com persistente presença, que o tornaram afastado da democracia. Tal situação nasceu com a escola positivista no século XIX, que representa modo de pensar o direito afastando-o de quaisquer considerações não-jurídicas. Ao mesmo tempo, a escola positivista impõe que todas as questões jurídicas sejam resolvidas exclusivamente com base no raciocínio lógico-formal. A manutenção desse esquema se deve a interesses políticos e econômicos, e especialmente, ao processo de globalização. Para a manutenção dessa realidade, também, é decisiva a contribuição do modo como se ensina o direito, na medida em que os saberes jurídicos são construídos sem interferência de outros ramos do conhecimento. Destaca-se a alta desconsideração da sociologia na elaboração dos saberes e soluções jurídicas. O resultado da conjugação entre a matriz histórico-positivista e o tecnicismo purista que domina a forma de se ensinar direito no Brasil é um direito penal com formato atávico. Tentou-se conferir maior humanização à formação do bacharel. Todavia, resultaram débeis e pouco resistentes aos contrapostos interesses políticos e econômicos.

Palavras chave: história; direito penal; escola positivista; ensino jurídico.

ABSTRACT: Brazilian's criminal system results from factors with persistent presence, that became it away from democracy. This situation started with the positivist system at XIX century, that represents a kind of thinking rights apart from any non-legal considerations. At the same time, the positivist system requires that all legal issues been resolved based solely on the logical-formal. The maintenance of this scheme of thinking rights is due to political and economic interests, specially, to globalization process. For the maintenance of that reality, is also decisive the contribution of how law is taught, insofar as legal knowledge are constructed without interference from other spheres of knowledge. The study highlights the high disregard of sociology in the development of

¹ Professor doutor de direito processual penal da faculdade de Direito da USP/Campus de Ribeirão Preto – juiz de direito no Estado de São Paulo.

knowledge and legal solutions. The result of the combination between the historical-positivist and excessive use of technicality that dominates the way to teach law in Brazil is an atavistic criminal law format. We tried to give more humanistic formation for the bachelor. However, it resulted in a weak resistance to opposing political and economic interests.

Keywords: history, criminal law, the positivism system, legal education.

INTRODUÇÃO

A ciência penal, por ser ciência, não pode estruturar-se nem desenvolver-se de outro modo que não seja como um sistema. Sendo sistema, necessita de ordenação e unidade de seus conhecimentos particulares. Os conhecimentos particulares apresentam-se sob a forma de proposições; não podem ser conceitos. É assim porque os sistemas baseados em conceitos não possibilitam qualquer valoração dos mesmos, tampouco a revisão crítica das respectivas teorias.

Quando o sistema jurídico-penal estabelece suas bases operacionais e cognitivas sobre conceitos, deixa de permitir que os argumentos apresentados pela contracultura sejam apreciados. Isso é próprio do positivismo jurídico e caracteriza um sistema fechado. É um sistema axiomático. Deveria sê-lo axiológico.

O sistema fechado é intrinsecamente incompatível com o direito penal contemporâneo, pois atua a partir da lógica-formal, sem qualquer correspondência com a dinâmica social e a historicidade às quais está referido o direito penal.

O direito penal deve ser concebido como um sistema aberto. Assim sendo, é um sistema caracterizado por dois aspectos: um científico e outro objetivo. Cientificamente, o sistema aberto se expressa pela capacidade de rever sempre as proposições vigentes, posto que o sistema encara o conhecimento científico sempre de modo incompleto e provisório. Objetivamente, o sistema aberto designa que a ciência penal constantemente busca o aperfeiçoamento de suas estruturas, o que implica em inexoráveis modificações objetivas do próprio sistema, que ocorrem na mesma medida em que incorpora a unidade e a adequação respectivas a evolução consubstanciada em princípios novos e diferentes daqueles existentes até então. A objetividade do sistema aberto confunde-se com o próprio dinamismo da unidade de sentido que compartilha a historicidade da ordem jurídica concreta no seu modo de ser.

A partir da Constituição Federal de 1988 se extrai a exigência de que o direito penal seja operado como sistema aberto. Expressamente, é o que se retira do preâmbulo e do disposto no

artigo 3º, I (é objetivo da República brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária), considerando-se ambos os enunciados em sua significação plural, com os olhos voltados a sociedade e ao Estado. E de modo implícito essa exigência vem – de um lado - da dimensão antropocêntrica da Constituição representada no princípio da dignidade humana e – de outro lado – advém do ideal democrático que é princípio constitucional estruturante.

A consideração do direito penal sob a forma de sistema aberto não traz o alardeado perigo do subjetivismo ou da arbitrariedade das decisões. É, antes, um sistema que os desfavorece, pois sempre encontra na realidade social os dados objetivos que servem como critérios decisórios. Tampouco cabe o argumento de que haveria perda de segurança jurídica.

O discurso fundado no perigo dos subjetivismos, da arbitrariedade das decisões, da ausência de segurança e imprecisão científica, reflete o injustificável temor de que a ciência penal seja dominada pela “ditadura dos sociólogos”. Mais: principalmente, esconde que na realidade se pretende manter a hegemonia do método lógico-formal como caminho para o conhecimento jurídico-penal, servido, assim às pretensões de máxima dominação do Estado.

A efetiva realização do direito penal como sistema aberto encontra potentes barreiras. São elas de ordem filosófica, cultural, política e educacional. E como consequência, temos que o positivismo jurídico ainda persiste entre nós, apesar da notável produção científica jurídica e meta-jurídica.

Boa parte dos manuais de direito penal têm se referido de forma equivocada sobre as relações existentes entre o direito penal e a sociologia e, em especial, à sociologia jurídica. O ensino do direito penal, quando explica a relação direito penal-sociologia, a vislumbra como raquítica e marginal, inclusive, afirmando expressamente que a sociologia serve – meramente - como ciência auxiliar ao direito penal.

O direito penal deve ser entendido à luz das características da sociedade contemporânea e deve ter a sua atuação fortemente baseada nessas características. Essa proposição afirma o sério equívoco com que o direito penal tem sido abordado, operado e efetivado.

Para que seja possível a melhor compreensão do direito penal na sociedade contemporânea é preciso ter mente aberta e capacidade de transpor a barreira positivista. Se assim não for, continuaremos a encarar o direito penal (e não só o direito penal, mas qualquer “ramo” do direito) como uma ciência que dispensa os conhecimentos da sociologia e da filosofia, isto é, continuaremos a admitir um direito (penal ou outro qualquer) purificado e suficiente em si mesmo.

A afirmação de que a epistemologia do direito penal está fortemente ligada às características da sociedade contemporânea é algo que soa bastante coerente. Todavia, pouco assimilado, ainda que já se tenha demonstrado muitas vezes essa coerência com clareza. A história ensina que por várias vezes foi preciso dizer e repetir aquilo que soa óbvio para que fosse escutado. Isso revela que o positivismo enraizou-se com força incomum no pensamento jurídico brasileiro. É preciso, por isso, examinar criticamente as razões que possibilitam tal força de penetração positivista no direito.

Schünemann afirma que o positivismo jurídico proporciona ao operador do direito uma “comodidade fascinante”, o que explica em boa parte a persistência do positivismo jurídico no dia-a-dia forense do Brasil: *“El naturalismo es el responsable de muchos contenidos de la dogmática penal que se siguen manteniendo de modo contumaz, pese a su reiterada refutación científica y a las transformaciones que las bases político-criminales e ideológicas del Derecho penal han sufrido desde entonces...Y ello por mucho que la jurisprudencia, debido a su tradicionalismo, en principio comprensible, y a una comodidad que, por lo visto, le resulta fascinante, se mantenga todavía fiel a ellas”*².

Todavia, dizer que a persistência do positivismo jurídico se deve à facilidade com que resolve as questões jurídicas responde de modo excessivamente limitado à questão dos motivos de sua teimosa presença no cotidiano forense.

É preciso, assim, encontrar as causas históricas, cujo exame revela ao menos dois destacados fatores que propiciam a continuidade dessa realidade.

Um é de ordem metodológica e designa a forma insuficiente com a qual a estruturação dos saberes jurídicos é formada pelos operadores do direito, ainda baseada num superado positivismo de base lógico-formal.

Outro é respectivo à cultura e ao ensino jurídico no Brasil.

São fatores que não incidem perniciosamente de modo exclusivo sobre o direito penal, mas, sim, sobre todo o direito, em seus diversos “ramos”, impondo à ciência jurídica um formato atávico. Por trás de ambos os fatores existe um motivo político bem delineado. Vejamo-los mais detalhadamente.

² Bernd Schünemann. *Introducción al razonamiento sistemático em Derecho Penal, El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario, Introducción, traducción e notas de Jesús-Maria Silva Sánchez, Tecnos, p. 47.*

1. POSITIVISMO E SABER JURÍDICO.

O positivismo jurídico está fundado em método que busca alcançar o conhecimento baseado na lógica-formal. Alguns esquemas neokantianos têm favorecido a permanência dessa forma de abordagem do direito: a separação entre o ser e o dever ser (base de cortes sucessivos e convictos com as realidades transportadas pelos “seres normativos”), polarizações entre direito e moral, e o purismo das proposições jurídicas, sem a consideração de suas conseqüências.

O positivismo jurídico está fundamentalmente ligado ao postulado básico da recusa de quaisquer referências metafísicas, afastando o direito das considerações filosóficas, sociológicas, políticas e religiosas. Isso também termina por afastar a ciência do direito de vários de seus planos resolutivos. Ao final, tudo deságua na exegese literal dos textos, o que é comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas.

A partir do método que recusa considerações não estritamente jurídicas e acolhe as estruturas neokantianas podem-se extrair dois grandes movimentos do pensamento jurídico contemporâneo: a) o *jusracionalismo*, como manifestação aumentada do jusnaturalismo tradicional e; b) o *tecnicismo científico*, como transposição para as ciências humanas das fórmulas de abordagem desenvolvidas para as ciências da natureza.

Essa estrutura positivista é insuficiente para uma compreensão sincera do direito. O conhecimento *a priori* tem subjacentes quadros mentais que se relacionam com o exterior, todavia, esquecendo-se que essa realidade exterior é mutável, falível e exposta à fundadas críticas diversas.

O primeiro óbice contra o formalismo reside na natureza histórico-cultural do direito. O direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades. Isso é uma conquista da escola histórica contra o jusracionalismo que o antecedeu. A configuração do direito apresenta-se, pelo menos no atual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma complexidade causal infinita, a qual impossibilita explicações integralmente lógicas ou racionais. É por isso que o direito deve ser conhecido de modo direto, isto é, exatamente como se apresenta. A sua apreensão a partir de elementos *a priori* é grande equívoco.

Outra incongruência objetada contra o formalismo jurídico está na sua limitação diante da riqueza multifacetada dos casos jurídicos concretos, pois está fundado numa gnoseologia incongruente com a sociedade contemporânea. Todas as construções lógico-formais se embasam

num discurso de alta abstração e marcado pela grande redução de suas proposições. Daí, quando as construções formais são usadas para solucionar casos concretos, os mais variados, desnudam-se e mostram-se proposições flagrantemente insuficientes, porque não comportam os elementos que lhes permitiriam acompanhar a diversidade de ocorrências no mundo real, e por conseguinte, o formalismo jurídico usa de um modelo incapaz para dar soluções diferenciadamente justas³.

1.1. Os quatro pontos fracos do positivismo.

Inicialmente, critica-se o positivismo porque ele não admite lacunas. E ainda que – por força de evidências – as aceitasse, não seria suficiente para dar soluções satisfatórias. O preenchimento da lacuna acaba por ser feito fora do pensamento científico, quando deveria sê-lo dentro dele.

A partir dessa debilidade desdobra-se outra, qual seja, a de que o positivismo não consegue trabalhar sobre conceitos indeterminados, e em geral, com proposições cujo conteúdo necessita de preenchimento valorativo, democraticamente encontrado através de processo dialogal. As regras de conteúdo normativo - e que, portanto, carecem de uma valoração - são frequentemente utilizadas pelo ordenamento. Tais normas recebem tratamento resolutivo semelhante àquele utilizado para o preenchimento das lacunas. É assim que o positivismo cai, então, no arbítrio do julgador⁴. Vejam-se os crimes culposos: são regras penais de conteúdo normativo; nesse tema há bom exemplo, ante a limitação e o apriorismo com que os tribunais nacionais têm negado a possibilidade da compensação de culpas⁵.

Outro aspecto falho do positivismo-jurídico é a sua incapacidade para trabalhar com princípios. Contemporaneamente, a possibilidade de contradições entre os princípios é aceita

³ Cordeiro, Antonio Menezes; Introdução à obra *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, de Claus-Wilhelm CANARIS, 2ª ed., Berlim, 1983, título original *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, trad. por Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa, Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XVI-XX.

⁴ Cordeiro, Antonio Menezes. *Op. cit.*, p. XXII.

⁵ “Deve ser condenado pelos crimes dos arts. 303 e 302, parágrafo único, II, da Lei nº 9.503/97, em concurso formal, o motorista que, ao desprezeitar parada obrigatória em cruzamento sinalizado, atinge motocicleta e atropela pessoas na calçada, causando-lhes lesões corporais e a morte de um dos pedestres. Para efeito de responsabilização do agente, é irrelevante eventual culpa concorrente do condutor do bicicleta, por estar com o farol apagado, pois em matéria penal não se admite a compensação de culpas. (TACrimSP - Apelação nº 1.331.499/3 - Pindamonhangaba - 3ª Câmara - Rel. Ciro Campos - J. 14.01.2003 - v.u). (Voto nº 10.889)”. Ainda: “Configura o crime do art. 302 da Lei nº 9.503/97 a conduta do motorista de caminhão que, dirigindo em excesso de velocidade, provoca a morte de ciclista. Ainda que este (o ciclista) possa ter parcela de culpa no evento, impossível escusar o réu da responsabilidade pelo acidente, visto que não se admite a compensação de culpas em Direito Penal. (TACrimSP - Ap. nº 1.362.575/5 - Mirassol - 7ª Câmara - Rel. Salvador D'Andréa - J. 20.11.2003 - v.u)”.

largamente e resolve-se na dimensão de pesos. Ou seja, em conflito de princípios, um princípio deles (de maior peso) se sobrepõe a outro (de menor peso), sem negar a existência deste.

Para o positivismo, todavia, não há como operar com princípios senão na dimensão do válido e inválido, isto é, negá-los ou aceitá-los em sua validade quando em conflito. O entendimento ao qual se abraça a velha hermenêutica é o da carência de normatividade dos princípios. Isso é um equívoco. Ignora-se que a colisão de dois ou mais princípios soluciona-se na dimensão de “valor”. Os princípios são sempre válidos, a sua aplicação ou não ao caso concreto dependerá de uma análise valorativa, isto é, sobre qual dos princípios, no caso específico, está adjetivado de maior peso ou importância. O princípio que não vier a ser aplicado não será tido como ineficaz ou inválido; irá, apenas, recuar, podendo ser utilizado em outra situação. Na colisão de princípios, a metodologia juspositivista nega validade a um deles. Daí, acaba solucionando o caso concreto de forma subjetiva.

O quarto ponto frágil do pensamento juspositivista aflora quando este se depara com normas injustas. A noção de injustiça de uma regra legal é difícil senão impossível aceitação para a orientação que vê no direito posto uma estrutura auto-suficiente. O positivismo jurídico prefere aplicar a lei injusta, ou melhor dito, a lei incoerente com a realidade social-democrática, diante da incapacidade de seu método para ofertar soluções alternativas.

1.2. Positivismo, subjetivismo e dominação política.

As atuais necessidades de justa e concreta realização do direito não permitem abertura ao formalismo jurídico e nem ao positivismo, devido às insuficiências acima alinhavadas. Como se sabe, todo julgador tem como dever dar justa solução para a situação concreta que lhe é apresentada. Todavia, caso atue baseado no formalismo positivista, o julgador depara-se com situação jurídica intransponível sempre que se vê diante de situações de lacuna jurídica, conceito jurídico indeterminado, contradições entre princípios e injustiça legal grave. Isso ocorre porque o magistrado positivista dispõe somente do instrumental formal; logo, na busca de alternativa justa, será forçado a decidir com fundamento em outras instâncias, por exemplo, com base em sua experiência e sensibilidade e em certos elementos extra-positivos, revelando, assim que em decide com base no subjetivismo.

Disso se pode concluir que as razões expostas na decisão não serão as verdadeiras determinantes do seu resultado. A motivação será aparente. Duas conseqüências emergem: a) o controle e revisão (recurso) da decisão judicial é difícil, senão inviável; b) o processo de realização do direito não ingressa na ciência jurídica. Levada essa situação-problema ao extremo, verificar-se-á que a decisão proferida nesses casos é irreal, pois não é decisão fruto da ciência do direito, mas, sim, de fatores estranhos a esta, comprometendo seriamente as expectativas da previsibilidade possível e seriedade do sistema judicial.

É então que cada julgador termina por imprimir ao caso *sub judice* sua concepção pessoal de política. Descortina a face politizada do poder judiciário, e inclusive, com maior gravidade porque ocorre já no primeiro grau de jurisdição, onde as concepções políticas pessoais de cada julgador podem ocasionar - como de fato tem ocorrido no dia-a-dia forense - uma enorme variedade de decisões contraditórias para casos idênticos, fazendo o sistema parecer uma torre de babel jurídica⁶.

O formalismo e o positivismo enaltecidos por seus defensores com o argumento de serem instrumentos fortes de segurança jurídica acabam por se tornar as próprias vias da insegurança. Eis o paradoxo juspositivista.

1.3. Positivismo e ontologismo.

O positivismo jurídico freqüentemente usa de sínteses hermenêuticas. Tratam-se de máximas obtidas através do raciocínio lógico-formal e se propõem a resolver uma série de situações virtualmente idealizadas a partir de idênticos casos identificados no plano concreto. São referências ao pensamento ontológico, com raízes em Hegel, destinados a fornecer critérios gerais de orientação para a interpretação das leis frente aos incontáveis casos concretos, sem admitir qualquer contradição. Esse ontológico jurídico imutável é uma ficção, pois olvida que o homem encontra a realidade do direito no contato com o exterior, sendo essa a forma pela qual o direito se concretiza.

⁶ Faria, José Eduardo; Eficácia Jurídica e Violência Simbólica – O direito como instrumento de transformação social, São Paulo, Editora Universidade de São Paulo, 1988, p. 90-91. Faria, José Eduardo; Sociologia Jurídica (Crise do Direito e Práxis Política), 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 82-103 . Também: Cordeiro, Antonio Menezes. Op. cit., p. XXIV.

Todavia, para o positivismo jurídico a hermenêutica é o pressuposto necessário de qualquer discussão. A linguagem tem por isso um papel maior na constituição dos conceitos. A apreensão hermenêutica da realidade – para o caso da realidade jurídica – só é possível porque o jurista conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada. Existem, pois, estruturas do saber que conjuntamente consideradas possibilitam o pré-entendimento da matéria.

Essa perspectiva é simples e cômoda, uma vez que não se limita a dar apenas um entendimento da matéria, sendo ela própria o entendimento, misturando-se à linguagem que a suporta. O problema e a resposta colocam-se em circularidade para a compreensão da matéria, pois ao se buscar a resposta, utilizam-se normas que só são compreensíveis porque empregam linguagem e conceitos já conhecidos de antemão pelo jurista. Essas mesmas referências são procuradas no instante do pré-julgamento (conferindo ordenação) e no da própria solução do problema que o jurista já vislumbrou normativamente em momento prévio. Dito de outra forma, trata-se de uma espiral: para resolver um problema o jurista deve ir e vir entre o pré-entendimento e o entendimento, tantas vezes quantas for necessário para a sua integração.

Essa forma de conhecer o direito viabiliza a estruturação do discurso jurídico sob diferentes perspectivas, em que *“o pré-entendimento das questões opera em modelos concretos de problemas; a espiral hermenêutica desenvolve-se entre questões e pré-questões, soluções e pré-soluções, tudo em termos gerais-concretos”*⁷, realizando a quebra da insolubilidade da relação entre o conceito abstrato e o caso real. Daí, o pré-entendimento ganha peso.

Interessante anotar que é graças ao relevo de que desfruta o pré-entendimento no pensamento positivista, que é possível compreender a força que a tradição tem no direito. E por idênticos motivos, entende-se também o peso e a importância que se costuma atribuir à experiência profissional do jurista, no domínio, por exemplo, da aplicação das fórmulas e das diversas correntes de jurisprudência. Isso está refletido na Constituição Federal de 1988, na Lei Orgânica da Magistratura e nos Regimentos Internos dos Tribunais (de forma geral), os quais atribuíram excessiva importância ao critério da antiguidade para a promoção de juízes, acesso aos tribunais e aos órgãos colegiados de competência especial⁸. Note-se que em geral, nas carreiras

⁷ Cordeiro, Antonio Menezes. Op. cit., p. LVI.

⁸ O principal motivo formalmente declarado é o de evitar promoções por merecimento acobertadas por razões políticas.

jurídicas, o critério da antiguidade é equiparado ao do merecimento. Em casos mais extremos, a antiguidade é um critério de maior peso que o do merecimento⁹.

1.4. Positivismo e comodidade.

Entretanto, aquilo que mais seduz no positivismo jurídico é a comodidade proporcionada pelas sínteses elaboradas sob o pretenso acobertamento científico. Essas sínteses conferem níveis legitimadores ao discurso jurídico, tanto sob a ótica sociológica quanto pelo prisma da hermenêutica, e dessa maneira uma determinada solução vale para além do seu conteúdo e apesar dele, bastando que seja uma síntese proveniente de entidade competente ou através de um processo adequado a essa produção.

Desenvolve-se, assim, todo um processo de validação de soluções jurídicas, integrada no todo hermenêutico ou jurisprudencial, em que a legitimidade do discurso opera pelo consenso de que desfruta desde que obedecido o rito. No positivismo, a hermenêutica e a jurisprudência trabalham decisões consensuais que incorporam soluções universais¹⁰.

Tendo em vista que os enunciados são aceitos de forma generalizada, a autoridade da proposição científica resta fundamentada unicamente em sua capacidade de gerar consenso perante certa comunidade. Não é necessário que a proposição científica (ou melhor, axioma) propicie uma visão fiel do real, mas, sim, que a sua elaboração tenha sido orientada por critérios demarcados pela comunidade à qual se destina o discurso.

O trabalho intelectual fica, assim, limitado à resolução dos problemas e à eliminação das incongruências em conformidade com os axiomas e o método universalmente aceito. E, assim, o jurista não se interessa pelo questionamento dos princípios teóricos e do conteúdo material dos enunciados.

A malignidade e contraprodutividade torna-se mais visível no plano do sistema penal, pois ao promotor de justiça e ao magistrado nada mais resta que aplicar cegamente a lei ao fato

⁹ Confirmam-se o artigo 93 da Constituição Federal, os artigos 80, 83, 87, 140 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os diversos regimentos internos dos tribunais de justiça. Acrescente-se que um magistrado, por mais mérito que tenha, por mais que tenha proferido decisões sóbrias, justas e democraticamente legitimadas, somente poderá ter apreciado pedido de promoção por mérito, se estiver integrando a primeira quinta parte da lista de antiguidade.

¹⁰ Faria, José Eduardo; A crise do poder judiciário do Brasil, *in* Revista Justiça e Democracia, n. 01, 1º sem./1996, publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia, p. 27-29. No mesmo sentido: Cordeiro, Antonio Menezes. *Op. cit.*, p. LX.

concreto para verificar a tipicidade formal, relacionar a ação à sua voluntariedade para encontrar o dolo ou a culpa e perquirir pela ausência das causas de exclusão da antijuridicidade para examinar a ilicitude; quanto à relação de causalidade, bastará, nos crimes materiais, a alteração do mundo exterior mecanicamente provocada pelo agente. Cria-se com isso um sistema altamente burocratizado e intensamente técnico, despreendido de crítica e preocupações com justiça¹¹.

É por isso que Chaves Camargo¹² afirma que *“esse sistema, como se percebe, torna as tarefas aparentemente fáceis para o jurista. Toma-se como premissa maior a lei, premissa menor o fato, procede-se à subsunção e dela se extrai uma conclusão coerente e ordenada dos antecedentes, de modo automático”*.

1.5. Positivismo e globalização.

Esse quadro também representa um dado político importante sobre a formatação assumida pelo sistema de justiça penal. Fica evidenciada a funcionalização do método de abordagem do direito penal utilizado dentro do sistema, ditada por interesses econômicos.

A globalização tem características que favorecem a produção da criminalidade, não somente a urbana e cotidiana, mas também a de delitos contra bens jurídicos difusos ou coletivos.

O processo de globalização também é autêntica usina geradora de delitos cujos elementos partem da redução dos direitos sociais e do encolhimento dos direitos humanos, acentuando a desigualdade social. Forma-se uma massa de excluídos do processo globalizante de acumulação de riqueza, que jamais alcançarão o grupo dos incluídos.

Tudo conspira a favor dessa desigualdade: O desemprego tornou-se estrutural na era globalizada, deixando de ser acidental ou a expressão de uma crise conjuntural. O monetarismo e o capital financeiro foram elevados à categoria de centro nervoso do capitalismo, desvalorizando o trabalho produtivo e privilegiando o dinheiro. O aumento do setor de prestação de serviços também se tornou estrutural, isto é, a chamada “terceirização” de tarefas no processo de produção desalinhou o esquema “fordista” das grandes plantas industriais, e a produção configura-se,

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Dimension Política de um Poder Judicial Democrático, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 01, n. 04, São Paulo, RT, Out.-Dez./93, p. 34-37. No mesmo sentido: Gomes, Luiz Flávio; A Dimensão da Magistratura, São Paulo, RT, 1997, p. 130-136.

¹² Camargo, Antonio Luís Chaves; Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal, 1ª ed., São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 23.

atualmente, fragmentada e dispersa em todas as suas etapas. A terceirização também operou a desregulamentação das relações trabalhistas do modelo “celetista” clássico. A ciência e a tecnologia representam forças produtivas, não mais sendo a base em que se apoiava o capital, sendo elas os próprios agentes de acumulação de capital. O Estado não é mais um agente capaz de regular o mercado. Sua incapacidade é também fiscal, na medida em que o capital procura por territórios que lhes dêem maiores benefícios tributários. Inexistem políticas sociais compensatórias para a redução dos direitos sociais e dos direitos humanos.

Uma das faces da exclusão social é a perda de identidade daqueles indivíduos que não fazem parte de uma qualquer empresa de capital global. A sociedade contemporânea globalizada conseguiu formar dois “tipos” de cidadão. Aquele que não consegue incluir-se na vida social, por não alcançar o mercado de trabalho, ocupação profissional, acesso ao consumo e fruição de direitos, mas que formalmente é igual ao outro “tipo” de cidadão, qual seja, aquele que está incluído na sociedade de organizações, dispondo de um *corporate citizenship* que está sistemicamente integrado ao plano econômico de apropriação de riquezas.

Enfim, a globalização trouxe a transnacionalização da economia que reduziu o Estado nacional a um órgão de negociação e barganha nas operações de capital, amesquinhando a sua soberania, em conseqüência, e fazendo-se permeável a interesses que propiciam a continuidade e o desenvolvimento do processo de desintegração vertical da produção. Dentre esses interesses estão a mínima interferência do Estado e sua cooperação com o novo processo produtivo e a máxima atuação do sistema formal de controle social.

E aí surge um paradoxo. Por um lado, essa nova forma de acumulação do capital precisa da desregulamentação e da deslegalização, como forma de assegurar a menor interferência possível do Estado no processo, mas, por outro lado, exige razoável clima de segurança pública para evitar a perda de harmonia social e cívica causada pela supressão de direitos sociais e humanos de expressiva parcela dos cidadãos.

O Estado acaba por assumir, assim, o papel de um Estado-Segurança ou Estado-Polícia, caracterizado pela concentração de esforços na manutenção da lei e da ordem, impondo disciplina e controle dos movimentos sociais, através de um sistema penal de máxima atuação, que seja incapaz de considerar as rupturas acima expostas, porque se as mesmas fossem consideradas, as

sanções penais seriam reduzidas e a própria atuação do sistema seria também reduzida, impedindo a dominação local¹³.

2. FORMAÇÃO JURÍDICA E POSITIVISMO.

O segundo grande fator ao qual se deve a persistência do purismo do direito entre nós está na formação jurídica conferida aos profissionais do direito, que saem dos respectivos cursos sem base alguma ou com uma visão meramente superficial das relações entre direito e sociedade.

Por trás dessa linha de ensino jurídico existem fatores que bem explicam a respectiva deficiência. O não aprimoramento dos estudos jurídicos que impede sejam consideradas as preocupações de ordem sociológica faz parte de um contexto maior, qual seja, o papel que a Universidade vem desempenhando no Brasil e a penetração de interesses políticos e de mercado no campo do saber. Essa realidade não é exclusiva do Brasil, manifestando-se de forma geral na América Latina.

Podem ser identificados dois grandes obstáculos à consideração sociológica no aprendizado do direito: um político e um epistemológico.

Na prática, esses obstáculos traduzem-se em um discurso em que a sociologia jurídica, enquanto disciplina, ora é vista como um “grilo falante”, uma consciência teimosa que insiste em questionar o papel do direito numa sociedade irremediavelmente dividida em classes e interesses antagônicos ou, então, como uma matéria que tem o desempenho de um “patinho feio”, rejeitada ou simplesmente ignorada pelas demais disciplinas puramente jurídicas sob o argumento de que é incapaz de prescrever normas¹⁴.

2.1. A sociologia jurídica na formação do bacharel.

¹³ Faria, José Eduardo; *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 246- 280 e em especial confira-se p. 329-331.

¹⁴ Neto, Pedro Scuro; *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 02.

Mesmo após a edição da portaria n. 1.886/94 do MEC¹⁵, que fez da sociologia uma matéria obrigatória nos cursos de direito, a abordagem sociológica que é feita nos cursos de direito é no máximo superficial e no mínimo equivocada.

Referida área de reflexão é encarada como se não traduzisse um saber científico, ainda sendo vista como uma área povoada por especulações metafísicas, crenças, mitos e afirmações não comprováveis.

Isso deve ser tributado ao seu ingresso nas faculdades de direito como uma matéria interdisciplinar. Há algumas poucas décadas a importância da sociologia foi descoberta, pondo em relevo sua aptidão para a obtenção de decisões práticas que estivessem em sintonia com o que se passa na sociedade. No campo do direito isso teve como resultado a produção de uma série de discursos *free-riders*. Do ponto de vista epistemológico, esses discursos *free-riders* provocaram a desconfiança de todos os tradicionais ramos do direito, que lhe recusaram o *status* científico.

O fracasso do ingresso da sociologia no direito se manifesta com a percepção de que a sociologia não conseguiu redefinir o direito como objeto de análise das ciências sociais. Enquanto disciplina curricular dos cursos de direito, a sociologia jurídica é hoje uma reflexão pragmática produzida por juristas inconformados com o formalismo do direito. A abordagem sociológica do direito representa um inconformismo generalizado com o esquema lógico-formal reinante. É vista como se não tivesse a técnica devida para tal abordagem, ou seja, a incursão sociológica no direito é percebida como destituída do rigor exigido por algumas técnicas de pesquisa das ciências sociais.

A própria trajetória das ciências sociais no Brasil contribuiu para agravar a tensão entre a sociologia jurídica e o direito, pois o ingresso das ciências sociais no Brasil ocorreu na forma de um discurso explicativo, que se chocava com a retórica do discurso jurídico. Isso deu vida a duas estratégias de produção da verdade, onde dois jogos de linguagem conflitantes atuavam: um deles de envergadura explicativa, humanista e cultural; e outro de cunho técnico, burocrático e retórico.

A própria sociologia geral viu com certa desconfiança o surgimento da sociologia jurídica, uma vez que não se conseguiu definir a forma de abordagem da sociologia jurídica. Para uma corrente, a sociologia jurídica deveria ser estudada independentemente de considerações jurídicas (concepção positivista), dentro de uma “neutralidade axiológica” (Weber) do pesquisador que a

¹⁵ A portaria MEC n. 1.886/94 teve claro propósito de propiciar ao aluno de direito uma formação crítico-reflexiva (Nesse sentido, confira-se Fux, Luiz; O novo ensino jurídico, *in* Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, vol. 03. N. 09, 2000, p. 176.

livrasses de avaliações. Portanto, uma concepção na qual a sociologia jurídica não poderia ter uma participação ativa dentro do direito. Para outra corrente, a sociologia jurídica deveria interferir ativamente na elaboração do direito, no estudo dogmático e na aplicação do direito.

Isso fez da sociologia jurídica uma disciplina situada numa zona fronteira, ora rejeitada pela sociologia ora rejeitada pelo direito. E ainda hoje, a especialização sócio-jurídica continua a ser avaliada negativamente pela maioria dos juristas e dos sociólogos dentro das universidades brasileiras, pois os primeiros continuam considerando a sociologia jurídica como sociologia e os segundos considerando a sociologia jurídica como direito, o que não cativa o comprometimento de nenhum deles com a sociologia do direito¹⁶.

Ainda, contribuiu para a situação marginal da sociologia jurídica no Brasil a natural distância entre as concepções puristas do direito (kelsenianas) e as concepções multidisciplinares do direito. Esse distanciamento também separa o diálogo entre os adeptos de uma e de outra corrente. As respectivas produções científicas tendem ao monólogo, isto é, estuda-se o direito unicamente do ponto de vista do ramo focado: aqueles que estudam o direito penal produzem apenas com base no direito penal, aqueles que estudam o direito civil elaboram o direito apenas com base no direito civil, e assim sucessivamente; por outro lado, aqueles que abordam o direito do ponto de vista meta-jurídico produzem o conhecimento somente com base nos elementos internos fornecidos pela sociologia jurídica. Isso explica o motivo de alguns centros tradicionais de ensino jurídico terem minimizado a importância da disciplina de sociologia jurídica.

Pior. A tendência a manter um diálogo multidisciplinar existe somente por parte dos adeptos da concepção mais marginalizada (concepção meta-jurídica), o que não seduz os puristas jurídicos a fazer qualquer troca.

Mas, gradualmente os novos paradigmas tem rompido com aquela rígida divisão intelectual do saber, pondo em evidência a impossibilidade de se delimitar com nitidez a fronteira entre a

¹⁶ Junqueira, Eliane Botelho; *A Sociologia Jurídica no Brasil – Introdução ao debate atual*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1993, p. 19. Confira-se também no mesmo sentido Montoro, André Franco; *Introdução à ciência do direito*, 25^a edição, São Paulo, RT, 2000: “*Entretanto, como ciência constituída, com um corpo sistemático de conclusões, com objeto e métodos definidos, a Sociologia do Direito ainda não se consolidou suficientemente. E não logrou, até hoje, ser disciplina integrante dos cursos de Direito, de Sociologia ou Ciências Sociais*” (p. 514); “*Este atraso no desenvolvimento da Sociologia do Direito talvez se explique pela hostilidade que essa nova disciplina encontrou em dois setores afins: de um lado, os juristas e as Faculdades de Direito, que resistem à penetração, em seu campo, de uma disciplina estranha à Dogmática Jurídica; de outro, os sociólogos e as faculdades de Ciências Sociais ou Sociologia, que desconfiam da objetividade e do caráter científico dos estudos vinculados à normatividade jurídica*”(p. 514); “*Apesar disso, é notável o desenvolvimento atual da Sociologia Jurídica e cada vez mais patente a necessidade de seu estudo, para que o Direito preencha sua finalidade essencial de ordenar, em termos de justiça, a vida real das comunidades humanas*” (p. 514).

ciência do direito e a sociologia jurídica. Assim, aceleram-se as contradições ocasionadas pelo saber tradicional e do “senso comum” nele subjacente. Começam a surgir análises fragmentárias próprias de um tenso processo de produção de um novo conhecimento científico; aumentam-se os discursos emergentes de cunho sociológico, que conseguem intervir decisivamente no processo dogmático, estimulando a revisão e a modificação de suas premissas¹⁷.

2.2. A origem dos cursos jurídicos no Brasil.

O estudo do início da história dos cursos jurídicos no Brasil permite a compreensão das críticas dirigidas à penetração da sociologia jurídica no saber jurídico. Também possibilita uma melhor visão do papel que deve ser ocupado pela sociologia jurídica, imunizando-a da divisão que a coloca por vezes como uma disciplina que provoca entusiasmo e por outras vezes como uma cadeira que gera indiferença – quando não é motivo de chacotas.

No período colonial o saber jurídico no Brasil era totalmente subordinado a Portugal, tanto em termos de estrutura legal vigente, quanto a formação dos quadros burocráticos e da produção e difusão das idéias jurídicas.

A formação dos estudantes brasileiros era feita na Universidade de Coimbra. Isso representou uma dependência para a formação dos quadros intelectuais no Brasil, sendo, assim, um importante instrumento de subordinação diante da metrópole, conforme as próprias elites portuguesas¹⁸.

Após a independência, foi necessária a criação de cursos de direito no Brasil, para dar autonomia à formação das elites, afirmando-se a soberania nacional. Em torno da criação dos cursos de direito havia, portanto, uma estratégia política. Todavia, mesmo após a criação dos cursos de direito, permaneceu a influência da cultura jurídica portuguesa ao longo da primeira metade do século XIX. Já antes da criação dos cursos de direito no Brasil, o Imperador havia encomendado que uma das cadeiras fosse atribuída a um Português, numa evidente antecipação de que as proposições teóricas reinantes em Portugal seriam aplicadas ao ensino jurídico porvir no

¹⁷ Faria, José Eduardo; *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica – O direito como instrumento de transformação social*, São Paulo, Editora Universidade de São Paulo, 1988, p. 168-169.

¹⁸ Venâncio Filho, Alberto; *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino no Brasil*, São Paulo, Perspectivas, 1977, p. 7-8.

Brasil¹⁹. A influência de Portugal nos estudos jurídicos brasileiros aconteceu no instante em que foram criados os cursos jurídicos, pois o modelo institucional adotado foi aquele colhido a partir de Coimbra²⁰.

Assim, inicialmente, as faculdades de direito não surgiram como um espaço de produção científica reservado à criação e obtenção de conhecimentos novos. Ao contrário, constituíram-se *ab ovo* em locais de mera reprodução do saber já existente na Europa da primeira metade do século XIX.

Cabe discorrer sobre o que ocorreu na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, não somente devido ao seu evidente histórico disseminador de profissionais e conhecimento, mas também porque auxilia sobremaneira a entender nossa tradição positivista.

A Faculdade de Direito de São Paulo nas primeiras décadas após a sua criação, até 1883 produziu intelectuais dominados por um ideário liberal e por isso condicionados a ver as relações sociais como relações contratuais entre partes juridicamente iguais, porém individualizadas, com autonomia da vontade e vínculos de coordenação. Produziu mais políticos que juristas. Aliás, inicialmente, não havia preocupação em formar juristas, mas, sim, ideólogos que produzissem a configuração jurídico-política do Estado emergente. Esse condicionamento liberal foi o resultado da introdução do jusnaturalismo nos primórdios do ensino jurídico. Ou seja, a Faculdade de Direito de São Paulo formou bacharéis orientados para privatizar conflitos sociais e nessa condição colocar o indivíduo e sua liberdade como o centro da luta política, deixando para um plano inferior a autonomia da ação coletiva, esquivando-se da idéia de democracia. Restava ao bacharel perpetuar a divisão entre liberalismo e democracia. Os princípios liberais se sobrepuseram aos princípios democráticos na Velha Academia²¹.

O aprendizado na Faculdade de Direito de São Paulo foi caracterizado pela autodidática. Sequer logrou consolidar a formação de discípulos. Nem mesmo foi capaz de alcançar padrões mínimos uniformes no desempenho de suas funções pedagógicas. Em suma, a Faculdade nada ensinou sobre o direito e exatamente nisso consistiu o seu segredo²². Ao mesmo tempo, a

¹⁹ Machado Neto, Antonio Luis; História das Idéias Jurídicas no Brasil, São Paulo, Editorial GRIJALBO – Editora da USP, 1969, p. 23. Essa obra traz uma exposição das correntes jusnaturalistas formadas no Brasil.

²⁰ Simões Neto, Francisco Teotônio; Bacharéis na Política e a Política dos Bacharéis, Tese de doutoramento defendida em 1983 junto à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, p. 73.

²¹ Adorno, Sérgio; Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988, p. 27 e 238-239.

²² Adorno, Sérgio. Op. cit., p. 236-237 e 246.

Academia de São Paulo monopolizou todas as esferas políticas de dispersão que se apresentavam às elites, evitando que a diversidade de sua composição social promovesse inconvenientes fissuras, acentuando divergências internas e inclinando os segmentos pensantes de encontro às reivindicações populares. E dessa forma, a Faculdade formou mais políticos-liberais que democratas, mas de qualquer forma, pouquíssimos juristas. Não foi o aprendizado da ciência jurídica o responsável pela profissionalização do bacharel.

De forma geral, as faculdades de direito criadas no recém-nascido Estado Brasileiro deixaram muito a desejar enquanto centros de reflexão jurídica criativa, apesar de catalisarem grande parte da vida cultural e jurídica do país, um quadro que até hoje afeta a imagem das disciplinas jurídicas, que dificilmente são vistas como fontes de conhecimento inovadoras²³.

Importantes modificações e tentativas de modificações foram feitas nos currículos, como por exemplo, a introdução do direito romano e do direito administrativo, em 1854, a reforma do ensino livre, em 1869, a reforma curricular em 1890 (sem sucesso), as reformas de 1931 e 1962. Todavia, somente a partir de 1967 é possível encontrar genuína preocupação com a formação humanista do bacharel.

2.3. A crise do ensino jurídico nas décadas de sessenta e setenta.

Graças à experiência do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED), que funcionou no período de 1967 a 1972, sob a orientação de David Trubek, deu-se no Brasil a primeira tentativa séria de se humanizar o curso de direito. Baseando-se no modelo de ensino Norte-americano, a Universidade do Estado da Guanabara e a Fundação Getúlio Vargas propuseram-se a atualizar a formação do profissional do direito, a fim de que atendesse às demandas do mercado empresarial brasileiro. É bem verdade que essa iniciativa limitou-se à pós-graduação. Todavia, teve o mérito de influenciar a graduação dos cursos de direito, estimulando a adoção de novas matérias (direito econômico e empresarial) e de um novo método de ensino (*problem method*).

Entretanto, ainda na década de sessenta, a fim de abafar as reivindicações estudantis, deu-se a sagaz reforma universitária implantada pela Lei n. 5.540/68, que operou a divisão da

²³ Alvarez, Marcos César; Bacharéis, Criminologistas e Juristas: Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil, monografia IBCCRIM n. 25, junho/ 2003, p. 26.

universidade em departamentos, adotou o sistema de créditos e ampliou a oferta de vagas. Esse projeto também enfraquecia a oposição à ditadura militar ao mesmo tempo em que atendia às reivindicações da classe média que aspirava por um título de graduação superior, como forma de ascensão social. A reforma ainda autorizou e estimulou a criação de cursos universitários em instituições privadas, que na maioria das vezes não tinham preocupação com a qualidade de seus cursos, mas, sim, com o lucro obtido com os cursos²⁴.

A crise atual dos cursos jurídicos no Brasil acentuou-se na década de setenta por força da reforma universitária que imprimiu uma política de massificação do ensino superior, transformou o currículo mínimo em máximo, não aproveitou a possibilidade prevista em lei para adaptar o programa de ensino às necessidades regionais e aniquilou a perspectiva interdisciplinar pela divisão estanque do conhecimento.

Até os dias de hoje as disciplinas de filosofia, sociologia, política e economia são apresentadas aos alunos da graduação dos cursos jurídicos como matérias que integram compartimentos isolados e sem vínculo com o direito. O produto dessa política de ensino jurídico foi a criação de cursos débeis, alguns deles, conhecidos como “vantajosos” porque poderiam ser realizados aos fins de semana, exigido pouco do aluno para a obtenção do tão almejado título universitário²⁵.

2.4. Os anos oitenta e a demanda pela valorização do humanismo.

Com o encerramento do regime militar e o propalado fim da ditadura, a sociedade brasileira vivenciou a expectativa de realização democrática, que se refletiu no mundo jurídico através da demanda pela proteção dos direitos difusos e coletivos. O sentimento de cidadania foi enaltecido,

²⁴ Faria, José Eduardo & Campilongo, Celso Fernandes; *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10. No mesmo sentido Junqueira, Eliane Botelho; *A Sociologia Jurídica no Brasil – Introdução ao debate atual*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1993, p. 24.

²⁵ “*Sendo o direito um dos cursos tradicionais (como engenharia e medicina), ele sofreu os mesmos efeitos da disciplinarização e da expansão privada. De um anterior curso de elite, vinculado aos quadros da burocracia estatal, o ensino jurídico viu-se destituído desse status para ser jogado na vala comum do curso de final de semana, que despendiam menores cursos com maior demanda. A reforma universitária de 1968 encontrou nos cursos jurídicos um campo fértil para o engajamento do ensino superior aos ideais do regime estabelecido. Dentro da tradição conservadora, os cursos de direito eram os mais propícios a assimilar a ideologia da ordem, do cumprimento da lei, da hierarquização, da disciplina, da não contestação, quando não da participação ativa em favor do regime estabelecido*” (Costa, Alexandre Bernardino; *O papel do ensino jurídico no Brasil*, in *Na Fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória*, organizado por José Geraldo de Souza Jr., Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, Brasília, Ed. Síntese, 2003, p. 65-66).

bem como a figura do advogado popular, comprometido com causas de interesse dos movimentos sociais. Os cursos jurídicos não ficaram imunes a essa nova mentalidade e uma de suas reações mais significativas deu-se com o novo fôlego tomado pelo direito constitucional, especialmente em razão da assembléia constituinte.

Ademais, a reação dos professores e alunos diante dessa nova realidade democrática não foi produto da reflexão detida e científica. Ao contrário, caracterizou-se por ser heterogênea. Alguns pugnavam pela inclusão da sociologia jurídica, outros pelo estudo do latim e muitos pleitearam a especialização extrema das disciplinas como forma de capacitá-los para competir no mercado de trabalho.

Com conseqüência dessas novas e não-coincidentes demandas surgidas após a ditadura militar, as faculdades de direito tornaram-se depositárias das mais variadas expectativas nutridas por aqueles que nela ingressaram. A existência de objetivos contraditórios nos cursos de direito nada mais fez que reafirmar - desde o final dos anos 80 - que para as faculdades de direito continuam a ser canalizados diferentes interesses para inserção profissional, apesar da existência de outros cursos que melhor poderiam dar vazão a esses interesses conflitantes, como por exemplo as faculdades de administração de empresas²⁶.

Pensar no curso de direito pode abrir um leque de opções profissionais. Parte-se da opção entre seguir a vida pública ou privada. Aqueles que optarem pela primeira escolherão entre diversas carreiras públicas, que possuem diferentes níveis de atuação e distintos perfis de abordagem do direito, como são as carreiras de delegado de polícia, promotor de justiça, procurador do município, do estado ou da união e magistrado. Estas, sem prejuízo de outras não específicas do direito, como as de fiscal de tributos, militar, político, entre tantas. Aqueles que optarem pela carreira privada poderão procurar a faculdade de direito para obter a formação de um advogado humanista nos moldes do século XIX, ou o preparo para advogar diante de um mercado de trabalho altamente especializado e com elevado nível de competitividade e, ainda, alcançar a graduação para assessorar juridicamente os movimentos sociais. Ademais, o profissional poderá optar sempre para carreira docente, desde que empreenda no sentido de titular-se em níveis de pós-graduação.

²⁶ Junqueira, Eliane Botelho; *A Sociologia Jurídica no Brasil – Introdução ao debate atual*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1993, p. 27.

Essa confluência de expectativas que recaiu sobre os cursos de direito a partir dos anos 80 também contribuiu para que as disciplinas jurídicas fossem vislumbradas em departamentos, visando a especialização e pureza de respectivo ramo. Concomitantemente, perpetuou a noção da sociologia jurídica como uma *quase-ciência*, marginal ao curso jurídico.

2.5. A proliferação dos cursos de direito dos anos 90 ao século XXI.

A partir dos anos 90 o Brasil assistiu a uma vertiginosa proliferação dos cursos de direito. Produto de uma clara política de inclusão social que viu na obtenção do diploma universitário uma forma de ascensão, o Poder Público autorizou seguidamente a criação e instalação de novos cursos de direito no Brasil, multiplicando-se em progressão geométrica as vagas oferecidas. Entretanto, a multiplicação da oferta não foi acompanhada por uma correspondente melhoria de qualidade do ensino médio.

A baixa qualidade do ensino médio associada à precariedade do critério para admissão nos cursos de direito fez nascer uma massa de bacharéis com formação deficiente, que na grande parte não conseguem aprovação no exame de ordem, ficando impossibilitados de exercer a advocacia.

Muitos estudantes inadvertidamente compram a ilusão de que o diploma é condição necessária e suficiente para o sucesso profissional:

“A proliferação dos cursos universitários a partir dos anos 90 é a um só tempo sintoma e causa dessas mudanças. Um mercado de trabalho cada vez mais exigente passou a cobrar maior titulação dos jovens profissionais. Com isso, aumentou a oferta de cursos e caiu a qualidade. O fenômeno da multiplicação das faculdades e do declínio da qualidade acadêmica foi especialmente intenso no campo do direito. Trata-se, afinal, de uma carreira de prestígio, cujo ensino é barato. Não exige muito mais do que o professor, livros, uma lousa e o cilindro de giz. Existem hoje 762 cursos jurídicos no país. Em 1993, eles eram 183. A OAB acaba de divulgar a lista das faculdades recomendadas. Das 215 avaliadas, apenas 60 (28%) receberam o nihil obstat. A ordem levou em conta conceitos do provão e os resultados de seu próprio exame de credenciamento de bacharéis. A verdade é que nenhum país do mundo é constituído apenas por advogados, médicos e engenheiros. Apenas uma elite chega a formar-se nesses cursos. No Brasil, contudo, criou-se a ilusão de que a faculdade abre todas as portas. Assim, alunos sem qualificação acadêmica para seguir essas carreiras pagam para obter diplomas que não lhes serão de grande valia. É mais sensato limitar os cursos e zelar por sua excelência,

evitando paliativos como o exame da ordem, que é hoje absolutamente necessário para proteger o cidadão de advogados incompetentes -o que só confirma as graves deficiências do sistema educacional”²⁷.

Não por outro motivo o, à época, Ministro da Educação, Tarso Genro, em 12-02-2004, determinou a suspensão das homologações de cursos de direito no país por um período de 90 dias, por considerar graves as denúncias da OAB de que muitos cursos foram criados com o único objetivo de obter lucros. Conforme afirmou o referido Ministro “são cursos caça-níqueis que levam a poupança de muita gente, sem oferecer qualidade. Muitos saem desses cursos sem ao menos saber escrever”²⁸.

Essa realidade também contribui para a rejeição da sociologia jurídica como disciplina de fundamental importância no curso de direito. Os alunos ingressam nas faculdades esperando aprender direito, entenda-se: conhecer a Constituição Federal e as leis. Não esperam e nem querem saber sociologia. Ademais, a compreensão da sociologia jurídica exige um nível mais elevado abstração, para o que os alunos egressos do ensino médio nem sempre estão preparados, apresentando um baixo nível intelectual²⁹. E, ademais, para aprender sociologia jurídica é preciso também mínimos conhecimentos de história, dos quais os referidos dificilmente estão dotados.

2.6. A configuração atual da sociologia jurídica nos cursos de direito.

Apesar de grande oposição, a sociologia jurídica vem conquistando espaço no currículo das faculdades de direito e também em alguns outros cursos jurídicos, embora nestes, com menos força. Todavia, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

As faculdades de direito concentram estudantes e professores com visões diferentes do mundo, uns juristas tradicionais, outros críticos, e muitos, voltados para as necessidades do mercado e das empresas. Nesse meio, a inclusão da sociologia jurídica como disciplina é produto do confronto entre propostas de formação profissional radicalmente distintas, pois ao mesmo tempo em que alguns defendem uma formação técnica e dogmática, outros pugnam por uma formação

²⁷ Conforme reportagem publicada pela Folha de São Paulo, em 29-01-2004, intitulada “Ilusão Universitária”.

²⁸ Fonte: Folha de São Paulo, reportagem publicada em 13-02-2004.

²⁹ Miralles, Teresa & Falcão, Joaquim; Atitudes dos Professores e Alunos do Rio de Janeiro e São Paulo em face ao Ensino Jurídico, *in* Sociologia e Direito: leituras básicas de sociologia jurídica, organizado por Cláudio Souto e Joaquim Falcão, São Paulo, Livraria Pioneira Editora, 1980, p. 267-286.

crítica e voltada para a realidade social. Por trás desse confronto entre disciplinas e método existe o poder determinante de quem é capaz de institucionalmente impor um certo modelo de currículo.

Atendendo às demandas de aumento de cidadania, as faculdades de direito tentaram conciliar o predominante paradigma positivista com o paradigma sociológico. Entretanto, isso fez emergir de maneira menos dissimulada uma situação pouco amistosa para recepção da sociologia jurídica. Esta recebeu das disciplinas “puramente jurídicas” a conotação de disciplina subversiva. Isso se deveu em grande parte aos juristas de formação tradicional, herdada do modelo positivista português, que resistiram e resistem a qualquer questionamento sobre o modo de pensar em que foram educados³⁰.

Essa hostilidade com a sociologia jurídica foi agravada por algumas manifestações do movimento crítico do direito que, na tentativa de liberar a reflexão sobre o direito das amarras do ritualismo escolástico, desconstituiu o objeto de sua própria reflexão. Não raro o movimento crítico confundiu o direito com o discurso escolástico dos operadores do direito. A crítica do discurso dos atores do campo jurídico esquecia, algumas vezes, que esses atores efetivamente faziam coisas, isto é, tinham uma vida profissional através da qual acreditavam contribuir para a sociedade. Foi um erro de ingenuidade a abordagem que se preocupou fundamentalmente em criticar o discurso nativo e transformar as práticas vigentes, obliterando a compreensão da estruturação e o funcionamento dos campos jurídicos aos quais se dirigiam as críticas. Assim, o movimento crítico não somente despertou os professores para a necessidade de considerações sociais em seus discursos, mas também radicalizou o confronto com os setores mais conservadores do corpo docente³¹.

A gradativa conquista de espaço que a sociologia jurídica vem obtendo no curso de direito não resulta tanto da unanimidade sobre a sua importância para a formação do futuro bacharel em direito.

Foram fatores de maior peso na conquista desse espaço: a) a mudança da correlação de forças dentro das faculdades de direito, o que se deveu em especial à admissão de professores mais

³⁰ “Verdade é que o positivismo contribui para estreitar horizontes, impedindo a visão conjunta e interdependente das funções conservadora e transformadora da ordem jurídica. Disto se têm valido os conservadores para frear a evolução do direito, aferrados que se encontram na manutenção de seus privilégios, esquecidos de que, sem a justiça social, ... ,a ordem jurídica mantém-se pela coerção” (Azevedo, Plauto Faraco de; Do ensino jurídico: conhecimento e produção criativa do direito, in Direito e Democracia, Revista de Ciências Jurídicas, vol. 02, n. 01, Canoas-RS, Ed. ULBRA, 1º sem./2001, p. 63

³¹ Junqueira, Eliane Botelho; A Sociologia Jurídica no Brasil – Introdução ao debate atual, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1993, p. 52.

jovens com curso e mestrado e doutorado nos quadros docentes e; b) a influência das transformações políticas e sociais da década de 80, que se deram dentro da incipiente democracia brasileira.

Ainda assim, de qualquer forma, o corpo docente é historicamente conservador no que diz respeito à inclusão de uma disciplina não puramente jurídica no curso de direito³².

A questão vai mais longe, pois o próprio corpo discente é em boa parte refratário às considerações sociológicas profundas no exame da questão jurídica, devido à pluralidade de expectativas existentes numa mesma sala de aula, pode-se esperar que somente uma parte dos alunos sejam receptivos às incursões da sociologia jurídica. Os alunos ao serem confrontados com questões de ordem social incidentes sobre o direito ora têm a sensação de não estarem aprendendo o direito, mas, sim, sociologia e, assim, frustrados em suas expectativas de “conhecer a lei”; ora sentem-se despreparados para tal aprendizado e incursão, ainda que reconheçam a sua importância³³.

2.7. Os obstáculos ao ensino da sociologia jurídica no Brasil.

A atual situação com que é vista a sociologia jurídica e seu papel para a formação do jurista requer a superação de dois obstáculos. Um deles é de ordem epistemológica, o que pode ser concluído, também a partir daquilo que acima foi exposto. O segundo impedimento é de ordem política. E como tal, em grande parte é orientado atualmente em função do processo de

³² Para conferir idêntica situação no Peru: Bullard, Alfredo & MacLean, Ana Cecília; La enseñanza del derecho: Cofradía o archicofradia? in El derecho como objeto e instrumento de transformación, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 169-187.

³³ “O direito não é um componente periférico da realidade social. Sobretudo nas socioculturas complexas, a sua condição é nuclear, irradiando-se para o todo ao ponto de se ter já repetido à fatura que é, o direito, solidário a quase todas as demais manifestações sociais. Ocorre, porém, que de uns cinqüenta e cinco anos para cá (isto é: desde o final da Segunda Grande Guerra), não só os alunos, mas também profissionais docentes têm oposto resistência nada pequena às abordagens propostas pelas disciplinas que visam a devolver consciência à ciência jurídica. Referimo-nos à Filosofia do Direito, em primeiro plano, mas também a contributos como os da Antropologia Jurídica, da Introdução à Ciência do Direito e da Sociologia Jurídica, principalmente. Um desmedido pragmatismo vem, há décadas, desconsiderando as referidas contribuições que, como dissemos, labutam para devolver consciência à ciência. Assim, aqui resolvemos enfrentar a questão: ‘Por que uma abordagem sociológica do direito?’, com o fito de facilitarmos o entendimento e a aceitação dos textos que se seguirão, todos eles preocupados com contextualizações necessárias do direito. De pronto, lembramos que as disciplinas acima relacionadas, por tanto tempo chamadas subsidiárias, pelos mais desrespeitosos tidas como ‘perfumaria’, saíram dos seminários, simpósios e congressos sobre reforma do ensino jurídico em nosso país, em nova condição de prestígio, encontrada na Portaria n.º 1.886 (MEC, 1994). Neste documento, as disciplinas antes tidas como subsidiárias passam a ser chamadas de fundamentais – as contribuições que respondem pelos alicerces da edificação do bacharel em direito”. (Moraes, Régis de; Sociologia jurídica contemporânea. Campinas: Edicamp, 2002, p.01-02).

globalização. Ambos atuam impedindo que direito e sociologia atuem juntos em busca de soluções democráticas.

2.7.1. Os obstáculos epistemológicos.

Após a obrigatoriedade da disciplina de sociologia jurídica nos cursos de direito as teorias sociológicas ganharam algum reforço. Assim, despontaram professores de várias tendências já antes manifestadas, como por exemplo, da teoria geral realista (cujos paradigmas são Alf Ross, Karl Olivecrona e Karl Engisch), da teoria geral analítica (que tem na obra de Herbert Hart o seu marco referencial), da teoria geral do “discurso jurídico” (baseada em Theodor Viewheg e Chaim Perelman), de uma teoria geral voltada à semiologia do poder (inspirada num certo momento histórico por Luís Alberto Warat). Tais teorias possuem divergências metodológicas e filosóficas. Todavia, têm como denominador comum o desejo de avaliar as normas jurídicas a partir de uma visão externa, sem submeterem-se a elas nem às regras internas de produção do discurso jurídico. Visam, sim, compreender essas regras nos seus efeitos e na sua história³⁴.

Entretanto, ora por erro metodológico, ora por falta de espaço curricular, as teorias que são apresentadas aos estudantes do curso de direito não enfrentam a questão básica das relações entre o direito positivo e as transformações sociais. Assim tem sido porque, ao promover uma crítica geral ao positivismo, aquelas abordagens limitam-se a denunciar a forma arbitrária que está por trás da tradicional dogmática jurídica, deixando de obter todas as conclusões possíveis; por exemplo, deixa de concluir sobre a identificação de quem usa esse tipo de arbítrio para impor sua vontade sob a forma de normas abstratas, gerais e impessoais, ou ainda, não desenvolve argumentos que sejam capazes de neutralizar tal arbítrio e a própria ideologia por meio da qual ele se esconde. Ou seja, as teorias sociais oferecidas nos curso de direito têm se preocupado mais em atacar o positivismo, que em dar explicações sobre como devem ser as relações entre o direito e a dinâmica social.

De outro lado, de nada adiantou a inclusão de sociologia jurídica como disciplina necessária, se as demais disciplinas “puramente” jurídicas continuam utilizando a dogmática como o único conhecimento possível do ramo do direito respectivamente ensinado. Isso provoca um choque

³⁴ Faria, José Eduardo & Campilongo, Celso Fernandes; *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 31.

epistemológico dentro do mesmo curso. Num momento inicial o acadêmico aprende sociologia jurídica e seja qual for a teoria adotada pelo professor, haverá o questionamento da dogmática como única forma de conhecer o direito e a compreensão das normas sob uma perspectiva externa. Em momentos posteriores, o estudante aprende cada um dos ramos do direito sob o enfoque meramente dogmático abordando o direito e obtendo o saber do ponto de vista interno da respectiva disciplina jurídica.

Para a superação dessa contradição interna do aprendizado duas alternativas se apresentam. Uma delas está na sensibilização, “reeducação” e mudança de postura do corpo docente responsável pelo ensino dos demais ramos do direito, modificando a metodologia de ensino de sua cadeira.

Outra alternativa está em que se realize a uma ampla modificação do curso jurídico, como propõe Faria³⁵, em forma de verdadeira reorientação em direção a novos objetivos sociais, econômicos, políticos e administrativos, em consonância com os conflitantes e contraditórios objetivos da sociedade contemporânea, intensamente heterogênea e altamente estratificada. Tal reordenação metodológica possibilitará a construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária que a atual, graças ao papel institucional desempenhado pelas faculdades de direito, pois estas não são apenas lugares onde o conhecimento se resume à repetição do direito oficial e do direito convencionado como consensualmente aceito pela dogmática. Os bancos da faculdade de direito se tornariam locais de transformação do conhecimento e liberação social. Advirta-se, todavia, que de nada adianta a modificação de leis destinadas a regulamentar o ensino jurídico se não houver também uma mudança cultural de mentalidade do corpo docente e discente, pois o grande problema vivenciado pelo ensino jurídico no Brasil é de “*conscientização social por parte dos vários atores que interagem na atividade educacional*”³⁶.

³⁵ Faria, José Eduardo; A Reforma do Ensino jurídico, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987, p.14-15. No mesmo sentido da proposta de Faria, confira-se: Courtis, Christian; Enseñanza Jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario, in Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales en parceria con o Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Editor: César A. Rodríguez, 2003, p. 75-91. Para uma visão geral das propostas de reformulação do ensino jurídico no Brasil feitas por João Batista Villela, Álvaro Melo Filho, Aurélio Wander Barros, Joaquim Arruda Falcão, Luís Alberto Warat e Roberto Lyra Filho, confira-se Rodrigues, Horácio Wanderlei; Ensino Jurídico: Saber e Poder, São Paulo, Editora Acadêmica, 1988, p. 37-100 e resumidamente fls. 100-102. Para uma visão resumida da proposta de Roberto Lyra Filho (A Nova Escola Jurídica Brasileira – NAIR), confira-se, A Nova Escola Jurídica Brasileira, in Notícia do Direito Brasileiro, n. 07, Universidade de Brasília, Brasília, Nova Série, 2000, p. 497-507.

³⁶ Ranieri, Nina Beatriz Stocco; Visão Crítica da Legislação sobre o Ensino Jurídico, Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 11, n. 45, São Paulo, RT, out.-dez./2003, p. 151.

Do contrário o obstáculo epistemológico persistirá devido às resistências naturais que bloqueiam, travam e desnaturam a produção de conhecimentos científicos, castrando intelectualmente os futuros bacharéis.

No obstáculo epistemológico há uma relação imaginária entre o cientista e sua prática. Essa relação não tem controle epistemológico e desloca os fatos sociais para fora de seu campo científico. Mais ainda, essa relação imaginária entre o cientista e sua prática deságua em erros sistemáticos, alucinações teóricas, falácias lógicas e lacunas conceituais as quais são transplantadas para o campo de atuação profissional, onde se cristalizam na forma de hábitos de trabalho e crenças profundamente enraizadas na rotina dos juristas. Esse campo científico na verdade se torna um espaço perigoso ao trânsito jurídico devido aos impedimentos epistemológicos, que impulsionam à absurda aceitação do conteúdo da lei como o conteúdo da ciência do direito³⁷.

2.7.2. O obstáculo político.

Subjacente à preocupação de que as escolas de direito diminuam a orientação para as questões unicamente dogmáticas existe uma bem articulada pressão para que essas mesmas escolas sejam dominadas por docentes tradicionalmente alinhados com o sistema dominante. Daí, o positivismo existente no ensino jurídico do Brasil é fruto da necessidade que os centros de poder têm de fundamentar seus mecanismos de dominação através do direito, substituindo dessa forma a legitimidade pela legalidade e assim iludir a todos sob o argumento de que o problema do ensino jurídico no Brasil é apenas de ordem pedagógica, quando na verdade é principalmente e também matéria de interesse do sistema político³⁸.

Difícil ignorar o papel institucional das faculdades de direito, pois é através da educação jurídica que a vida social consegue ordenar-se conforme uma hierarquia de valores. É por meio da educação jurídica que se imprimem no comportamento social os hábitos e os elementos coativos que designam as atividades de todos para as aspirações comuns. A partir das faculdades de direito forma-se a cultura jurídica nacional. A base de atuação dos egressos dos cursos de direito fornece a bitola cultural jurídica. Conforme a cultura jurídica adquirida, haverá profissionais com espírito e

³⁷ Faria, José Eduardo & Campilongo, Celso Fernandes; *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 34.

³⁸ Faria, José Eduardo; *O ensino jurídico e a função social da dogmática*, in “Encontros da UNB”, Ensino Jurídico, 1979, Brasília, p. 116-117.

capacidade crítica ou, ao contrário, juristas passivos e reprodutores dos esquemas de poder vigentes. Disso resulta que é preciso encarar o ensino jurídico como uma prática dotada de um fundamental sentido político, que pode conduzir a uma atitude libertadora ou, inversamente, domesticada. Assim, a opção pelo método positivista ou pela abordagem humana e social é, enfim, nada mais que uma opção política³⁹.

Os cursos jurídicos no Brasil não oferecem ao aluno possibilidades de ter uma visão crítica das leis e do Estado. E isso é intencional. Deseja-se que seja perpetuada a utópica visão lógica e harmônica do direito posto, unificando-se ideologicamente a massa de acadêmicos e juristas para alinhá-los com os interesses estatais dominantes⁴⁰.

Daí, o que se verifica nas faculdades de direito é a opção por uma postura acadêmica tradicionalmente fechada em si mesma, dedicada à erudição gratuita e desinteressada pela realidade nacional, em lugar de um compromisso com a nação e seus problemas. As faculdades têm desfiguradas a sua função social, primando por formar burocratas jurídicos, manipuladores da tecnologia e doutrinadores de novas gerações de mesmo perfil das elites⁴¹.

Estuda-se a lei em seu aspecto meramente formal, sem a preocupação com seu conteúdo. Isso não é ingenuidade, e pelo contrário, cumpre uma função política direta, tentando gerar e gestar conhecimentos jurídicos ideologicamente neutros e desvinculados de qualquer questionamento sociológico. Essa ilusória imparcialidade do ordenamento funciona como pretexto para a socialização de um conjunto de valores aceitos pelo Estado⁴².

O método positivista fundado na lógica-formal reduz o estudo do direito ao estudo das normas oficiais. Isso faz do direito mero instrumento de poder, onde a legitimidade material (democrática e dialeticamente encontrada) passa a ocupar o segundo plano, enquanto a legalidade se eleva para ao mais alto nível. Nessa perspectiva inexistente um panorama interdisciplinar, mas, sim, apenas o compromisso com a manutenção da cultura jurídica dominante e da conseqüente continuidade da estrutura social vigente.

Os problemas curriculares, programáticos, didáticos e metodológicos, a ausência de interdisciplinariedade, o baixo nível dos alunos que ingressam nos curso de direito e o elevado

³⁹ Faria, José Eduardo; A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação, *in* Formação Jurídica, 2ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 13-20.

⁴⁰ Faria, José Eduardo; Sociologia Jurídica (Crise do Direito e Práxis Política), 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 161.

⁴¹ Faria, José Eduardo. Op. supra cit., p. 172.

⁴² Faria, José Eduardo. Op. supra cit., p. 168.

número de alunos por sala de aula são problemas identificados pelos analistas do ensino jurídico. Todavia, numa visão profunda, esses fatores interessam politicamente à ideologia de dominação do Estado, na medida em que favorecem o não questionamento da ordem jurídica posta e oficialmente vigente, ao mesmo tempo em que desestimulam a formação de profissionais aptos a promover mudanças jurídicas que se reflitam diretamente na sociedade.

As dificuldades de penetração da sociologia jurídica nos cursos de direito hoje não se reduzem a meros desencontros institucionais ou ao corporativismo de uma classe de docentes de áreas “puramente jurídicas”. Escondem-se atrás dessas dificuldades uma certa concepção de direito e justiça, a preferência por um certo modelo de ordem econômica e política, bem como oculta-se um determinado paradigma de relações sociais e de cultura.

A imutabilidade do ensino jurídico de base positivista favorece a não democratização das estruturas sócio-econômicas. Isso pode assumir contornos ainda mais preocupantes quando consideramos o sistema de justiça e em especial, o sistema penal.

Os profissionais que ingressam no sistema de justiça receberam em sua grande maioria uma formação positivista. Essa formação positivista é condição necessária para o ingresso nas carreiras de delegado de polícia, promotor de justiça, magistrado, defensor público e procurador (do Município, Estado e União). Isso é perceptível através dos exames e provas aplicados aos candidatos. Referidos exames nada mais fazem que medir de forma relativa a capacidade de memorização dos candidatos sobre as regras e princípios vigentes. Os candidatos, por isso, costumam procurar reforço para fixação dessa memorização nos cursos preparatórios para concursos públicos. O mesmo vale para o exame de admissão à OAB e seus respectivos cursos preparatórios. Uma vez admitidos nas respectivas carreiras, o aprendizado do direito e reciclagem de conhecimentos é feito através de instituições de ensino existentes dentro das respectivas carreiras (Academia de Polícia Civil, Escola Superior da Magistratura, Escola Superior do Ministério Público, Escola Superior de Advocacia). Referidas instituições de ensino não possuem uma definição curricular orientada para a abordagem científica e profunda das questões emergentes na sociedade contemporânea altamente fragmentada. Tampouco existe preocupação explícita para expansão e/ou atualização dos conhecimentos de sociologia jurídica. Enfim, no que diz respeito à formação

acadêmica, atualização e reciclagem de conhecimentos no sistema judicial, tudo conspira para a manutenção de uma mentalidade positivista e dos ideais políticos a ele subjacentes⁴³.

O ensino pré-profissional e pós-profissional fica, assim, impregnado de um colorido político autoritário, que se esconde sob o manto da aparente neutralidade de quem afirma que não faz política ao aplicar o direito penal. Ora, como disse Roberto Lyra Filho, *“aquele que afirma ‘eu não faço política’, já está fazendo o que nega”*, inclusive esquecendo-se que o ensino do direito penal é de acentuado matiz político, como de resto o é todo o ensino do direito⁴⁴.

Por outro lado também se chega à conclusão de que o positivismo espelha um ideal político de dominação. É que a sua respectiva base de racionalidade é também despótica. O positivismo é fruto de uma racionalidade científica (ainda dominante) que tem a pretensão de ser um paradigma global que, conforme afirma Santos⁴⁵, *“nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”*. Daí, a racionalidade científica em que se funda o positivismo é um *“modelo totalitário”* de racionalidade.

2.7.3. Globalização e ensino jurídico.

A orientação desses interesses políticos que desfavorecem a abordagem sociológica do direito deve ser tributada, em grande parte, ao processo de globalização. Essa questão faz parte de um problema maior, onde se insere necessariamente a formação do bacharel.

Seria ingenuidade imaginar que o impacto causado pela globalização econômica e revolução tecnológica não afetariam o ensino universitário. A redefinição do papel do Estado, o

⁴³ Sobre a ausência de definição curricular e a duvidosa contribuição dos chamados “cursinhos”, confira-se: Neto, Caetano Lagasta; As Escolas da Advocacia, do Ministério Público e da Magistratura e o Ensino Jurídico Profissional, *in* Carnos Jurídicos n. 19, ano 05, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Publicação da Escola Paulista da Magistratura, Jan.-Fev./2004, p. 107-111. Sobre o tecnicismo exigido pelos examinadores nos concursos públicos, confira-se: Cavalcanti, André Cleófas Uchôa, Ensino Jurídico e Concurso Público, *in* Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, vol. 05. N. 18, 2002, p. 179-186

⁴⁴ “Personalmente, soy de la opinión de que el derecho penal entraña decisiones políticas de primer orden, y esto no puede ser ignorado bajo ningún pretexto por sus futuros operadores. Por ello mismo creo, sinceramente, que el profesor debe proporcionar al estudiante la suficiente información acerca de lo que es y para lo que sirve el derecho penal. De un conocimiento pleno de las entrañas del poder del Estado depende que el derecho penal del presente y futuro inmediato sea un auténtico instrumento para la convivencia social o un deleznable instrumento del terror estatal” (Vidaurri Aréchiga, Manuel;

Algunas consideraciones sobre la enseñanza del derecho penal, *in* Estudios Jurídico-Penales, Universidad de Guanajuato, 1ª ed., Guanajuato, 1997, p. 274).

⁴⁵ Santos, Boaventura de Souza; A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência, vol. 01 – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, 4ª ed., São Paulo, Cortez, 2002, p. 60-61.

redimensionamento de sua soberania, a busca por novas tecnologias, a “desplanificação” do processo de produção “fordista”, a velocidade de atuação dos mercados, a alta competitividade e o novo paradigma dado pela *lex mercatoria* têm colocado em xeque o papel da universidade. As normas do mercado globalizado exigem das universidades a assunção de um papel que não é o seu principal, qual seja, o de atender às crescentes demandas da sociedade contemporânea globalizada. Olvida-se, com isso, que a universidade possui um papel institucional na sociedade e isso significa que ela realiza e exprime, de certa forma, a sociedade da qual faz parte, não sendo, pois, uma realidade separada e sim um reflexo histórico determinado dessa sociedade. Na medida em que as universidades passam a concentrar suas ações e estudos com vistas às exigências mercadológicas ditadas pela política internacional da globalização, ocorre funcionalização do saber, com o descaso pela pesquisa fundamental. E se considerarmos que isso também ocorre nas universidades públicas, inclusive com o financiamento privado de pesquisas públicas para consecução de fins empresarias, desnuda-se também a apropriação da universidade pública pelos interesses privados.

No campo das ciências ditas humanas ou sociais, dentre as quais se inclui o direito, isso tem um efeito de ignorantismo sobre as mesmas, no sentido de efetivo desprestígio, motivado pelo argumento de que a produção das áreas humanistas do conhecimento não podem ser imediatamente inseridas nas forças produtivas como resultados das ciências⁴⁶. Essa consequência da globalização para o ensino superior é especialmente perversa por ignorar que a mais extraordinária tarefa da universidade brasileira é o enfrentamento de problemas historicamente herdados: a miséria, o desrespeito aos direitos humanos básicos e a desigualdade social⁴⁷.

Com isso não se nega nem se ignora que as universidades têm uma vocação política ao lado de sua vocação científica. Todavia, o necessário equilíbrio entre estas foi quebrado pelas regras internacionais de mercado que invadiram a esfera nacional, tendo como resultado a preponderância da vocação política sobre a vocação científica⁴⁸. Nesse sentido é que Silva Neto⁴⁹

⁴⁶ Chauí, Marilena; A Universidade na Sociedade, *in* Escritos sobre a Universidade, São Paulo, Editora UNESP, 2001, p. 09-39.

⁴⁷ Gonçalves, Reinaldo; A Universidade Brasileira: um pé no século XIX, outro no século XXI, *in* Propostas para uma Universidade do Terceiro Milênio, Coleção Memória, UFRJ em parceria com a Fundação Universitária José Bonifácio, Rio de Janeiro, 1991, p. 113-152.

⁴⁸ Chauí, Marilena; Vocação Política e Vocação Científica da Universidade, *in* Escritos sobre a Universidade, São Paulo, Editora UNESP, 2001, p. 115-134.

⁴⁹ Silva Neto, Mateus Antonio da; Concepções de Universidade: uma perspectiva fenomenológico-existencial hermenêutica, São Luís, EdiCEUMA, 1999, p. 132.

afirma que a “*universidade, conforme pode ser vista, está inserida, presentemente, em um alto jogo de poder, de maior ou menor escala, na razão direta de sua inserção, na produção científica*”.

O menosprezo das ciências humanas - dentre as quais a sociologia classicamente está arrolada - reflete-se diretamente no aumento da dificuldade de penetração da sociologia jurídica na formação do bacharel em direito no Brasil. Esse quadro estabeleceu-se de forma geral e não é diferente em outros países da América-Latina, que embora possuam características que exijam profundas considerações sociológicas para a compreensão e estudo do direito, conforme expõem Rodríguez e Villegas⁵⁰, não logram tal êxito porque encontram barreiras formadas pela posição periférica ocupada pelos países sul-americanos no sistema econômico global, por sua rota de entrada na modernidade, bem como pela família e cultura jurídicas a que pertencem.

A globalização produz efeitos nem sempre negativos no ensino jurídico enquanto modo de produção do direito⁵¹. Ainda que não seja determinante para uma maior consideração das disciplinas não jurídicas no curso de direito, a globalização expôs de forma aberta o esgotamento dos paradigmas até então dominantes. É por isso que, como diz Faria⁵², estamos vivendo um período de “*exaustão paradigmática*”. Conceitos e categorias como monismo jurídico, poder constituinte originário, hierarquia das leis, direito subjetivo e segurança jurídica já não podem mais captar todo o dinamismo do funcionamento da economia globalizada. Por ser o sistema econômico a mais poderosa pedra de toque da sociedade, o ensino jurídico, enquanto modo de produção do direito, tem sido obrigado a repensar epistemologicamente toda a ciência do direito e colocar em novos termos sua interface, seja como teoria social ou como economia política⁵³.

Todavia, essa abertura para um novo paradigma, ainda incipiente, tem servido apenas para alguns campos do direito, notadamente, aqueles que por serem produzidos de modo obsoleto para

⁵⁰ Os países da América-Latina estão caracterizados por três denominadores comuns que são a ineficácia instrumental, o autoritarismo jurídico e a pluralidade jurídica.

(Confira-se: Rodríguez, César A. & Villegas, Mauricio García; Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos, in Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales en parceria com o Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Editor: César A. Rodríguez, 2003, p. 15-65).

⁵¹ Pode ser usado aqui, sem questionamentos significativos, a idéia da educação jurídica como um dos fundamentais “modos de produção do direito”, tal qual defendido por Trubek, isto é, o ensino jurídico como integrante da “política econômica de regulamentação, proteção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico”. (Trubek, David M.; A Reestruturação Global e o Direito, in Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas, organizado por José Eduardo Faria, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 39).

⁵² Faria, José Eduardo; O Direito na Economia Globalizada, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, 39-51 e p. 331.

⁵³ Para Boaventura de Souza Santos, o momento também é de uma crise epistemológica do paradigma dominante, provocada por condições sociais e condições teóricas iniciadas com a modernidade, que tem no capitalismo a sua pedra de toque e seu norte (A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência, vol. 01 – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, 4ª ed., São Paulo, Cortez, 2002, p. 68-117).

o processo de globalização (como o direito civil, o direito comercial, o direito tributário), precisam ser revistos e até desmembrados ou especializados.

Em se tratando do direito penal, pouco estímulo existe para o enfrentamento acadêmico dessa “*exaustão paradigmática*”, por duas razões muito próprias do processo de globalização. A primeira delas é que o sistema penal concentra esforços em sancionar os delitos cotidianos e urbanos que são necessariamente gerados pela globalização que aumenta o fosso social entre “*incluídos*” e “*excluídos*”. E para tanto basta que nos bancos acadêmicos sejam ensinadas as teorias clássicas de direito penal, no máximo até um “*mal compreendido*” finalismo welzeniano, na medida em que este não conseguiu abandonar um marco ontológico não permeável à contracultura. Também, assinala que o ensino do direito penal jamais ingresse no aprendizado e desenvolvimento das teorias funcionalistas, nem mesmo das mais conhecidas e desde muito tempo elaboradas (seja o normativismo-funcional de Jakobs, seja a política criminal de Roxin).

O outro motivo que desestimula o ensino jurídico-penal confrontar a “*exaustão paradigmática*” exposta pela globalização reside no fato de que as maiores e mais extensas lesões sociais - no mundo atual - são provocados por delitos consequencialmente resultantes do processo de globalização (por exemplo, danos ecológicos, narcotráfico, lavagem de dinheiro, manipulação do sistema financeiro). Desde que utilizadas as teorias clássicas da causalidade (século XIX e primeira metade do século XX) torna-se extremamente difícil a responsabilização e a individualização da conduta do(s) agente(s) que realizou o ataque ou a colocação em perigo do bem jurídico (difuso ou coletivo) protegido. Dito de outra forma: as teorias positivistas da causalidade não possibilitam a responsabilização daqueles que lesionam ou põem em perigo bens jurídicos difusos ou coletivos. Isso interessa aos indivíduos potencialmente responsáveis, os quais se encontram na liderança do processo globalizante.

Portanto, para as teorias penais funcionalistas, de um lado existem fatos que, embora típicos, passam ao largo do direito penal, porque funcionalmente entranhados à sociedade contemporânea, como por exemplo, os crimes de furto; de outro lado, existem fatos praticados contra bens jurídicos difusos ou coletivos que merecem sanção porque implicam em severa quebra das expectativas sociais ou porque político-criminalmente intoleráveis. Essas teorias penais são tudo o que não interessa aos agentes macro-econômicos que estão em condições de lesar os bens jurídicos difusos ou coletivos eleitos pela sociedade contemporânea.

CONCLUSÃO

O positivismo jurídico ainda permanece entre nós, apesar dos pontos flagrantemente débeis de sua construção teórica e de sua notável incompatibilidade com decisões materialmente justas.

Essa persistência do positivismo possui razões históricas bem definidas.

O método lógico-formal do qual se serve o positivismo jurídico presta-se como instrumento de dominação, de imposição ideológica e de prática de arbitrariedades dissimuladas sob a veste da obediência ao primado da lei. A isso está aliada uma sedutora forma de elaborar o direito. Para a determinação da responsabilidade penal basta a verificação da tipicidade formal, do nexos causal mecânico, do resultado naturalístico, da ausência de causa de exclusão da antijuridicidade, da presença do dolo e da culpa. As soluções positivistas são previamente dadas, inclusive pela linguagem, na medida em que desconsidera qualquer outro elemento que não seja interno ao seu próprio sistema de elaboração jurídica. E assim, se dá a ilusão de que é possível solucionar todos os casos. Entretanto, as soluções distanciam-se da realidade social e de seus respectivos valores vigentes que incidem no caso concreto.

De outro lado o positivismo ainda se faz presente e mais, se reproduz, porque o seu ensino ainda é prestigiado nos cursos jurídicos. A forma de pensar embasada na lógica-formal ainda é utilizada nos meios acadêmicos. A interdisciplinariedade não é – de fato - adotada pelas faculdades de direito. A sociologia jurídica é vista como uma disciplina periférica e sem cientificidade no curso de direito, ocupando um espaço indefinidamente rebelde entre o direito e a sociologia. O ensino do direito nas faculdades acaba por dividir-se entre as disciplinas jurídicas e as disciplinas não jurídicas, sem intercomunicação séria entre estas: as disciplinas jurídicas são ensinadas sem qualquer abordagem social, ou seja, olhando sempre para o próprio umbigo, passam ao aluno a visão de que todo o conhecimento daquele ramo do direito é encontrado dentro do mesmo ramo e da respectiva disciplina. Isso se deve a atitude do corpo docente historicamente conservadora que consiste em não aceitar bem a inclusão de disciplinas não-jurídicas para a efetiva formação do bacharel.

Mas, principalmente, o ensino sob forma positivista de pensar o direito se deve a uma opção política, interessada em manter as atuais e vigentes estruturas de poder, evitando a libertação do pensamento jurídico, que dessa forma permanecerá sempre alinhado com os grupos política e

economicamente dominantes. Do contrário, surgiriam questionamentos sobre o *status quo* que colocariam em perigo os centros de poder vigentes.

O adestramento do pensamento conforme o método positivista de conhecer o direito nasce na faculdade, reafirma-se nos “cursinhos preparatórios”, e após, é checado nos exames de ordem e concursos públicos a fim de se verificar se já estão suficientemente apreendidos; em seguida, perpetua-se nas escolas das instituições jurídicas de classe e cristaliza-se no exercício das profissões. Trata-se de um processo maquiavélico. Especialmente danoso e contraproducente na esfera do sistema penal.

Isso é altamente interessante ao processo de globalização. As antigas e já seculares teorias da causalidade, cunhadas epistemologicamente pelo positivismo, permitem a responsabilização penal da criminalidade que já faz parte da sociedade contemporânea e que não pode ser neutralizada, estando sistêmica e estruturalmente integrada ao cotidiano e à vida urbana, geralmente atacando bens jurídicos individuais (furto, estelionato, por exemplo). Todavia, não são suficientes para determinar a responsabilidade penal daqueles que potencialmente podem lesar os bens jurídicos difusos ou coletivos.

Já as teorias penais denominadas funcionalistas são incompatíveis com os interesses do processo de globalização, na medida em que usam de métodos e reflexões os quais fornecem mecanismos que permitem determinar a responsabilidade daqueles que lesam ou colocam em perigo bens jurídicos difusos ou coletivos.

Ademais, as considerações de ordem sociológica permitem o debate sobre a descriminalização de algumas condutas e formas de delito demonizados pela sociedade, como por exemplo, o narcotráfico. Todavia, isso colide com as demandas sociais pelo aumento da segurança, enfraquecendo o estado subjetivo de segurança pública tão caro a cada um dos cidadãos.

As barreiras para a aceitação de que são necessárias considerações sistêmicas de sociologia no direito penal são difíceis de serem transpostas. Interesses políticos e econômicos de grande expressão estão na base dessa situação. Por isso, neste trabalho objetivou-se sublinhar os pontos fracos do positivismo jurídico, a fragilidade de seu método lógico-formal e os interesses políticos ocultos sob o manto de uma aparente neutralidade.

Como dizia o saudoso Mestre nas matutinas aulas de direito penal da graduação, já nos fins da década de 80, adiante de seu tempo, como lhe era peculiar, “*as soluções penais materialmente*

justas somente serão obtidas se o jurista olhar um pouco menos para os manuais de direito penal e um pouco mais pela janela” (Chaves Camargo).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALVAREZ, Marcos César. Bacharéis, Criminologistas e Juristas: Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil. Monografia. São Paulo: IBCCRIM, n. 25, junho/ 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do ensino jurídico: conhecimento e produção criativa do direito. **Direito e Democracia.** Revista de Ciências Jurídicas. Canoas-RS: ULBRA, v. 02, n. 01, 1º sem./2001.

BULLARD, Alfredo; MACLEAN, Ana Cecília. La enseñanza del derecho: Cofradía o archicofradia? **El derecho como objeto e instrumento de transformación.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal.** 1. ed. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAVALCANTI, André Cleófas Uchôa. Ensino Jurídico e Concurso Público. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: EMRJ, v. 05, n. 18, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **Escritos sobre a Universidade.** São Paulo: UNESP, 2001.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Introdução à obra Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, de Claus-Wilhelm Canaris.** Tradução por Antonio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Tradução de Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz,

COSTA, Alexandre Bernardino. O papel do ensino jurídico no Brasil. *In:* SOUZA JUNIOR, José Geraldo (Org.). **Na Fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória.** Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Brasília: Síntese, 2003.

FARIA, José Eduardo. A crise do poder judiciário do Brasil. **Revista Justiça e Democracia.** São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, n. 01, 1º sem./1996.

_____. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. *In:* **Formação Jurídica.** 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **A Reforma do Ensino jurídico.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica – O direito como instrumento de transformação social.** São Paulo: EDUSP, 1988.

_____. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O ensino jurídico e a função social da dogmática, *in* **Encontros da UNB**. Ensino Jurídico. Brasília, 1979.

_____. **Sociologia Jurídica (Crise do Direito e Práxis Política)**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

FUX, Luiz. O novo ensino jurídico. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: EMRJ, v. 03, n. 9, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Reinaldo. A Universidade Brasileira: um pé no século XIX, outro no século XXI. *In*: **Propostas para uma Universidade do Terceiro Milênio**. UFRJ em parceria com a Fundação Universitária José Bonifácio. Rio de Janeiro: UFRJ, 1991. (Coleção Memória).

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **A Sociologia Jurídica no Brasil – Introdução ao debate atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

LAGASTRA NETO, Caetano. As Escolas da Advocacia, do Ministério Público e da Magistratura e o Ensino Jurídico Profissional. *In* **Cadernos Jurídicos**. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, n. 19, ano 05, jan.-fev./2004.

LYRA FILHO, Roberto. A Nova Escola Jurídica Brasileira. *In*: **Notícia do Direito Brasileiro**. Brasília: UnB, n. 07, Nova Série, 2000.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **História das Idéias Jurídicas no Brasil**. São Paulo: GRIJALBO – EDUSP, 1969.

MIRALLES, Teresa; FALCÃO, Joaquim. Atitudes dos Professores e Alunos do Rio de Janeiro e São Paulo em face ao Ensino Jurídico. *In*: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e Direito: leituras básicas de sociologia jurídica**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1980.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: RT, 2000.

MORAIS, Régis de. **Sociologia jurídica contemporânea**. Campinas: Edicamp, 2002.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Visão Crítica da Legislação sobre o Ensino Jurídico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 11, n. 45, out.-dez./2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino Jurídico: Saber e Poder**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza. A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. V. 1.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático em Derecho Penal. **El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.o aniversario**. Introducción, traducción e notas de Jesús-Maria Silva Sánchez. S.l.: Tecnos, s.d..

SCURO NETO, Pedro. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA NETO, Mateus Antonio da. **Concepções de Universidade: uma perspectiva fenomenológico-existencial hermenêutica**. São Luís: EdiCEUMA, 1999.

SIMÕES NETO, Francisco Teotônio. **Bacharéis na Política e a Política dos Bacharéis**. São Paulo, 1983. (Doutorado em Direito) –Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo, Malheiros, 1996.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas Y Sociales en Parceria con o Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. **Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos** . Bogotá: César A. Rodríguez, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino no Brasil**. São Paulo: Perspectivas, 1977.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. Algunas consideraciones sobre la enseñanza del derecho penal. **Estudios Jurídico-Penales**. Universidad de Guanajuato. Guanajuato: s.e., s.d.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimensão Política de um Poder Judicial Democrático. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 01, n. 04, out.-dez./93.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Bruno Fraga Pistinzi¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O PERFIL FILOSÓFICO DA EDUCAÇÃO E SUA INSERÇÃO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL. 1.1. O modelo de educação liberal-igualitária e sua repercussão constitucional; 1.2. O direito à educação e o contexto histórico que antecedeu seu enfoque constitucional; 1.3. O direito à educação e os direitos humanos; 2. O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 2.1. O direito e o acesso à educação na Constituição de 1824; 2.2. O direito e o acesso à educação na Constituição de 1891; 2.3. O direito e o acesso à educação na Constituição de 1934; 2.4. O direito e o acesso à educação na Constituição de 1937; 2.5. O direito e o acesso à educação na Constituição de 1946; 2.6. O direito e o acesso à educação nas Constituições de 1967 e 1969; 2.7. O direito e o acesso à educação na Constituição de 1988; 3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM OUTROS PAÍSES. 3.1. A regulação do direito à educação no ordenamento jurídico português; 3.2. A regulação do direito à educação no ordenamento jurídico espanhol. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Neste artigo propõe-se pensar as bases filosóficas do direito à educação em diferentes épocas. Para tanto, primeiramente, introduzir-se-á algumas bases teóricas, em seguida, discorrer-se-á sobre o tratamento dado ao direito à educação nas Constituições Brasileiras, considerando os momentos históricos em que elas foram elaboradas. Além disso, observar-se-á qual o tratamento dado à educação no ordenamento jurídico espanhol e português.

PALAVRAS-CHAVE: direito à educação – Constituição – direitos humanos – ordenamento jurídico – liberal-igualitária.

ABSTRACT: The present article discusses the philosophical basis about the right to education in different times. First, some theoretical basis will be introduced. Then, will be discussed the treatment given to the right to education in the Brazilian Constitutions, considering the historical time that they were created. Besides, will be considered the treatment given to education in Spanish and Portuguese legal systems.

KEYWORDS: right to education – Constitution – Human rights – legal system – liberal – egalitarian .

INTRODUÇÃO

Quando discorreremos acerca do tema “direito à educação” inúmeras nuances devem ser ressaltadas não somente quando analisamos o conceito do termo “educação”, como também

¹Advogado; Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP; professor de Direito Econômico e Civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, IBDC.

quando colocamos em evidência as bases filosóficas deste importante tema, nas mais distintas épocas da história da humanidade e até a contemporaneidade.

Partindo-se do pressuposto da definição que nos é apresentada por Dermeval Saviani, segundo o qual “a educação é inerente à sociedade humana, originando-se do mesmo processo que deu origem ao homem”. Por sua vez, “desde que o homem é homem ele vive em sociedade e se desenvolve pela mediação da educação”². Esta definição nos convida a uma reflexão sobre a importância que a educação, associada a um desenvolvimento técnico-científico das habilidades humanas, proporciona para a evolução dos povos, constituindo um verdadeiro diferencial para caracterizar um determinado país como desenvolvido ou subdesenvolvido.

Com efeito, faz-se necessário, em caráter preliminar, estudarmos a etimologia do vocábulo “educação”, especialmente quando este influi no conhecimento humano adquirido de forma empírica, ou através do auxílio do educador, que exerce verdadeira atividade de exteriorização do conhecimento interior do homem. Assim, pode-se dizer que o verbo educar guarda relação com os verbos latinos *educare* e *educere*, em que o primeiro significa um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do ser humano em geral, objetivando entre outros, sua integração individual e social; já o segundo, inclina-se por uma educação em que a capacidade interior de quem é educado apresenta maior importância, ressaltando-se que o verdadeiro desenvolvimento somente será alcançado quando ocorrer um dinamismo interno do indivíduo.

Não podemos nos esquecer que uma análise crítica sobre o direito à educação demanda também um levantamento dos problemas que permeiam o desenvolvimento do assunto, sobretudo em nosso país, – um dos temas a serem abordados neste estudo. O modelo escolar adotado, aqui, pretende-se capaz de transmitir ao aluno (criança) a herança social bem como tudo o que a acompanha. A realidade averiguada na maioria de nossas escolas públicas não é bem assim, uma vez que não se consegue cumprir nem um planejamento de instrução do cidadão e nem de transmissão do conhecimento escolar básico.

Já na década de 60, encontramos na obra de Paulo Freire um modelo de educação pautado na idéia de que o aluno deve desenvolver uma consciência crítica e participar de forma ativa no processo de aprendizagem, tornando-se, assim, um homem livre³.

²SAVIANI, Dermeval. **A nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas**. 5 ed. Campinas, Autores Associados, 1999. p.1

³FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro, Ed.Paz e Terra, 1979. p. 67.

Não apenas esta incessante busca pela educação capaz de corresponder aos anseios de uma população mergulhada, cada vez mais, em explícitas desigualdades sociais, – majoradas por uma ausência de método na distribuição de verbas para as escolas públicas que se encontram nos grandes centros urbanos e capitais de maior relevância econômica, em detrimento daquelas mais afastadas e de difícil acesso –, como também outras particularidades como, a liberdade de ensino e aprendizagem, estipulação de normas gerais da educação nacional, além da igualdade de condições para o acesso aos instrumentos de educação e sua conseqüente utilização, caracterizam relevantes nuances merecedoras de comentário, sobretudo quando consideramos sua inserção na Constituição Federal. Neste sentido, não podemos nos privar da abordagem que as demais constituições, que antecederam a atual, fizeram acerca do direito educacional e sua fixação como direito fundamental de todos os cidadãos.

Por sua vez, seguindo a tendência deste estudo de fixação e regulação do direito à educação no âmbito das constituições brasileiras, não poderíamos deixar de analisar de que maneira o ordenamento jurídico alienígena discorre sobre este importante tema em seu complexo normativo. Para tanto, selecionamos o espanhol e o português, por acreditarmos na herança cultural que estes dois países, Espanha e Portugal, deixaram em toda a América Latina.

Não há como traçarmos um quadro envolvendo o direito à educação no Brasil sem que realizemos uma digressão histórica junto às Constituições brasileiras antigas até alcançarmos o conteúdo da Carta Política de 1988, e sem que apresentemos, de forma singela, algumas sugestões capazes de serem aproveitadas para o incremento de um novo modelo de educação nos moldes daquela propagada por Paulo Freire. Outrossim, não há como não cogitar uma influência direta por parte do Estado, como tutor e responsável pela aplicação dos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade voltada ao direito à educação. Esta responsabilidade estatal encontra-se calcada no dever que o referido ente possui, conforme prescrição não somente da Constituição Federal, como também da legislação infraconstitucional. Conforme veremos adiante e em decorrência do conteúdo do artigo 227, da Carta Magna de 1988, de nada adiantará a participação da sociedade e da família como agentes construtores de uma educação de qualidade, se não ocorrer uma intervenção direta por parte do Estado, não apenas elaborando leis que garantam a execução de políticas públicas educacionais, mas principalmente ao obedecer e viabilizar a concretização do direito à educação, encontrado em nosso ordenamento jurídico constitucional, consolidado por meio dos tempos.

1. O PERFIL FILOSÓFICO DA EDUCAÇÃO E SUA INSERÇÃO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL.

Antes de adentrarmos de forma específica na regulamentação do direito à educação nas Constituições Brasileiras até o momento elaboradas, mostra-se necessário fazermos um estudo envolvendo as mais diversas correntes filosóficas que trataram do tema. Para tanto, trazemos a contribuição de Rodolfo Vázquez, o qual fixa quatro modelos distintos de educação para fundamentação do tema, denominados: a educação tradicional, a educação literária, a educação comunitária e a educação liberal-igualitária⁴.

A educação denominada tradicional, logo a associamos a um conservador conjunto de princípios morais considerados como invioláveis, inquestionáveis. Observa-se que não se poderia admitir qualquer aproximação deste modelo educacional ao Estado, uma vez que as características de um autoritarismo dogmático não coadunam com os preceitos de uma educação democrática e liberal. Eventual implementação desses modelos pode culminar em verdadeira afronta ao princípio da autonomia e, porque não, da tolerância, diante da necessidade de observar a igualdade concernente ao direito à educação.

O modelo chamado libertário e comunitário, marcado por um subjetivismo moral considerado sob o prisma personalista (em que a validade dos princípios morais guarda relação com a atitude da pessoa em aceitar determinados critérios como éticos ou não para si mesmos). O modelo convencional, também chamado realista, implica na existência de uma validade dos princípios morais voltado a um grupo de pessoas humanas que formam a chamada comunidade, seja esta de cunho nacional, geral ou local, considerando como éticos, para o referido grupo, o aspecto subjetivo universalista (segundo o qual a validade dos princípios morais encontra-se vinculado não somente aos critérios éticos que determinado grupo considera adequado para si, como também para o grupo como um todo).

As vertentes do subjetivismo moral acima descrito representam considerações introdutórias; com efeito, ao discorrermos acerca do modelo libertário, urge que ressaltemos a oposição ao absolutismo autoritário do ente estatal, que aqui nos deparamos com uma intervenção mínima do

⁴VÁZQUEZ, Rodolfo. **Educación liberal, um enfoque igualitário y democrático**. 2 ed. México, DE: Distribuciones Fontanara, 1999.

Estado. Valoriza-se sempre a livre iniciativa em que a educação recebe um tratamento voltado à neutralidade, permitindo aos educandos eleger de acordo com sua subjetividade aquilo que acreditam ser o correto, destacando-se, quase de forma unânime, o exercício profissional do professor em detrimento dos demais agentes. Diferentemente da amplitude, quando encontramos o modelo de educação comunitária, em que a vertente convencionalista e universalista impera – valoriza-se, assim, a contribuição dos genitores e a tradição apresentada sob a forma de costumes e convenções particulares propagada por um determinado grupo de pessoas. Ademais, vale lembrar os escritos de Platão e Aristóteles, sobretudo no que compete ao integralismo considerado como a compreensão da pessoa somente quando esta se encontra inserida em uma sociedade local na qual o bem social é sempre buscado e o bem individual constitui simples instrumento para o alcance do bem-estar da coletividade humana.

1.1 O MODELO DE EDUCAÇÃO LIBERAL-IGUALITÁRIA E SUA REPERCUSSÃO CONSTITUCIONAL.

Observaram-se, até o momento, algumas das vertentes que norteiam a fundamentação filosófica do direito à educação. Contudo, todos os modelos supracitados não foram capazes de possibilitar uma correta adequação dos anseios do povo, sobretudo quando se procura valorizar o princípio da igualdade e, principalmente, da democracia.

A busca por este modelo ideal teve seu início com a Constituição Federal de 1988, cujo fundamento filosófico voltado à proteção do indivíduo e sua potencialidade de desenvolvimento encontra-se disposto em vários dispositivos do texto constitucional, tal como ocorre com os de número 1º. a 5º. Esta gama de disposições não engloba de maneira explícita o acesso ao direito à educação, tampouco discorre sobre qual a forma de acesso a esse direito. Pelo contrário, tais artigos proporcionam um direito muito mais amplo, sendo que se outorga, por outro lado, direitos igualmente relevantes, tal como o que ocorre com o direito à saúde, a paz social e a liberdade. O exercício dessas políticas sociais, denominadas igualitárias, objetivam, antes de tudo, a uma redução gradativa das desigualdades presentes em nossa sociedade por meio de uma justa distribuição das riquezas do país, garantia de um sistema de saúde de qualidade, proteção do direito à propriedade, proporcionando aos menos abonados uma moradia digna, associada à criação de postos de trabalho capazes de fomentar a geração de recursos, e um tratamento igualitário entre os cidadãos.

Percebemos, assim, que a adoção de políticas públicas sérias por parte do Estado proporciona a população, em geral, um estado de bem-estar social. Contudo, a pergunta que se faz neste momento é a seguinte: em que contexto o modelo de educação liberal-igualitária encontra-se inserido? A resposta a tal indagação encontra fundamentação filosófica no dever estatal de oferecer um sistema de ensino capaz de garantir a emancipação, além de uma autonomia moral, como pressupostos éticos que direcionem a esfera de atuação por parte do Estado. Importante ressaltar neste aspecto que, em muitas situações, a participação da família, e, especialmente, da sociedade, mostra-se fundamental, a partir do momento em que destacamos, como exemplo, o trabalho beneficente praticado por instituições vinculadas ao chamado terceiro setor, que de forma periódica realiza campanhas para arrecadação de livros, coleta de gêneros alimentícios para posterior repasse a escolas públicas, entre outros.

Enfim, essas políticas que procuram agregar todos os esforços possíveis para viabilizar o acesso dos indivíduos a uma educação de qualidade são reconhecidas por princípios que acompanham este modelo de educação liberal adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Entre estes princípios merecedores de comentário, encontramos a solidariedade entrelaçada à igualdade, caracterizada pelas noções de comunhão e de caridade sob a perspectiva de uma consciência coletiva que vislumbre o alcance dos direitos individuais sob a óptica do atendimento das necessidades básicas comuns. Já o princípio da tolerância assume também um papel importante, especialmente por sua conexão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por meio deste, o respeito por parte do indivíduo em suas convicções, crenças, valores, além do entendimento de que as atitudes das pessoas podem ser distintas, apresenta-se como pressuposto para a aceitação de uma comunidade pluralista em que deva haver liberdade e igualdade.

Todos estes postulados consolidados como princípios vigentes, atrelados aos modelos educacionais vigentes, constituem as premissas essenciais para um completo entendimento acerca do alcance do direito à educação no Brasil e sua conseqüente positivação por meio da legislação infraconstitucional, bem como a Lei Suprema de nosso país. Entretanto, antes de averiguarmos o contexto social que permeou a regulação do direito à educação nas Cartas Magnas brasileiras, faz-se mister realizar uma sintética abordagem envolvendo a natureza jurídica do direito à educação, considerando-o como um direito fundamental e relacionando-o com os direitos humanos atualmente vigentes em uma escala de prioridades – em um breve relato do contexto histórico que antecedeu o enfoque constitucional do direito à educação.

1.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO E O CONTEXTO HISTÓRICO QUE ANTECEDEU SEU ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

Para que possamos compreender em toda sua completude os dispositivos concernentes ao direito à educação e a razão pela qual os mesmos encontram-se nela inseridos, urge que discorramos sobre o ambiente histórico em que emerge este direito constitucionalmente positivado.

Após o término (1985) do regime militar iniciado em 1964, procurou-se restaurar a democracia, momento em que se iniciou forte e constante apelo social pela promulgação de uma nova Constituição. Com o escopo de alavancar os trabalhos para esse fim, instalou-se mediante emenda constitucional, a Assembléia Nacional Constituinte, chamada de “Comissão Afonso Arinos”, fruto da criação de uma comissão provisória de estudos constitucionais. Esta comissão pautada na proposta de adoção de um modelo liberal nos campos político e econômico, não deixou de lado resquícios como do “patronato” e do “clericalismo”, restringindo apenas o denominado “credencialismo”, em que havia exigência de diploma escolar para o competente credenciamento a fim de exercer as mais diferentes formas de trabalho; assim, foi, aos poucos, perdendo espaço para o princípio da igualdade e da não exigência de diploma para a prática das profissões atualmente reconhecidas.

A possibilidade de outorga a subsídios econômicos ao setor privado de ensino foi outra preocupação da comissão de estudos constitucionais recém criadas, desde que as referidas instituições obedecessem a certas exigências, tais como: incentivar o ensino e a pesquisa. Nesta esteira de debates e estudos que antecederam a instalação da Assembléia Constituinte, mereceu igual destaque os projetos oriundos de entidades como a Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, além de outras associações também voltadas à regulação do ensino no país. Dentre as propostas apresentadas, encontramos a defesa de um ensino público laico e gratuito em todos os níveis, valorizando, entre outros, o pluralismo de concepções filosóficas e de escolas estatais e particulares. A destinação dos recursos deveria priorizar as escolas públicas, sendo que as referidas verbas, quando originadas da cobrança de impostos, deveriam observar um percentual fixo (13%) a ser destinado para o custeio do ensino público com vistas a garantir sua qualidade. Em síntese, as medidas apresentadas representaram apenas uma singela exemplificação da quantidade e

variedade de proposições que se seguiram até a data do início das atividades da Assembléia Nacional Constituinte, finalmente instalada no dia 1º de Fevereiro de 1987.

Dentre os inúmeros temas tratados pela nova Assembléia, e que foram mais tarde inseridos na Constituição Federal de 1988, notabilizamos diversas propostas voltadas ao tema educação. Com efeito, uma proposta cujo conteúdo encontra-se voltado à concessão de apoio técnico e financeiro concedido a escolas privadas sem fins lucrativos, além da inclusão do ensino religioso no currículo das escolas públicas, fora apresentada pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, juntamente com outras associações que envolvem estabelecimentos de ensino criados sob a doutrina da Igreja Católica. Neste sentido, em busca da moralidade voltada ao direito à educação, encontramos o controle dos meios de comunicação, os quais devem atribuir um papel educativo em seu conteúdo, tal como nos relata Luiz Antônio Cunha⁵.

Os projetos apresentados concernentes ao direito à educação não se resumiram a propostas de caráter orçamentário ou de atendimento a reivindicações de associações específicas e matérias polêmicas. A Assembléia Nacional Constituinte tratou do tema almejando incentivar a criação de diretrizes voltadas à implementação de um sistema de educação de qualidade associado ao princípio da dignidade humana, isto sem falar na autonomia do ensino universitário. O que não podemos deixar de fazer, contudo, é ressaltar o trabalho desenvolvido pela “Comissão Afonso Arinos” que, posteriormente, resultou na aprovação de importantes dispositivos encontrados na Constituição Federal de 1988 e que simbolizaram o modelo de educação liberal-igualitária presente na maioria dos países desenvolvidos – equiparando o direito à educação às demais prioridades de um Estado democrático de direito.

1.3 O DIREITO À EDUCAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS.

O direito à educação, acompanhando esta tendência de consolidação concretizada com a Constituição de 1988, apresentou antecedentes históricos que vão mais além da criação de leis capazes de regular o tema segundo os pressupostos do direito positivo.

Com efeito, não há como não associarmos o acesso à educação com a valorização dos direitos humanos, principalmente por força de documentos históricos. Primeiramente, destacamos

⁵CUNHA, Luiz Antônio. **Educação, Estado e democracia no Brasil**. 4ed. São Paulo, Cortez; Niterói, Universidade Federal Fluminense; Brasília, Flacso do Brasil, 2001. pp.443 - 436.

a Magna Carta da Inglaterra, de 1215, que tinha influências do jusnaturalismo medieval, uma vez que interpretava o caráter divino do direito natural, a medida da existência de determinados direitos concernentes à natureza humana capazes de anteceder a própria natureza do Estado. Neste mesmo, esta prevalência do direito natural perdurou por meio dos tempos, encontrou espaço até na filosofia do século XVIII, marcada pelo racionalismo e pela criação e desenvolvimento da escola do Direito Natural, valorizadora da fixação dos direitos do homem e do cidadão⁶.

A conjuntura de fatores que fomentaram o pensamento racionalista incentivou a propagação do jusnaturalismo moderno, cuja fundamentação procura pautar-se apenas na razão, possibilitando, com a evolução dos tempos, o incremento do Estado Constitucional marcado pela inserção de preceitos e valores a serem acolhidos por todas as Constituições, tal como nos ensina o professor Dalmo de Abreu Dallari em *Elementos de Teoria Geral do Estado*⁷. A Magna Carta Inglesa, de 1215, foi precursora dos direitos gerais de todos os indivíduos e por meio da adoção do pensamento jusnaturalista alçou certos direitos do homem a *status* de direitos fundamentais, presentes nos demais documentos históricos que, de forma igualmente brilhante, colecionaram os referidos direitos.

Dentre as referências que vincularam a proteção dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, encontramos a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, dos Estados Unidos da América, datada de 1776. Por meio desta, percebemos a nítida intenção de seus signatários em positivizar constitucionalmente os direitos naturais do homem, como de fato ocorreu, não somente diante da redação da Constituição Norte-Americana de 1791, bem como por força da própria terminologia usada na referida declaração, quando discorre em sua parte inicial que:

“todos os homens são por natureza, igualmente livres e independentes, possuindo certos direitos inatos, não havendo que se falar em celebração de acordos capazes de privar ou despojar determinadas prerrogativas, tais como o gozo da vida e da felicidade, sem deixar de mencionar é claro, a aquisição e posse da propriedade em maneiras indicadas, à busca de uma felicidade plena e dotada de ampla segurança.”⁸

⁶TOBEÑAS, Jose Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid, Instituto Editorial Réus, 1952. p.167.

⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo, Saraiva, 1972. p.180.

⁸FERREIRA FILHO; e Outros. **Liberdades públicas**. São Paulo, Saraiva, 1978. p.54.

Outro marco na defesa dos direitos individuais mostra-se presente com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; este documento ajustado em 26 de Agosto de 1789, serviria como momento ideal para a consolidação e instauração da burguesia francesa que, de certa forma, possibilitou uma implementação a respeito dos direitos naturais, não apenas na França, onde se queria coibir o absolutismo, mas criar uma gama de direitos capazes de serem respeitados por todos os países e, especialmente, em todos os tempos.

Vale lembrar que, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa contribuiu sensivelmente na delimitação de certos direitos denominados individuais, ao exigir o respeito dos mesmos por todos os povos. As próprias teorias constitucionalistas passaram por um “processo de reciclagem” frente à ascensão da classe burguesa, capaz de difundir o advento de uma Constituição e a defesa incondicional dos direitos humanos nela inseridos.

Na contemporaneidade, defrontamo-nos com um período em que os povos valorizam um novo debate envolvendo a proteção dos direitos do homem, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial – ao ambiente de caos e destruição que se sucedeu durante e depois de seu término demandou a adoção de medidas urgentes capazes de minimizar os efeitos danosos provocados pelos conflitos e que sem dúvida alguma, desvirtuaram os objetivos principais da proteção do homem em relação a seus semelhantes. Somente com a sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada em 10 de Dezembro de 1948, em Paris, proclamou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pois novos mecanismos de proteção social puderam ser subsidiados, especialmente nas searas do ensino e da educação, considerados pela ONU como alvos principais na elaboração de projetos tanto de ordem nacional, como internacional, capazes de garantir uma aplicabilidade plena e universal de tais postulados. Apenas a título de exemplificação, encontramos nos artigos 26 e 27 do referido documento a amplitude do direito à educação que, dentre outros, deverá ser gratuita (nível de instrução elementar e fundamental) além, é claro, de proporcionar o acesso a todos os estudantes ao ensino superior de qualidade sem qualquer distinção que não aquela que envolva os respectivos méritos acadêmicos⁹.

Outro tratado escrito no século passado é a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José, cuja elaboração deu-se no ano de 1969, e foi submetido ao crivo do governo brasileiro que o aprovou em 1990, sendo conseqüentemente

⁹SACRITÁN, Gomes. “La educación como derechos”. In: **Filosofia de la Educación hoy**. Madrid, Ed.Dytrinson, 1991. p.579.

ratificado em 21 de novembro de 1990, por meio do Decreto número 99.710. A pertinência do tratado supracitado faz-se presente, pois entre outros protegeu a criança, ao determinar pleno amparo e respeito à mesma, sem falar na criação de medidas capazes de agregar os esforços comuns da família, da sociedade e do Estado.

Percebemos pelo que foi exposto, o direito à educação, como é reconhecido atualmente, resulta em inúmeras discussões históricas e filosóficas que tiveram seu início com a Magna Carta inglesa de 1215, e, até a contemporaneidade, constitui objeto de debate frente a políticas públicas. O que não se pode negar, contudo, é que os direitos humanos contribuíram e até hoje contribuem para que o acesso à educação seja considerado como um direito ao alcance de todos e merecedor de uma tutela constitucional, como foi o caso do Brasil, que sempre se dedicou a isso em suas Constituições (de forma restrita ou mais ampla) um espaço para o direito à educação, tal como ocorre atualmente com a Constituição Federal de 1988.

2. O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

Conforme é conhecido por parte de todos, o direito à educação sofreu inúmeras alterações até alcançar o seu modelo atual aplicado em nosso país, objeto ora de elogios, ora de críticas, devido a certos problemas que pode advir do direito à educação ou, do próprio Estado.

Muitas vezes, não há como exercermos uma completa compreensão do tema, tampouco buscar soluções para os problemas que dele advém sem realizarmos uma digressão histórica por meio do enfoque constitucional da educação não somente em nossa atual Carta Política de 1988, mas também nas demais constituições que fazem parte da história brasileira. Não há como negarmos a evolução da educação no Brasil, assim como não podemos também nos esquecer que: muitos dos direitos que foram abarcados por uma Constituição, não foram contemplados em outras posteriores, o que caracteriza, de forma preliminar, um verdadeiro retrocesso que não se resume apenas à letra da lei, mas à sociedade como um todo. Por esta razão, um estudo envolvendo o direito e o acesso à educação mostra-se indispensável, pois demonstra toda uma trajetória de políticas voltadas especificamente sobre o tema, além, é claro, de nos convidar a uma profunda reflexão sobre eventuais mudanças que podem ser aplicadas para o incremento da educação no Brasil.

2.1 O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1824.

Ao tratarmos do conteúdo da Constituição de 1824, bem como de todas as constituições, temos de fundamentar o contexto social que permeou sua elaboração, ou seja, desde a existência do órgão responsável, seus membros e até mesmo as ideologias que acompanham seu conseqüente desenvolvimento.

Diante da elaboração do documento legislativo de 1824, deparamo-nos com o compromisso, especialmente por parte do Imperador Dom Pedro I, em proporcionar à comunidade uma verdadeira “instrução pública”. Esta medida, antes de qualquer coisa, objetivava o exercício da atividade legiferante de forma correta e com a devida publicidade veio a fracassar, assim importantes projetos foram abandonados como forma de favorecer apenas uma pequena parcela da sociedade brasileira, que acreditava ser capaz de avocar para si o *status* cultural em detrimento do restante do nosso povo. Dentre os principais projetos criados pela Comissão de Instrução Pública da Assembléia Constituinte, de 1823, podemos ressaltar os seguintes: a) instituição de concurso público, objetivando atribuir aos possíveis “gênios brasileiros”, diversos estímulos e tratamentos completos não somente no aspecto físico, como também o moral e intelectual¹⁰; b) elaboração de normas e diretrizes com vista à criação de um plano de educação que possa abranger as escolas públicas e privadas. Neste ponto, especial ponderação há de ser feita ao projeto de Martim Francisco Ribeiro de Andrada, que ao utilizar sua experiência como presidente da Província de São Paulo e, por inúmeros estudos oriundos de pensadores franceses, sugeriu que o ensino deveria ser organizado em graus em que: o primeiro, com duração de três anos, seria dedicado a conhecimentos básicos e rudimentares; o segundo, com duração de seis anos, abarcaria estudos mais profundos, dotados de uma maior ênfase teórica, almejando entre outros, o alcance da liberdade e da igualdade.

Enfim, apesar do esforço da comentada comissão não tivemos notáveis transformações nesse segmento do conhecimento. Na realidade abstraímos do artigo 179, inciso XXXII e XXXIII, diretrizes que asseveravam sobre “A instrução primária gratuita a todos os cidadãos e haver garantia da Lei Magna à existência de colégios e universidades, onde seriam ensinados os

¹⁰QUIZOTTI, Antônio. *A Constituição de 1823 e a educação*. In: FAVERO, Osmar. **A educação nas constituintes brasileiras: 1823-1988**. 2 ed. rev. e ampl. Campinas, Autores Associados, 2001. pp. 36 - 37.

elementos das ciências, belas-artes e artes”¹¹. Ao se acompanhar a gratuidade mencionada pelo dispositivo constitucional, o mesmo artigo descreve que os escravos, os estrangeiros e todos os indivíduos que não possuam o *status* de cidadão brasileiro, sob o enfoque das prerrogativas civis e não políticas concedida a todos os cidadãos, consoante o artigo 6º da Carta Política de 1824, não fazem jus a gratuidade na instrução primária, bem como o acesso à infra-estrutura direcionada àqueles que gozam de seus direitos civis ao povo em geral.

Por sua vez, ao longo do segundo reinado, o Imperador causou polêmica diante da evolução legislativa que fez no período. É o que ocorre com o Ato Adicional de 1834, o qual instituiu a descentralização educacional viabilizando uma competência concorrente em matéria de legislação educacional. Esta medida que *ab initio* representaria evolução na fixação de diretrizes para a área, restou por gerar um abandono na prática do ensino, devido a dificuldades financeiras, especialmente quanto ao seu financiamento, culminando na necessidade urgente quanto à elaboração de um novo texto capaz de regular a matéria no Brasil.

2.2 O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1891.

O contexto histórico da época mostrou-se totalmente favorável à fixação de uma nova política educacional, especialmente diante da Proclamação da República em 15 de novembro de 1889. A prevalência de um modelo de educação em que a influência da Igreja Católica mostra-se nítida, acompanhada por uma descentralização administrativa no sistema de instrução pública, deram lugar a uma nova parcela da sociedade a qual o poder concentra-se agora nas mãos de “conservadores”, além daqueles denominados como “progressistas” que, com o advento desta nova carta política, passaram a implementar suas próprias idéias no âmbito educacional.

Assim, com o a Proclamação da República todas as políticas merecedoras de destaque na educação foram atreladas ao Estado federal, capaz de elevar à União um estado de hegemonia e, porque não, de supremacia frente às demais unidades da federação. Esta posição de destaque foi restrita apenas a questões de cunho teórico, uma vez que na prática as modificações mostraram-se cada vez mais gritantes, na medida em que a relação entre o Estado e a Igreja, na vigência da Constituição de 1824, apresentava-se inabalável, agora não exercia a mesma influência, causando

¹¹CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 14ed. São Paulo, Atlas, 1998. p. 839.

polêmicas, como no exemplo do banimento do ensino religioso confessional outrora implementado nos estabelecimentos de ensino públicos.

Todas estas alterações constatadas com a elaboração da Constituição de 1891 e protagonizadas pelos “conservadores”, foram acompanhadas de maneira semelhante pelos chamados “progressistas”, adeptos do constitucionalismo norte-americano e incentivadores da exata delimitação de competências para legislar em matéria educacional por parte dos Estados-membros e da própria União. Dentre as principais medidas inseridas no referido diploma legal, influenciadas de forma direta pelos “progressistas”, encontramos as seguintes: a) estabelecer a laicidade (artigo 11, item 2º e 72, parágrafos 6º e 7º), ressaltar a expressa vedação dos Estados-membros além, da União, e possibilitar quaisquer meios voltados ao exercício de cultos religiosos; b) incremento à livre iniciativa para a criação e manutenção de instituições educacionais privadas, confessionais ou laicas, garantindo, outrossim, a existência tanto da rede particular de ensino quanto a pública; c) ampla liberdade propiciada pelo artigo 72, parágrafo 24, o qual regulava acerca do livre exercício de “qualquer profissão moral, intelectual ou industrial”. Por força deste dispositivo, facultava-se ao profissional da área de educação a liberdade para ensinar usando de todos os métodos didáticos e pedagógicos necessários à fixação do aprendizado.

Assim, constatamos a omissão no conteúdo dos artigos que implicaram no nascimento da Constituição Republicana de 1891, dentre os quais a ausência de dispositivos reguladores quanto à obrigatoriedade e à gratuidade da instrução; na busca por motivos que justifiquem esta omissão do legislador, ressaltamos a ideologia liberal que incentivou a livre iniciativa e, principalmente, uma intervenção mínima por parte do Estado. Não podemos deixar de discorrer sobre outro motivo capaz de justificar a omissão legislativa voltada ao princípio do federalismo e a conseqüente prerrogativa conferida às Constituições Estaduais, ao regulamentar o direito e o acesso à educação, pautados principalmente no conteúdo do artigo 65, número 2, da Constituição republicana de 1891, o qual possibilitou, segundo melhor interpretação, a competência residual do Estado em elaborar a legislação pertinente à educação¹².

2.3 O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1934.

¹²HERKENHOFF, João Batista. **Constituinte e educação**. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 37.

Assim, na criação da Constituição de 1891 e Na Carta Magna de 1934, constatamos certas características, especialmente no que tangencia o seu cunho político e social.

No governo de Getúlio Vargas, com a contribuição de Francisco Campos, foram feitas sensíveis transformações na seara educacional, dentre as quais a implementação do Ministério da Educação e Saúde Pública, além do Conselho Nacional de Educação, instituição responsável pela caracterização de um currículo enciclopédico capaz de aglutinar em seu conteúdo o conhecimento necessário ao acesso para o ensino fundamental, sem deixar de ressaltar uma eficaz preparação para o denominado “curso complementar”, cujo objetivo principal seria apresentar ao aluno modalidades específicas capazes de prepará-lo para os principais cursos superiores existentes¹³.

Outrossim a intenção de transformar este modelo educacional até então vigente não se restringiu apenas ao plano político. Com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, em 15 de novembro de 1933, diversos debates procuraram alcançar um denominador comum nesta difícil tarefa de conciliar os interesses dos “progressistas” e dos “conservadores”, até então remanescentes da Constituição de 1891.

Apenas a título de exemplificação, quanto à elaboração de eventos voltados à discussão do tema, encontramos a realização da V Conferência Nacional de Educação, na cidade de Niterói/RJ em 1932. Neste encontro fora aprovado um anteprojeto denominado “Da Educação Nacional” que mais tarde veio a contribuir para o surgimento da Constituição Brasileira de 1934¹⁴. Para tanto, não somente como fruto das discussões que antecederam a criação do texto maior em comento, como também por meio da realização de inúmeros outros eventos, alguns deles influenciados pela Igreja Católica, diversos projetos trouxeram a lume os problemas voltados à educação, associando-se, ao contexto, o papel da União e dos Estados-membros neste crescente processo evolutivo.

Preliminarmente, destaca-se a pertinência da participação da União em todos os níveis de ensino, em comparação com a política de centralização ou descentralização, não somente sob o enfoque administrativo, como também legislativo acerca do direito educacional. Outros temas associados à convivência da União e dos Estados-membros nessa área podem ser mencionados na caracterização do direito à educação como um direito subjetivo e público, culminando, entre outros, na imputação de responsabilidades junto às autoridades que exercem o poder do ente

¹³Haidar, Maria de Lourdes M.; Tanuári, Leonor M. *A educação básica no Brasil: dos primórdios até a primeira Lei de Diretrizes e Bases*. In: **Estrutura e funcionamento da educação básica**. 2 ed. São Paulo, Pioneira, 1998. pp.87-88.

¹⁴Florentino, Rosalvo. **A educação e a cultura nas Constituições brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 19, n.74, abr/jun.1982. pp.125-129.

obrigado, além da delimitação de orçamento fixo direcionado ao custeio da educação por parte dos Municípios, Estados-membros, Distrito Federal e União. Não podemos deixar de comentar o interesse da União, em caráter supletivo, ao criar órgãos técnicos voltados ao estabelecimento de regras direcionadas à elaboração do Plano Nacional de Educação, bem como a regulamentação da aplicação dos recursos públicos no ensino em caráter obrigatório, levando-se em consideração a imunidade tributária concedida a certos estabelecimentos de ensino privados que atendam aos pressupostos delimitados no processo de avaliação realizado pela entidade governamental¹⁵.

Todos estes aspectos acima estudados correspondem à árdua tarefa dos estudiosos do direito à educação em promover uma compilação de princípios e diretrizes capazes de capitanear a elaboração de regras infraconstitucionais, que objetivem preservar a correta delimitação das competências legislativas de cada ente da federação; especialmente, em sede de custeio, que contribuíram sobremaneira para a promulgação da Constituição da República de 1934, inspirada essencialmente na Constituição alemã de 1919 e na espanhola de 1931.

Ao discorrer sobre as peculiaridades apresentadas pela Carta Magna de 1934, encontramos uma sistematização do direito à educação no âmbito constitucional, que inclusive possibilitou a elaboração de um conceito amplo sobre o tema, discorrido no artigo 149 do texto em apreço, cuja redação pode ser aqui destacada:

“A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcionados a brasileiros e estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.”

Além da determinação do conceito de educação, temos na repartição de competências, outro ponto de sensíveis modificações, em que coube de forma privativa à União a criação de diretrizes da educação nacional, como nos leciona o artigo 5º, inciso XIV. Por sua vez, a proteção aos movimentos de valor artístico ou histórico, a defesa da cultura enquanto meio de educação sócio-familiar, além da difusão da instrução pública nos mais diferentes níveis, também mereceram

¹⁵ROCHA, Marlos Bessa M. da. *Tradição e modernidade na educação: o processo constituintes de 1933-1934*. In: FÁVEA, Osmar: **A educação nas constituintes brasileiras: 1823-1988**. 2 ed. rev. e ampl. Campinas, Autores Associados, 2001.

destaque no tocante às competências concorrentes estabelecidas entre União e Estados (artigo 10, incisos III e VI). A criação de fundos pecuniários voltados ao custeio da educação e auxílio aos alunos necessitados foi objeto da fixação de competências partilhadas entre a União, os Estados-membros e também o Distrito Federal, consoante disposto no artigo 10, parágrafo único, da Constituição Federal de 1934.

Contudo, ao elencarmos as principais nuances que viabilizaram a promulgação e a eficácia do texto constitucional e a matéria educacional durante sua vigência, percebemos a eliminação de omissão legislativa constatada no período de duração da Constituição de 1891. Trata-se da gratuidade e da frequência obrigatória do ensino primário. Esta modificação simboliza um avanço significativo em relação ao pensamento “conservador” e “progressista”, na medida em que não mais se priorizou, de forma latente, certos postulados, tais como a livre iniciativa e a exploração econômica, que de forma indireta restava por enaltecer os estabelecimentos privados de ensino em detrimento da proteção social e da instrução pública, marcas registradas da gratuidade do ensino brasileiro, previsto no artigo 150, parágrafo único, cuja transcrição apresenta-se como indispensável de ser transcrita, com vistas a favorecer a compreensão do ambiente histórico da época:

O plano nacional de educação constante da lei federal, nos termos dos arts. 5, n. XIV e 39, n.8, letras ‘a’ e ‘e’, só se poderá renovar em prazos determinados e obedecerá às seguintes normas: a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória, extensivo aos adultos¹⁶.

2.4 O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1937.

Ao nos depararmos com o conteúdo da Constituição de 1937, percebemos de forma imediata uma distinção em relação às demais constituições brasileiras. Não foi promulgada como todos os demais textos supremos e sim outorgada, característica que nos leva a concluir seu aspecto ditatorial não somente voltado à forma, mas principalmente na redação dos artigos nela encartados.

¹⁶CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 14ed. São Paulo, Atlas, 1998. p.724.

Um fator peculiar diz respeito à sua ausência de legitimidade, devido principalmente à sua latente inspiração na Constituição Polonesa, datada de 23 de abril de 1935, possibilitando, como consequência desta política ditatorial, a influência de estruturas do fascismo italiano, bem como do nazismo alemão. Esta política lastreada no corporativismo estatal marcou inclusive a implementação da denominação “Estado Novo”, cujo pressuposto fundamental consistia no respeito à separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), porém havia uma submissão incontestável junto a Presidência da República. Somente a título de ilustração desta repercussão oriunda da Constituição de 1937, temos certas prerrogativas destinadas à separação de recursos que seriam voltados ao custeio da educação por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que não foram previstos por este novo texto constitucional, assim como a descentralização da competência legislativa e administrativa entre a União e os demais entes da federação, cuja essência não foi mantida por força da política ditatorial que marcou esta Carta Magna.

Vale lembrar que as restrições não se limitaram apenas ao plano da competência legislativa ou o mecanismo de custeio da educação. Certas liberdades individuais também foram tolhidas com a Constituição de 1937. É o que ocorre com a liberdade profissional dos educadores e correlatos, os quais segundo o artigo 122, item 8, poderiam sofrer restrições laborais sob pretexto de defesa do “bem público”. Outrossim, outras restrições associadas a atividade profissional também acompanharam o texto supremo, como decorre da vedação à acumulação de cargos públicos remunerados (art.159), além da livre iniciativa conferida ao setor privado na fixação de estabelecimentos escolares, aglutinando também a criação de outros núcleos de ensino e pesquisa (artigo 128).

Finalmente, nota-se o artigo 130 (que versa sobre a gratuidade do ensino primário e o dever de solidariedade aos alunos mais necessitados) e o artigo 125, direcionado ao direito à educação integral, considerado como dever e direito natural dos pais, cabendo ao Estado colaborar com todos os meios disponíveis para a facilitação e execução de tais políticas.

2.5 O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1946.

Nessa ceara, na qual fora subordinada o direito à educação e seu respectivo acesso, encontramos na Constituição de 1946 uma continuação dos debates abrangendo a implementação

do ensino religioso nas escolas públicas, ao manter a distinção entre o Estado e a Igreja. Outrossim, temas como a titularidade do direito à educação, a existência ou inexistência futura de subsídios à educação escolar em estabelecimentos particulares de ensino, além da obrigatoriedade em relação à gratuidade no ensino até determinado nível, foram objeto de regulação pelo texto constitucional de 1946.

Todavia, algumas observações devem ser feitas, uma vez que a Constituição de 1946 trouxe à tona, novos e importantes temas; o primeiro deles diz respeito ao efetivo papel desempenhado não somente pelo Estado, como também pela família na educação. Duas posições antagônicas mereceram destaque, sobretudo quando se levou em consideração o dever do Estado em criar o arcabouço legislativo competente sem atribuir a autonomia necessária à sociedade e especialmente aos pais, neste processo educativo. Os defensores deste ponto de vista ressaltam que o direito à educação vincula-se única e exclusivamente ao educando, e não aos seus educadores, neste caso, caracterizado por seus pais e pela própria sociedade. De forma distinta, encontraram os defensores de uma convivência harmônica e de uma constante inclusão de ambos no processo educativo, sem deixar de focar a autonomia a ser concedida aos estabelecimentos particulares de ensino, caracterizando uma corrente denominada “ensino livre”, pautada na ausência de controle rígido por parte do Estado. Com o advento da Constituição de 1946, constatou-se um posicionamento intermediário quanto à fixação de diretrizes e bases para a educação, sem deixar de respeitar uma coexistência pacífica entre escolas públicas e privadas. A necessidade estatal neste aspecto restringe-se em obter pelo particular um respeito junto a tais diretrizes estabelecidas pelo governo federal.

Foi justamente diante deste cenário de constantes transformações e debates sociais envolvendo o direito à educação, que a Constituição de 1946 encartou importantes preceitos, tal como decorre da interpretação do artigo 5º, inciso XV, alínea “d” (direcionado à repartição de competências envolvendo a União e os Estados-membros); artigo 29, inciso III (competência legislativa do Município para instituir imposto sobre as profissões, caracterizando a possibilidade de cobrança do referido imposto junto aos pesquisadores e técnicos educacionais, excetuando-se neste caso os professores); consolidação do processo de descentralização da administração da educação, viabilizando conforme os artigos 170 e 171, *caput* a implementação de um sistema de ensino federal capaz de agir supletivamente preenchendo eventuais lacunas no sistema adotado pelos Estados e o Distrito Federal.

Assim, constatamos observações de cunho principiológico, entre os quais o da solidariedade quanto ao direito de acesso à educação. Cuida-se do artigo 166 da Carta Magna em comento, o qual ressalva em seu conteúdo que: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”. Percebe-se que a inserção deste artigo no texto constitucional abarca de maneira pioneira o direito do homem à vida em oposição à prevalência do termo “subsistência”, presente nas demais Constituições que antecederam a Constituição de 1946¹⁷.

2.6 O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969.

A elaboração da Constituição de 1967 teve como pressuposto um momento histórico-político de nosso país que culminou na concretização de uma estrutura de comando ditatorial, capaz de desfigurar o conteúdo da Constituição de 1946; além disso, foi acompanhada da edição dos chamados Atos Institucionais, marcados pela restrição de direitos individuais, bem como da adoção de medidas fortalecedoras da supremacia do poder do Estado em todas as esferas de atuação, inclusive no direito à educação.

Com efeito, logo em seu artigo 8º, inciso XIV a Constituição de 1967 coloca a prerrogativa da União em estabelecer planos nacionais de educação, sem, contudo, fixar quaisquer parâmetros em termos de vigência, mecanismos de efetivação, entre outros. O exercício das profissões atreladas à atividade de educador foi alvo de preocupação pelo legislador constitucional como nos ensina o mesmo artigo 8º, inciso XVII, alínea “f”, atribuindo mais uma vez à União a responsabilidade pela elaboração de leis direcionadas ao exercício profissional desta categoria. Portanto, o atendimento a certos pressupostos tais como: habilidades técnicas ao exercício de uma determinada atividade, posse de diploma possibilitando atestar um saber irrefutável, necessidade de aprovação prévia em concurso de provas e títulos (redação do artigo 95, parágrafo 1º) e possibilidade de acumulação de remuneração nos casos em que o indivíduo que possui cargo público técnico ou científico, como também de professor quando assumir um segundo cargo de mesma natureza (artigo 97, incisos II e III), simbolizam algumas das mudanças ocorridas com esta nova Constituição.

¹⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo, Malheiros, 1998. p.175.

Finalmente, outras considerações devem ser tecidas por força da necessidade de consolidação de um texto constitucional representativo da força ditatorial, como ocorreu com a criação da Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969. Dentre as modificações que devem ser consideradas, encontramos, em um primeiro momento, medidas como a criação da lei especial do direito à educação de excepcionais (artigo 175, parágrafo 4º)¹⁸, além da instituição do tributo denominado “salário-educação”, acompanhado da destinação de 20% (vinte por cento) da receita municipal para o custeio do “ensino primário” de qualidade (conforme artigo 15, parágrafo 3º, letra “f”). Vale lembrar, porém, que a política repressiva não cessou com a Emenda de nº. 1/69, na medida em que tivemos determinados dispositivos, como o artigo 168 do texto constitucional a supressão de termos importantes como os pressupostos da “igualdade de oportunidade”, ou a extinção da liberdade de cátedra. Em busca de motivação pela supressão acima citada, não nos resta melhor razão senão aquela direcionada à constante preocupação do governo militar em manter as rédeas do poder, ao tolher a liberdade dos cidadãos, não permitir qualquer abertura no desenvolvimento da educação até o momento em que um texto legislativo constitucionalmente legitimado pudesse alterar esta situação de repressão, como de fato ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988.

2.7 O DIREITO E O ACESSO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, vigente até a contemporaneidade, inseriu em seu Capítulo III, compreendido pelos artigos 205 a 214, as diretrizes essenciais que capitaneiam o sistema educacional de nosso país que, de forma distinta do conteúdo das constituições que marcaram o início do século XX, fomentou uma convivência harmônica entre família, sociedade e Estado.

Determinados dispositivos reguladores da educação no país são considerados pelos constitucionalistas como normas programáticas. Quando discorreremos sobre o assunto, a professora Maria Helena Diniz, ressalta que tais normas possuem uma eficácia limitada, demandando uma atuação específica por parte do legislador infraconstitucional. O direito à educação, tal como considerado pela Carta Magna de 1988, por contar com princípios e diretrizes em seu conteúdo,

¹⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 5 ed.rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1984. p.716.

mostra-se dotado de uma eficácia restringível, cuja aplicação é diferida e não uma aplicação de execução imediata. Ao traçar tais bases a serem implementadas pelo poder público, seja na esfera do Executivo, Legislativo ou Judiciário, as mesmas almejam a conservação das finalidades sociais por parte do Estado como um todo¹⁹.

Logo, em seu artigo 205, o texto constitucional consagrou a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, cuja promoção e incentivo contará com a colaboração entre outros, de toda a sociedade visando o desenvolvimento da pessoa, com vistas ao exercício da cidadania e sua conseqüente qualificação para o trabalho. A nítida influência dos três entes citados faz-se presente neste importante artigo, na medida em que constatamos uma amplitude nesse direito que não se restringe apenas à instrução, mas principalmente à evolução das potencialidades de cunho moral e intelectual do homem, capaz de prepará-lo ao exercício da cidadania, bem como ao trabalho, condição essencial para a dignidade da pessoa humana.

A análise quanto aos princípios continua nos incisos do artigo 206, que ao enfatizar certos postulados tais como igualdade e a liberdade, procura atribuir aos estabelecimentos de ensino público e privado, uma garantia de ensino de qualidade para as pessoas que mais necessitam deste auxílio. Por sua vez, encontramos singular completude no âmbito do artigo 208 da Carta Magna de 1988, que assevera que a educação restará por ser reduzida aos seus principais deveres direcionados ao ensino, além do apoio material ao estudante. Esta contrapartida estatal comentada pelo jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho guarda pertinência com outros deveres igualmente tutelados pelo Estado, diante da elevada carga tributária paga aos cofres públicos. Por força desta incumbência estatal, o inciso I do artigo em comento dispõe acerca da adoção de medidas assecuratórias para um ensino fundamental gratuito²⁰. Quanto ao tema: portadores de deficiência física, a extensão de um ensino de qualidade também configurou uma prioridade do Estado, consoante conteúdo encartado no inciso III do artigo 208 da Constituição Federal de 1988.

Todavia, apesar do conteúdo assistencialista que estabeleceu diretrizes para caracterização do direito à educação, deparamo-nos com artigos diretamente voltados à regulação do ensino privado. É o que dispõe o artigo 209 da Carta Política, que atribuiu a qualquer pessoa no Brasil a prerrogativa de constituir estabelecimentos de ensino, devendo os mesmos obedecer às normas gerais da educação nacional, fixadas pela Lei nº. 9.397/96, denominada Lei de Diretrizes e Bases.

¹⁹DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.116.

²⁰FERREIRA FILHO. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo, Saraiva, 1999. v. III. p. 247.

Logo, no *caput* do artigo 19, a instituição privada é definida como aquela que é mantida por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Neste sentido, regular a legislação infraconstitucional referente aos princípios norteadores do ensino privado nos faz concluir que esta espécie de instituição de ensino mostra-se dotada de interesse público apesar de ser privada, razão pela qual é fiscalizada pelo poder estatal, respondendo inclusive civilmente pelos atos danosos causados em desfavor de seus alunos, quando o ensino ministrado não estiver em consonância com a Lei de Diretrizes e Bases da educação. É o que extraímos do conteúdo do artigo 37, parágrafo 6º, da própria Constituição Federal.

Uma herança decorrente das Constituições anteriores, e que merece abordagem, consiste na destinação de um percentual sobre os impostos pagos pelos cidadãos e que deverão ser compulsoriamente aplicados na educação por parte dos poderes públicos. A título de exemplificação, temos que o artigo 212, da Constituição de 1988, estabelece que 18% (dezoito por cento) dos impostos recolhidos pela União serão aplicados nessa área; já os Estados e Municípios empregarão 25% (vinte e cinco por cento). Outrossim, ao tratarmos dos aspectos tributários que envolvem o custeio da educação no Brasil, urge ressaltar a edição da Emenda Constitucional nº. 14/96, ensejadora da aplicação do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo a qual o Distrito Federal e os Municípios destinarão um montante não inferior a 60% (sessenta por cento) dos recursos oriundos de impostos, com o objetivo principal de fomentar o custeio e manutenção do ensino fundamental.

Quando atribuímos uma continuidade ao conjunto de diretrizes que prevêem este direito, deve-se mencionar que o acesso ao ensino de qualidade não se vincula apenas à destinação de verbas para seu custeio ou princípios, cuja intenção primordial é consagrar o direito evidenciado como um importante postulado merecedor da tutela constitucional. De acordo com este pensamento, a Assembléia Constituinte responsável pela elaboração da nova Carta Magna elencou alguns dispositivos do Capítulo III para fixação de programas específicos – delimitadores de prioridades a serem adotadas pelos entes da federação para a concretização de políticas próprias na seara educacional. Esta interpretação exercida sobre os artigos 211, 213 e 314, os prepara para um correto entendimento acerca da demanda por políticas eficazes na separação de incumbências, tal como ocorre com o financiamento do sistema federal de ensino organizado pela União, ou a atuação em caráter prioritário pelos Municípios junto ao ensino fundamental e educação infantil (art. 211, parágrafos 1º e 2º).

Devido a todos os aspectos ventilados até o momento, sobre as principais nuances do direito e do acesso à educação no Brasil, no período que sucede ao advento da Constituição de 1988, não há como não buscarmos por uma educação de qualidade e amplamente isonômica, sem distinção de classe social e nível de instrução populacional. Os preceitos considerados constitucionais e, porque não dizer, essenciais sobre educação, devem ser amplamente observados e seguidos principalmente pelo Estado, grande motivador da consolidação de tais políticas educacionais. De maneira sintética, podemos elencar alguns destes preceitos sobre o tema, conforme a doutrina do professor Alexandre de Moraes²¹: a) ensino fundamental obrigatório e gratuito, expandindo a condição de gratuidade para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria; b) acesso aos níveis mais elevados do ensino, de pesquisa e da criação artística, acompanhando a capacidade de cada um; c) atendimento ao educando, mediante o fornecimento de programas suplementar de material didático-escolar; d) fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum, enriquecendo cada vez mais o educando não somente com o respeito de valores culturais e artísticos, como também as condições equivalentes, tais como transporte, alimentação e assistência à saúde. Destarte, estas exigências emanadas da Constituição representam a tarefa do legislador de regular as disposições legais referentes ao tema. Conforme veremos a seguir, não apenas o nosso ordenamento jurídico pátrio merece destaque; algumas experiências nesta área educacional constituem importantes objetos no âmbito do direito comparado, uma vez que as tradições latinas e européias muito se assemelham na constante tentativa brasileira de cumprir os pressupostos básicos do direito e acesso à educação, nos mais diferentes níveis de instrução e de conhecimento.

3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM OUTROS PAÍSES.

A abordagem crítica promovida sobre o direito e acesso à educação nas Constituições brasileiras nos mostrou uma evolução política e ideológica do tema em apreço, e também os aspectos culturais que nortearam a sociedade no momento do advento das mesmas.

É justamente esta diversidade cultural existente não só em nosso país, mas no mundo como um todo, que demanda uma análise junto ao ordenamento jurídico estrangeiro – com o objetivo de

²¹MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. São Paulo, Atlas, 2002. pp. 672-673.

observarmos o tratamento que a educação recebe. Tanto ao observar a Constituição espanhola quanto a portuguesa, observa-se que o direito à educação constitui um direito inerente a cada cidadão e, sobretudo, um dever do Estado devido à herança cultural; agora, vejamos quais as principais nuances que envolvem a tutela jurídica à educação nesses.

3.1 A REGULAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.

O direito à educação, em conformidade com a legislação portuguesa, encontra-se contextualizado no âmbito dos direitos da personalidade, merecendo assim ampla tutela por parte das autoridades legislativas.

Tanta atenção culminou em uma gama de abrangências do referido direito, não somente na esfera do Direito Constitucional, na qualidade de direito social²², como também no Direito Administrativo (uma vez que a obrigatoriedade do dever de respeito da Administração pelos direitos e interesses tutelados dos cidadãos comportam uma responsabilidade civil e administrativa direcionada às entidades públicas e seus respectivos agentes)²³, e no Direito Civil, na medida em que prevê no Código Civil português, a proteção que a lei proporcionará aos indivíduos contra qualquer ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, criando mecanismos para que a pessoa que se sentir ameaçada ou ofendida possa requisitar as providências adequadas às circunstâncias do caso (artigo 70, do Código Civil português).

A interdisciplinaridade é extremamente importante para compreensão do direito à educação no ordenamento jurídico de Portugal. Enquanto que o Código Civil trata dos direitos da personalidade, ao fixar a postura que os pais devem possuir frente à educação de seus filhos, visando à formação moral ou a educação de um menor, o direito administrativo regula as normas de responsabilidade civil a serem imputadas ao Estado. Todavia, por meio da Constituição portuguesa que o direito à educação é tratado em sentido amplo, pautado em princípios, como o da dignidade da pessoa humana e na vontade popular, e, em normas efetivas voltadas à atribuição de incumbências ao Estado concernentes à democratização da educação por meio da escola e de outros meios de formação. As principais diretrizes da educação portuguesa concentram-se, entre outras, nos artigos 73, 74 e 75.

²²CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2ed., Coimbra, Ed. Almedina, 1988. p. 437.

²³SOUSA, R. Capelo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1955. p. 99.

Apenas como forma de comentário acerca de cada um destes artigos acima citados, encontramos no de número 73, além do direito à educação e cultura descritos no parágrafo anterior, outras tarefas a serem implementadas pelo Estado dentre as quais o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social. Ao Estado caberá o incentivo e apoio à criação e à investigação científicas, beneficiando, igualmente, a inovação tecnológica da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas.

O artigo 74 almeja, por sua vez, proporcionar um ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar. Nesta esteira de políticas voltadas à educação, o aludido dispositivo relata que ao Estado cabe assegurar, entre outros: 1) ensino básico universal, obrigatório e gratuito; 2) criação de um sistema público e desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar; 3) garantir a educação permanente objetivando eliminar o analfabetismo; 4) proporcionar aos cidadãos, de acordo com as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados de ensino, da investigação científica e da criação artística; 5) proteção e valorização da língua gestual portuguesa, quanto expressão cultural e instrumento de acesso à educação, devido à desigualdade de condições.

Por sua vez, temos no artigo 75 da Carta Constitucional Portuguesa, uma missão conferida ao Estado que consiste na criação de uma rede de estabelecimentos públicos de ensino, capazes de atender as necessidades de toda a população. Neste sentido, regula o presente artigo a possibilidade de o Estado reconhecer e fiscalizar o ensino particular e cooperativo, de acordo com os ditames legais.

Finalmente, ressalta-se que a legislação portuguesa trata de forma peculiar o direito à educação, como um direito social sob o ponto de vista de sua Constituição, evitando ao máximo qualquer enfoque mais restrito do tema. Não é, contudo, o que ocorre quando definimos o direito à educação na Constituição portuguesa, como um direito fundamental e social em que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não são subordinados a qualquer intenção implícita do legislador. Existe, DESSA MANEIRA, uma imposição constitucional para que o direito à educação possa acompanhar as transformações econômicas e sociais, conforme as mesmas ocorram²⁴.

²⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2ed., Coimbra, Ed. Almedina, 1988. p.434.

3.2 A REGULAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL.

A tutela jurídica da educação espanhola apresenta-se positivada na esfera do Direito Civil, nos capítulos referentes às relações pessoais entre os cônjuges e seus descendentes, entre estes e seus respectivos parentes, por influência do direito natural que determina estarem os filhos, antes de alcançar um período de maturidade sob os cuidados de seus pais numa verdadeira relação de dependência²⁵.

Esta alusão aos direitos da personalidade destacados, no parágrafo anterior, configura um pilar para a efetivação do direito educacional que se mostrará presente sob duas formas distintas: o primeiro, diz respeito à responsabilidade dos estabelecimentos de ensino, como nos leciona o artigo 1903, parágrafo 5º. Uma situação peculiar é observada neste caso, pois não se imputa de forma direta a responsabilidade dos professores, por eventual desídia na prática da profissão. Tal responsabilidade é conferida também às pessoas ou entidades que sejam titulares dos estabelecimentos de ensino. O segundo diz respeito à outra forma de efetivação do direito à educação consiste na valorização dos direitos humanos extraídos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; dentre os inúmeros artigos, encontramos o de número 12 (doze), que estabelece como premissa fundamental, o direito que toda pessoa tem à educação, inspirada nos princípios da liberdade, moralidade e solidariedade humana.

Com efeito, urge que ressaltemos que, o legislador espanhol, ao utilizar como parâmetro os diversos tratados e declarações que se perpetuaram no decorrer da história mundial, criou uma única lei denominada de *Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación (LODE)*, publicada em 1985. Esta aglutina, em seu conteúdo, dispositivos reguladores do tema, fazendo especialmente no artigo 2º alusão à Constituição espanhola devido à atividade educativa, que será baseada nos princípios e declarações descritos em sua Lei Maior²⁶. Ainda neste sentido, descreve no conteúdo do artigo 102 que todas as normas concernentes aos direitos e liberdades fundamentais serão interpretadas levando em consideração todo o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e os demais tratados, desde que devidamente ratificados pela Espanha. Constatamos que muito além de garantias individuais a serem tuteladas pelo Estado o direito e o acesso à educação

²⁵SACRITÁN, Gomes. “La educación como derechos”. In: **Filosofía de la Educación hoy**. Madrid, Ed.Dytrinson, 1991. p.598.

²⁶SACRISTÁN, Gomes. “La educación como derechos”. In: **Filosofía de la Educación hoy**. Madrid, Ed.Dytrinson, 1991. p.584.

no ordenamento jurídico espanhol implicam na efetivação dos direitos humanos e na conseqüente valorização deste importante direito em sua essência, capaz de se consolidar na sociedade como um todo.

CONCLUSÃO

No decorrer do estudo, muito mais do que um panorama histórico envolvendo o direito à educação, procuramos traçar as principais medidas políticas implementadas pelas autoridades governamentais, com o intuito de regular o acesso a esse direito fundamental encontrado em nossa Carta Política de 1988.

Tais políticas sempre foram pautadas por uma interferência estatal – que se mostrou intensa ou um pouco mais comedida, em conformidade com o contexto histórico-social em que o advento da legislação pertinente encontrava-se inserido. Todavia, os problemas que acompanharam o ensino em nosso país, cuja variação abarca desde a destinação ínfima de recursos para o fomento da educação, até o próprio mecanismo metodológico para a consolidação do processo de ensino. Com efeito, diante deste quadro complexo, a indagação a ser feita é a seguinte: quais medidas podem ser aplicadas para reverter tal situação?

A resposta à pergunta formulada compreende uma abordagem voltada muito mais aos aspectos sociológicos e políticos em detrimento aos aspectos jurídicos considerados isoladamente. Preliminarmente, salienta-se a necessidade do respeito ao princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, cujo fundamento consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Se seguirmos este raciocínio, constatamos a demanda por uma criação de políticas direcionadas a uma equiparação da educação em termos de qualidade em relação ao ensino privado. Outrossim, uma eficaz política de cotas nas universidades públicas também incorre em medida de melhor direito, como forma de evitar constrangimentos e situações díspares entre candidatos das mais diferentes etnias e, principalmente, condições sociais.

Outras medidas paralelas de contenção ao problema da educação em nosso país também merecem destaque e podem ser, desta forma, resumidas: a) proporcionar uma maior flexibilização no procedimento de descentralização tanto do ensino fundamental, como do ensino médio, contando com um amplo apoio seja da família, seja da sociedade neste constante processo de interação; b) fixação de programas pioneiros de ensino que não se restrinjam apenas a um enfoque

técnico, mas sim garantir um arrazoado teórico de disciplinas essenciais, sem deixar de ressaltar uma relevante base histórico-filosófica do mundo, importante para o desenvolvimento cultural do indivíduo; c) criação e aprimoramento de cursos de atualização para docentes, especialmente nos ensinos fundamental e médio. A prática de políticas de reciclagem para professores consiste no aprimoramento do próprio aluno, que terá acesso às mais atualizadas técnicas de ensino quando comparadas com países mais desenvolvidos; d) ampliação do alcance da coleta de dados estatísticos acerca do desenvolvimento das escolas públicas em cada região do país. Esta pesquisa favorece que políticas públicas na seara da educação possam ser implantadas de acordo com as deficiências de cada região, podendo saná-las de forma mais eficaz.

Conforme disposto no início deste capítulo, as propostas de mudanças na educação em nosso país guardam pertinência com as áreas política e social, não deixando espaço considerável para a criação de leis capazes de incrementar este direito fundamental. Tal afirmação justifica-se pela quantidade de princípios norteadores do ensino presentes em nossa Constituição, os quais quando seguidos à risca dispensam um complexo tratamento infraconstitucional da matéria. Sem dúvida alguma, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº. 9.394/96) nos trouxe um instrumental teórico e procedimental capaz de preencher eventuais lacunas legais envolvendo a educação. Destarte, de nada adianta a criação desenfreada de leis, sem a execução fiel das mesmas, por meio de uma atuação austera dos governantes no implemento de medidas que objetivem proporcionar uma educação de qualidade, isonômica, direcionada à formação de pessoas e cidadãos. A verdadeira educação forma indivíduos formadores de opinião, cuja compreensão do mundo faça com que tenham crítica para olhar sua realidade e, conseqüentemente, cidadãos que façam algo para mudar a realidade de seu país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 14ed. São Paulo, Atlas, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2ed. Coimbra, Ed. Almedina, 1988.

CUNHA, Luiz Antônio. **Educação, Estado e democracia no Brasil**. 4ed. São Paulo, Cortez; Niterói, Universidade Federal Fluminense; Brasília, Flacso do Brasil, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1972.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 5 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1999. V. III

_____; e Outros. **Liberdades públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FLORENTINO, Rosalvo. **A educação e a cultura nas Constituições brasileiras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 19, n.74, abr/jun.1982.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

H AidAR, Maria de Lourdes M.; TANUARI, Leonor M. *A educação básica no Brasil: dos primórdios até a primeira Lei de Diretrizes e Bases*. In: **Estrutura e funcionamento da educação básica**. 2 ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

HERKENHOFF, João Batista. **Constituinte e educação**. Petrópolis: Vozes, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

QUIZOTTI, Antônio. *A Constituição de 1823 e a educação*. In: FAVERO, Osmar. **A educação nas constituintes brasileiras: 1823-1988**. 2 ed. Campinas: Autores Associados, 2001.

ROCHA, Marlos Bessa M. da. *Tradição e modernidade na educação: o processo constituintes de 1933-1934*. In: FÁVEA, Osmar: **A educação nas constituintes brasileiras: 1823-1988**. 2 ed. Campinas: Autores Associados, 2001.

SACRISTÁN, Gomes. *“La educación como derechos”*. In: **Filosofia de la Educación hoy**. Madrid: Ed.Dytrinson, 1991.

SAVIANI, Dermeval. **A nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas**. 5 ed. Campinas: Autores Associados, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUSA, R.Capelo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

TOBEÑAS, Jose Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1952.

VÁZQUEZ, Rodolfo. **Educación liberal, um enfoque igualitário y democrático**. 2 ed. México, DE: Distribuciones Fontanara, 1999.

AS TRÊS LIMITADAS

A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada Após o Código Civil Brasileiro de 2002

Por Wilges Bruscato¹

INTRODUÇÃO. 1. DIREITO DE EMPRESA. 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. 3. TIPOS SOCIETÁRIOS NO BRASIL ATUAL. 4. A sociedade por quotas de responsabilidade limitada; 4.1- Breve Histórico; 4.2- Conceito; 4.3- Generalidades. 5- a sociedade limitada no código civil brasileiro; 5.1- Necessidade de Nova Regulação; 5.2- Generalidades. 6- regulação da *sociedade limitada* no brasil atual. 7. Interpretação da cláusula de revogação do artigo 2.045 do código civil; 7.1- A Lei Complementar nº 95/1998; 7.2- A Eventual Aplicação do Mecanismo da Revogação Tácita. 8- vigência do decreto-lei nº 3.708/1919. conclusão. referências bibliográficas.

RESUMO

Baseado na Lei Complementar nº 95/1998, sua integração com a Lei de Introdução ao Código Civil e com o Código Civil Brasileiro, bem como nas determinantes de formação da teoria geral do Direito de Empresa, o presente estudo demonstra a vigência do decreto-lei nº 3.708/1919 que regula a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada e sua coexistência com os demais tipos societários alinhados pelo Código Civil Brasileiro e legislação especial.

A justificativa de tal proposição se assenta no fato de que o tipo societário em questão, longe de estar ultrapassado, pela simplicidade de sua regulação, melhor atende aos interesses e necessidades das pequenas iniciativas empresariais. A relevância social é perceptível ante a eloquência dos números das micro e pequenas empresas no Brasil, para as quais, ainda mais, a racionalização de custos é fator determinante de sobrevivência, o que interessa a toda a sociedade em razão dos valores sociais que se agregam à empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade Limitada; Vigência do Decreto-Lei n. 3.708/1919; Tipos Societários no Brasil.

ABSTRACT

Based on Complementary Law nr 95/1998, its integration with Introductory Law to Civil Law and Brazilian Civil Law, as well as on the formation determinants of Company Law general theory, the present essay demonstrate the effectiveness of decree nr 3,708/1919 which regulates the constitution of limited companies, and its coexistence with the other types of companies listed in the Brazilian Civil Law and special legislation.

Justification of such proposition settles on the fact that the partnership type in question, far from being old-fashioned, due to its regulation simplicity, best answers the interests and necessities of small companies. Social relevance is perceptible in the face of the great number of micro and small

¹ Doutora em Direito pela PUC-SP, Mestra em Direito pela UNIMEP, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUCCAMP, Professora Adjunta da PUC-MINAS, Coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Processual e Direito Público da PUC-MINAS, *campus* Poços de Caldas, Advogada.

companies in Brazil, to which, and most specially, costs rationalization is determining factor of survival. And this interests the whole society because of the social values added to the company.

KEY-WORDS: Limited Partnership; Duration of Decree Law 3.708/1919; Types of Companies in Brazil.

“No Direito está a única terapêutica adequada à crise social. No Direito. Não em falsas aparências dele.”

Jacy de Souza Mendonça

INTRODUÇÃO

Considerando-se a dimensão das questões econômicas e sua importância nas sociedades contemporâneas², toda discussão acerca de aspectos que interfiram direta ou indiretamente no seu aperfeiçoamento é valiosa.

A proximidade da economia e do direito deve ser compreendida como sucessivas tentativas de aprimoramento de ambos para que cumpram aquilo a que se devem destinar: a promoção do ser humano.

Sob esse enfoque, é forçoso constatar que o papel da iniciativa privada na atualidade é fundamental na busca da harmonização social, tendo em vista que é em sua esfera que a empresa floresce, agregando valores sociais indispensáveis.

A diversidade de meios e formas com que o homem se estabelece em busca do lucro comporta os extremos dos conglomerados econômicos e da microempresa, bem como de toda a gama de possibilidades existente nesse largo.

Embora não seja possível – e nem prudente – desconsiderar a força do investimento vultoso de capital em iniciativas de grande porte, interessam-nos mais de perto as pequenas oportunidades de

² Perceba-se que a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), contidos no artigo 3º da Constituição da República, só é possível se houver meios econômicos que a garantam.

investimento, se não por outros motivos, pelo fato de representarem mais de noventa por cento das iniciativas empresariais no Brasil³.

É sabido que os empreendimentos pequenos se desenvolvem revestidos dos formatos jurídicos de empresário individual ou de *sociedade limitada*⁴, por ambos melhor se amoldarem às necessidades daqueles que investem nesse nível.

Demais disso, como o Brasil ainda não deu o passo da limitação da responsabilidade do empresário individual, o tipo societário mais simplificado existente no país acabou sendo utilizado para atingir-se o objetivo da proteção patrimonial dos empreendedores, qual seja, a sociedade limitada como *sociedade aparente*.

A limitação da responsabilidade representa importante estímulo ao investimento e, portanto, ao giro econômico.

Daí, uma vez adotado o tipo societário que permitia a proteção do patrimônio pessoal de todos os sócios, sem os embaraços da sociedade anônima, na Alemanha nos idos de 1892, rapidamente se difundiu pelo mundo.

De fato, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada se caracterizou, marcadamente, por aliar, num único tipo, a simplificação – que representa baixa onerosidade para o empreendedor – e a limitação dos riscos - o que interfere na racionalização dos preços finais dos produtos – e por isso se tornou tão popular.

Num país como o Brasil, no qual, de um lado, tem-se baixa taxa de escolarização e, de outro, um mercado de trabalho cada vez mais exigente, empreender é alternativa para a subsistência de milhares de famílias.

Sob essa ótica, quando a lei vem introduzindo complexidades desnecessárias – o que implica, imperativamente, em mais custos -, não cumpre seu papel de aperfeiçoar a sociedade e promover o ser humano.

³ Segundo o Boletim Estatístico do SEBRAE, baseados em dados do IBGE, em 2002, das 4.918.370 empresas formais existentes no Brasil, 4.879.616 eram micro e pequenas empresas, portanto, 99,21 % do total. Das 27.561.924 pessoas empregadas naquele mesmo ano, 15.757.076 estavam nas micro e pequenas empresas, ou seja, 57,15 % da mão de obra ocupada. SEBRAE. Boletim Estatístico da MPE. Biblioteca *on-Line*. Disponível em: [http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/03DE0485DB219CDE0325701B004CBD01/\\$File/NT000A8E66.pdf](http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/03DE0485DB219CDE0325701B004CBD01/$File/NT000A8E66.pdf). Acesso em: 11 jul.2008.

⁴ A expressão *sociedade limitada* nesse estudo será usada para se referir tanto ao gênero das sociedades de pessoas que preveem a limitação da responsabilidade de seus membros como para designar o tipo societário introduzido pelo artigo 1.052 do Código Civil, como espécie desse gênero, devendo-se atentar para o contexto de sua aplicação para diferenciar entre o gênero e a espécie.

Por isso nosso interesse em perquirir sobre a subsistência do tipo societário criado pelo decreto-lei nº 3.708/1919 – sociedade por quotas de responsabilidade limitada – a par da sociedade limitada dos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil Brasileiro. Este o problema a ser enfrentado nessa reflexão, que parte da hipótese positiva.

A singeleza daquela atende melhor ao interesse do universo de nano e microempresas existentes no país e, portanto, indiretamente, de toda a sociedade.

No momento em que se busca incentivar a regularização das pequenas iniciativas empresariais no país⁵, é oportuno trazer a questão à tona, vez que a sociedade limitada como está no Código Civil Brasileiro, impõe gravames de difícil absorção para os pequenos, no nosso sentir.

O título do presente estudo remete ao artigo da lavra de Fábio Ulhoa Coelho⁶ publicado na Revista do Advogado, ainda no ano em que se inaugurou a vigência do atual Código Civil.

A investigação do problema aqui levantado se justifica na necessidade de responder a questão posta e devolvê-la de modo satisfatório à sociedade brasileira, o que se buscará fazer da forma mais simples e objetiva possível.

Para tanto, retomaremos, ainda que de modo perfunctório, alguns conceitos da teoria geral do direito de empresa e do direito societário, necessários à construção da tese, utilizando o método de pesquisa bibliográfica.

1. DIREITO DE EMPRESA

Será proveitoso lembrar, ainda que superficialmente, algo da teoria geral do direito de empresa para fixarmos alguns pontos de interesse que auxiliarão na construção da proposição que ora se desposa, evidenciando seu eventual acerto.

Inicialmente, nos ocuparemos do conceito do direito de empresa para, a seguir, determinar-lhe o objeto, os princípios, as características e o método de organização, para fixar que o presente entendimento *atende aos postulados basilares desse ramo jurídico*.

Vejamos.

⁵ A exemplo da criação da figura do microempreendedor individual pela Lei Complementar nº 128/08.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. As Duas Limitadas. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano XXIII, nº 71, p. 26-31, ago.2003.

Embora os *conceitos* jurídicos sejam básicos para o estudo e a compreensão de seus objetos⁷, a moderna doutrina empresarialista não tem se ocupado da conceituação do direito de empresa, a não ser de modo ocasional⁸. Talvez, isso seja motivado no empirismo que permeou o direito empresarial por muito tempo, já que se alimenta da “constante observação da realidade”⁹.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu alerta para a dificuldade da existência de um conceito unitário de direito mercantil, com valia universal, o que não o impede de defini-lo como *o sistema jurídico-normativo que disciplina de modo especial os atos de comércio e os comerciantes*¹⁰.

Um conceito que se revela ainda atual é de Jean Van Ryn, cunhado em 1954, para quem esse ramo especial do direito é “o conjunto de regras jurídicas relativas à atividade do homem aplicada à produção, à apropriação, à circulação e ao consumo de riquezas” entendendo, de modo acertado, que o comércio é apenas um elo da cadeia constituída pela atividade econômica global.¹¹

Como nos dias que correm a legislação abraça a teoria da empresa, inserindo um conceito aberto, a técnica da adoção da lei como norte da elaboração do conceito parece nos servir muito bem.

Assim, construindo um conceito normativo, tendo por base o artigo 966 do Código Civil¹², seria satisfatório definir o *direito empresarial como o ramo do direito que regula as relações provenientes da atividade particular de produção e circulação de bens e serviços, exercida com habitualidade e com intuito de lucro*.

Fixar o conceito de direito empresarial desse modo atende aos requisitos da especificidade, amplitude e perenidade de que devem se revestir os conceitos, já que mesmo as mais criativas

⁷ “(...) as *ferramentas* constituídas pelas categorias, conceitos, tipos e construções são indispensáveis para a segurança e certeza do Direito, desde que não esquecida, justamente, sua função instrumental, posto que não devem ser um fim em si mesmo, já que constituem meios para se entender e aplicar as normas jurídicas.” Grifo no original. BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 29.

⁸ “Direito comercial é a designação tradicional do ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesse entre os exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços de que necessitamos todos para viver. Note-se que não apenas as atividades especificamente *comerciais* (intermediação de mercadorias, no atacado ou varejo), mas também as *industriais, bancárias, securitárias, de prestação de serviços* e outras, estão sujeitas aos parâmetros (doutrinários, jurisprudenciais e legais) de superação de conflitos estudados pelo direito comercial. Talvez seu nome mais adequado, hoje em dia, fosse *direito empresarial*. Qualquer que seja a denominação, o direito comercial (mercantil, empresarial ou de negócios) é uma área especializada do conhecimento jurídico.” COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27, v. 1. Grifos no original.

⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 29.

¹⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 12-13.

¹¹ VAN RYN, Jean. **Principes de Droit Commercial**. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1954, *passim*, *apud* REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Atualizado por Rubens Edmundo Requião. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 7, v. 1.

¹² Art. 966 – Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

inovações de atividade econômica que venham a existir no futuro poderão estar contidas na *produção* ou *circulação* de bens e serviços. A teoria da empresa, então, como critério de assentamento genérico do que seja empresário e atividade empresarial, tem enormes chances de se projetar para um futuro longínquo, já que nele será possível abrigar as mais diversas e inovadoras iniciativas econômicas, conforme adiantamos acima.

Nossa opção para a fixação do *objeto* do direito de empresa é a simplicidade, sem que sejam necessárias elaborações complexas a respeito.

Como vimos de ver, o direito empresarial não se restringe mais a regular a profissão de comerciante e os atos de comércio, a atividade comercial pura¹³; ele se ampliou, *naturalmente*, para tratar de toda atividade empresarial, abrangendo também a indústria, os transportes, os seguros, os bancos, os serviços, o mercado mobiliário, os títulos de crédito, os contratos mercantis, o direito societário, o poder econômico, a locação empresarial, a propriedade industrial, as empresas em crise econômica *etc.*

Para fixar o *objeto do moderno direito de empresa*, tomamos por guia a própria legislação vigente, do mesmo modo que fizemos para construir o conceito da disciplina, ou seja, usando o caráter jurídico-positivista.

Cabe, então, diferenciar a atividade empresarial da não-empresarial, pois não se deve mais falar em atividade *comercial* e atividade *civil*, depois do Código Civil de 2002.

Há, portanto, ocupações, que embora também tenham fins econômicos, não possuem caráter empresarial e é necessário identificá-las, tomando-se a própria lei como norma qualificadora da fixação da natureza empresarial da atividade.

De acordo com o comando do artigo 966 do Código Civil Brasileiro, são atividades de natureza empresarial todas aquelas *atividades econômicas de produção ou circulação de bens e serviços exercidas de modo profissional*. Excetuam-se desse gênero as atividades intelectuais, que, embora sejam *econômicas, produzam ou circulem bens ou serviços* não são passíveis de produção em massa. A atividade intelectual terá natureza empresarial, no entanto, se constituir *elemento de empresa*.

¹³ A transposição do direito comercial para o direito empresarial nem sempre é encarada de modo sossegado, causando certa perplexidade a respeito de alguns aspectos, como exposto em: SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Fattispecie* Empresário no Código Civil de 2002. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano XXVIII, nº 96, p. 11-20, mar. 2008.

Também a atividade rural pode ser exercida de modo não empresarial, dependendo da opção feita por seu titular, de acordo com o contido no artigo 971 do diploma civil.

A *principiologia* do direito de empresa é relativamente extensa e bastante específica, atendendo, como é lógico, aos imperativos das relações que se propõe a regular. Para nós, é suficiente citar os princípios da propriedade, da publicidade do contrato, do livre estabelecimento, da livre concorrência, da boa-fé, da observância de usos e costumes, da autonomia da vontade e prevalência do contrato e da legitimidade do lucro. Todos esses são importantes e dão sustentação ao nosso pensar.

Inquestionável que o direito empresarial ostenta *características* bem marcantes, que não podem ser desconsideradas pelos agentes do direito. Como direito especial que é, tais características estão ligadas à própria natureza das atividades empresariais. Sucintamente, são elas:

- *Dinamismo*, para acompanhar as inovações do movimento das relações econômicas e dos progressos tecnológicos, não podendo ficar à mercê de avanços legislativos para se concretizar, o que estimula sua continuada renovação;
- *Agilidade* em sua formação e aplicação, posto que as oportunidades empresariais não assimilam a demora na regulação ou concretização de suas relações jurídicas;
- *Instrumentalidade*, pois o direito empresarial se presta a dar forma jurídica à realização de negócios e relações empresariais concebidas pelos particulares, da forma mais simples e ágil possível;
- *Internacionalismo*, por sofrer influências dos mercados e se realizar entre povos, usando, com freqüência, convenções internacionais, acentua-se vigorosamente a tendência *integradora* da norma empresarial;
- *Onerosidade*, pois o objeto do direito empresarial é a atividade cujo desiderato é o lucro;
- *Massificação*, por seus atos se realizarem, potencialmente, em larga e ampla escala, em nível de mercado, não sendo direcionados a indivíduos especificamente considerados;
- *Simplicidade*, tendo em vista que seus instrumentos buscam se concretizar sem excesso de formalismos e custos;

- *Fragmentarismo*, em razão de suas matérias estarem dispostas em leis esparsas e não num único diploma legal¹⁴.

Em decorrência de tais peculiaridades, determinadas pelas particularidades da atividade empresarial, é que temos nos batido para que o direito de empresa mantenha seu tratamento específico¹⁵. E não estamos sozinhas:

“É bom sempre lembrar que, especialmente, em presença das enormes disparidades econômicas geradas pela sociedade moderna, a generalidade de tratamento atribuída pelas normas civis clássicas, ao invés de uma garantia do cidadão, com frequência, revela ser um grave risco e uma importante fonte de aprofundamento dos desequilíbrios sociais e econômicos.”¹⁶

Em razão das peculiaridades a que se sujeita do direito de empresa, seu *método* de formação é indutivo, porque, dado seu caráter instrumental, constrói-se da observação da realidade, daí que “conclui de um ou mais fatos particulares para todos os fatos semelhantes, presentes e futuros”¹⁷. Isso se explica pela necessidade de regular atos que sofrem constante e rápida evolução¹⁸.

O risco da imposição de práticas que desconsiderem os fatos já consolidados em razão das necessidades empresariais é a burla da lei e, não raro, com as bênçãos da doutrina e da jurisprudência, como no caso das sociedades aparentes entre nós. Há uma acomodação social da regra inadequada.

O direito deve agir como um facilitador da vida em sociedade e não representar obstáculos e custos desnecessários¹⁹.

2- CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Conforme sinalizado por António Menezes Cordeiro²⁰, há matérias dentro do direito de empresa, devido ao seu fragmentarismo, que acabam por quase emancipar-se. Tal é o que ocorre com o

¹⁴ “A vigorosa fragmentação da matéria comercial em jovens e promissoras disciplinas autônomas deixa-nos o Direito Comercial como um conjunto de resíduos. (...) Todo este movimento tem, subjacente, uma preocupação crescente de especialização dos juristas, requerida pela complexidade e pela diferenciação ascendentes a que o Direito comercial deve acudir.” CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 124, v. 1.

¹⁵ BRUSCATO, Wilges. Os Princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, ano XLIV (Nova Série), nº 139, p. 50-75, jul/set.2005.

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷ OLIVEIRA, Silvio Luiz de Oliveira. **Tratado de Metodologia Científica**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 61.

¹⁸ BULGARELLI, Waldírio. **Direito...**, p. 16.

¹⁹ Nesse sentido, valiosa a noção de *direito-custo* de Fábio Ulhoa Coelho, para quem “as normas jurídicas que repercutem nos custos da empresa devem ser editadas, estudadas, interpretadas e aplicadas com *a maior objetividade* que se possa alcançar, de forma a contribuir com o direito para o aperfeiçoamento do cálculo empresarial e, em última análise, para o desenvolvimento e organização da empresa e da economia.” COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso...**, p. 40, v. 1.

direito societário na atualidade. Se é certo que não se pensa tratá-lo fora da esfera de alcance do direito empresarial, não é menos certo que a matéria societária tenha, hoje, um corpo bem constituído e singular.

Nele estão compreendidos os aspectos genéricos das sociedades e os específicos relativos à *sociedade limitada* e à sociedade anônima, únicos tipos societários empresariais de relevância no Brasil²¹.

O valor das sociedades empresárias está em que elas viabilizam iniciativas que não se concretizariam de modo individual, posto que as forças de uma única pessoa não seriam suficientes para lhes dar vida e mantê-las. Daí, a sua personalização.

É preciso, ademais, considerar que sua utilização no cenário brasileiro tem, ainda, lugar como artifício para a obtenção da proteção ao patrimônio particular do empresário, uma vez que não se avançou no sentido de limitar-lhe a responsabilidade como já fizeram outros países no mundo.

Na atualidade, assim como o próprio direito de empresa, o sentido e a abrangência do direito societário superam a concepção liberal.

“Deve-se reconhecer ao direito societário a função de constituir um instrumento de implementação de políticas públicas que objetivem a consecução dos valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Assim, não cumpre o direito societário apenas a disciplina dos chamados interesses intrassocietários (interesses dos sócios).”²²

Tal realidade se baseia nos postulados constitucionais da regulação da ordem econômica, ilustrados pelos princípios gerais contidos no artigo 170 da Constituição da República.

O *conceito* de sociedade empresária está explícito no artigo 981 do Código Civil²³. Assim, singelamente, teremos uma sociedade empresária quando duas ou mais pessoas congregarem capital e trabalho para o empreendimento de atividade econômica perseguindo lucro. Considera-se empresária a sociedade que exerça atividade própria de empresário e simples as demais, nos termos do artigo 966 e seu parágrafo único do Código Civil.

Desse modo, em nossos dias, a sociedade mercantil, comercial ou empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de natureza privada que tem por objeto a exploração de atividade empresarial.

²⁰ CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 108-124, v. 1.

²¹ De 1985 a 2005, foram constituídas 4.324.871 sociedades empresárias no país. Dessas, 4.300.257 o foram sob o tipo de sociedade limitada, representando 99,43% do total, 20.080 como sociedade anônima, representando 0,46% e apenas 4.534 distribuídas entre os demais tipos, com a insignificante estatística de 0,1% do total. Dados obtidos com base nas estatísticas do Departamento Nacional de Registro de Comércio-DNRC. Registro Mercantil. **Constituição e Empresas por Tipo Jurídico - Brasil - 1985-2005**. Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/caep0101.htm>. Acesso em: 13 jul. 2008.

²² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 27.

²³ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Há princípios que orientam o direito societário, como o da conservação da empresa, da defesa da minoria, da liberdade de contratar e autonomia da vontade, da legalidade²⁴.

A sociedade é a titular de direitos e deveres. Não se confunde com o estabelecimento, nem com a empresa, nem com a *firma*, nem com os sócios.

“De início simples comunhão circunstancial, aos poucos foi assumindo proporções e contornos próprios, numa progressiva sistematização de regras e princípios. Inspirada na natureza associativa do ser humano, haveria a sociedade de obter, em muito pouco tempo, excelentes resultados na produção, com sensíveis alterações na economia dos povos.”²⁵

A formação da sociedade pressupõe uma identidade de intenções entre as pessoas que firmam o contrato social, ou seja, a reunião de pessoas em torno de objetivos econômicos. Em caso de dissolução, o patrimônio líquido da sociedade será rateado entre seus membros.

A sociedade empresária comporta três elementos para sua formação: a pluripessoalidade – que admite exceções -, o capital social e a *affectio societatis*.

No artigo 983 do diploma civil, está que a constituição da sociedade empresária deve se adequar a um determinado tipo societário – sociedade em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima ou em comandita por ações²⁶ – conforme a conveniência dos sócios. Pode, ainda, ser uma sociedade em comum ou em conta de participação, que não são personificadas.

Historicamente, sabe-se que houve *natural* evolução das sociedades, ditada, gradualmente, pelas necessidades materiais da questão, como tudo no direito de empresa.

As sociedades empresárias podem ser classificadas quanto à *natureza do ato constitutivo*, quanto à *composição econômica* ou estrutura e quanto à *responsabilidade dos sócios*²⁷.

Quanto ao primeiro critério, as sociedades podem ser *contratuais* (cujo ato constitutivo é um contrato plurilateral) ou *estatutárias ou institucionais* (cujo ato constitutivo é um estatuto). As sociedades anônimas e as em comandita por ações são institucionais e as demais são contratuais.

Quanto à estrutura ou composição econômica, as sociedades podem ser *de pessoas* ou *de capital*²⁸, sendo que as primeiras são contratadas *intuitu personae* e as segundas, não. As sociedades anônimas e as em comandita por ações são sociedades de capital; as sociedades coletivas, em comandita simples, em comum e em conta de participação são sociedades de pessoas; a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e a sociedade limitada são tipos *híbridos*.

Quanto ao regime de responsabilidade dos sócios, as sociedades empresárias podem ser de *responsabilidade ilimitada*, de *responsabilidade limitada* e de *regime misto de responsabilidade*. Frise-se: o regime de responsabilidade se refere às pessoas dos sócios, tendo em vista que a responsabilidade da sociedade é sempre ilimitada. As sociedades em comum e em nome coletivo atribuem responsabilidade ilimitada a todos os sócios; as sociedades anônimas, por quotas de responsabilidade limitada e limitadas, conferem a limitação da responsabilidade a todos os sócios;

²⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 163-166.

²⁵ ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das Sociedades Comerciais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

²⁶ Ou por quotas de responsabilidade limitada, acrescemos nós.

²⁷ Essa classificação pode variar, como em REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 335-337, v. 1 e ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 263-265.

²⁸ Nelson Abrão conclui não sobrelevar importância a tal classificação, não vendo nisso utilidade ou atualidade. ABRÃO, Nelson. **Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 35.

as sociedades em comandita por ações e simples e as sociedades em conta de participação são sociedades de regime misto.

3- TIPOS SOCIETÁRIOS NO BRASIL ATUAL

No Brasil, atualmente, os tipos societários se dividem em *sociedades não-personificadas* e *sociedades personificadas*.

As sociedades não-personificadas citadas no diploma civil podem ser de dois tipos: sociedade em comum e sociedade em conta de participação.

Os tipos societários personificados mencionados pelo Código Civil são: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações.

Embora a legislação consagre diversos tipos de sociedades empresárias em nosso país, a verdade é que apenas três têm utilização e importância real: a sociedade em comum, a *sociedade limitada* e a sociedade anônima, estando os demais tipos em desuso²⁹.

Todavia, é preciso observar, com Luiz Antonio Soares Hentz³⁰, que a constituição de empresas se dá para atender as finalidades visadas pelo empreendedor e que há certa liberdade nesse ato, devendo-se permitir a adoção de *sistemática que não corresponda a modelo legal conhecido*:

“Embora essa prática, no Brasil, seja pouco utilizada – parece ao intérprete que o legislador esgotou as possibilidades -, nada obsta a criação por contrato de modelos específicos, mormente quando as formas típicas não atendem à necessidade vislumbrada. Basta que não se prejudique direitos de terceiros e que sejam obedecidos os preceitos estipulados para validade dos negócios jurídicos em geral. Trata-se de utilização da autonomia da vontade e do poder de contratar, obediente à forma, objeto e legitimidade dos contratantes.”

Em que pese o comando do artigo 983 do Código Civil³¹, a permissão para a adoção de tipos societários inominados talvez melhor atendesse ao interesse do desenvolvimento econômico.

A exigência da adoção e menção de tipo societário no contrato social é feita para dar publicidade aos termos do contrato a fim de preservar interesses de terceiros.

Nesse ponto, percebe-se clara antinomia entre o contido no artigo 983 e nos artigos 2.045 e 2.037 do Código Civil: o legislador não menciona o decreto-lei nº 3.708/1919 como revogado no artigo

²⁹ Relembrem-se os dados do Departamento Nacional de Registro de Comércio: de um total de 4.324.871 sociedades empresárias constituídas no período compreendido entre 1995 e 2005, 4.300.257 eram sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou sociedade limitada, 20.080 eram sociedades anônimas e, apenas, 4.534 adotaram outros tipos societários (sociedade em nome coletivo, em comandita simples ou em comandita por ações). DEPARTAMENTO NACIONAL DO REGISTRO DO COMÉRCIO, *op. cit.* Autorizado pela realidade brasileira e mundial, Fábio Ulhoa Coelho a elas se refere como “*tipos societários menores*”, ao que fazemos ressalva, tão-somente, quanto às sociedades simples, que reputamos de grande utilidade econômica na atualidade para a exploração de atividades de natureza não empresarial. COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 475, v. 2.

³⁰ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 209.

³¹ Código Civil, art. 983 - A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

2.045 e dispõe, no artigo 2.037, que se devem aplicar as disposições de leis referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis não revogadas pelo código, aos empresários e sociedades empresárias, mas olvida-se de incluir a sociedade por quotas de responsabilidade limitada no rol do artigo 983, o que merece ser reparado.

No entanto, a adoção da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cujas características são por demais conhecidas no meio empresarial brasileiro, nenhum prejuízo oferece, não afrontando as normas que disciplinam o registro de empresas (lei nº 8.934/1994, art. 35, I e decreto 1.800/1996, art. 32, II, *d* e art. 53, II, *a*), que exigem a menção ao tipo societário, mas não os restringem aos tipos do Código Civil.

Na prática, de há muito, os contratos sociais – que se referiam quase exclusivamente à sociedade por quotas de responsabilidade limitada – embora façam indicação do tipo societário, inserem cláusulas específicas aos interesses dos sócios, de acordo com as peculiaridades do negócio celebrado, que refogem, ampliam ou restringem as características legais do tipo adotado, o que atende perfeitamente sua finalidade, tanto do ponto de vista jurídico, como do fático. Essa, aliás, pode ser apontada como a principal vantagem do tipo.

Ademais, o Código Civil, longe de unificar o direito privado – e mesmo as obrigações – no país, respeitou, quanto à regulação do direito de empresa, sua característica de fragmentarismo, decorrente de seu caráter instrumental. Nem mesmo todo o direito societário está no Código, o que demonstra que ele se adequou de modo conveniente a sua qualidade de norma geral.

O fato da sociedade por quotas de responsabilidade limitada não constar do rol do artigo 983 não deve ser óbice para seu reconhecimento e utilização. O dispositivo não menciona os tipos da sociedade em comum e da sociedade em conta de participação e nem por isso o legislador civilista deixou de reconhecê-los e discipliná-los, como se vê nos artigos 986 a 996.

De modo distinto se dá com a antiga sociedade de capital e indústria, antes regulada nos artigos 317 a 324 do Código Comercial, em vista do comando do artigo 2.045 do Código Civil, que foi extirpada do ordenamento nacional como tipo societário.

4- SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

O tipo societário do decreto-lei nº 3.708/1919 angariou grande popularidade no país, sendo consagrado pelo uso maciço entre nós. Isso se deveu ao fato da legislação reguladora ser suficientemente aberta para acomodar as mais variadas necessidades dos empreendedores e suas empresas.

Certo que o decreto-lei, mesmo quando vigia solitário no ordenamento nacional, sofria críticas, das quais a mais acirrada parece ter sido de Fran Martins³², apontando o laconismo da norma como defeito essencial. Em que pese a exiguidade do decreto, ele vem servindo bem aos propósitos a que se destina por mais de oito décadas sem jamais ter sofrido qualquer alteração. O que há de mais

³² MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 268.

positivo no decreto 3.708/1919³³ é, justamente, a flexibilidade que possibilita aos empresários. Nelson Abrão³⁴, antes da aprovação do novo texto do Código Civil de 2002, já alertava para isso:

“Diante desse fato acentuado, aparecendo a sociedade limitada como modelo mais em voga, o texto deveria ser adaptado à realidade sem traumas ou mudanças substanciais, porque, em vez de refundir o substrato jurídico, caminharia a passos largos o legislador se procurasse libertar a empresa de preceitos rígidos ou proposições contrárias à vida societária (...)”.

Não há contrassensos em seu texto. E o volume de ações judiciais envolvendo sócios e sociedades por quotas de responsabilidade limitada não é, visivelmente, intenso, a justificar modificações que enrijeçam a sua prática e a operacionalidade. A eventual constatação de discrepância numérica quando do cotejo de ações judiciais envolvendo sociedades por quotas de responsabilidade limitada e demais tipos societários se explica facilmente em relação aos *tipos menores* por seu reduzido uso e em relação à sociedade anônima, além de utilização bem menor, por sua conformação de sociedade de capital.

Por evidente, quanto mais simples os atos e formalidades, menores custos se somam ao desenvolvimento da atividade empresarial. Daí decorre nosso interesse em demonstrar o vigor da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

4.1- Breve Histórico

A criação da sociedade limita foi precedida de longa reflexão jurídica, para que se encontrasse o equilíbrio ideal entre as sociedades anônimas e as sociedades de pessoas. A iniciativa legislativa coube ao deputado alemão Oechelhaeuser, após a Revolução Industrial de 1870, como informa Nelson Abrão³⁵, remetendo a Jacques Hatt.

O legislador teve em mente uma espécie de sociedade individualista, que se aproximasse, na estrutura, da sociedade em nome coletivo, mas que dela se distinguisse pela redução da responsabilidade dos sócios à sua contribuição. A justificativa foi que as formas de sociedades de comércio em vigor, à época, não bastavam mais às necessidades econômicas: importava fazer penetrar o princípio da responsabilidade limitada, que se implantava com vigor irresistível na vida econômica, nas sociedades de base individualista, nas quais o capital e a inteligência – nas palavras

³³ “Sabemos que, bem a propósito, intencionalmente, Inglez de Souza despiu a lei portuguesa, que lhe servia de inspiração, de suas ‘excessivas minúcias’. O diploma legal, que disso resultou, é sintético, pois regula toda a matéria em dezoito artigos apenas. Na realidade, porém, o estilo lacônico da lei não resultou em grande prejuízo para as empresas que adotaram esse tipo como sua estrutura jurídica. Ao revés, deixou ao alvedrio dos sócios a regulamentação como bem desejassem, dentro, evidentemente, dos princípios gerais que regem as sociedades comerciais em nosso direito, a vida da sociedade, através das normas contratuais. Permite-se, assim, à livre criatividade dos empresários e dos juristas a estruturação da vida social através da liberdade de contrato.” REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 480-481, v. 1.

³⁴ ABRÃO, Nelson, *op. cit.*, p. 19.

³⁵ ABRÃO, Nelson, *op. cit.*, p. 1.

do deputado - “entram em contato direto; a capital igual e a força humana igual, as sociedades individualistas produzem, sem contradita, valores superiores àqueles das sociedades coletivas.”³⁶

Há certa polêmica na doutrina quanto à origem desse tipo societário, havendo autores que a ligam ao direito anglossaxônico³⁷. Mas, a maioria da doutrina atual assenta a sua origem no tipo criado na Alemanha, tendo em vista que a *private partnership* equivalia à sociedade em nome coletivo, a *limited partnership* à sociedade em comandita e a *private company* nasceu da sociedade anônima³⁸, sendo dela uma variação, que permitiu a criação da modalidade da *exempt private company*, de estrutura familiar e reduzida, desobrigada de publicar balanços. O traço mais evidente de similaridade entre a *private company* e a sociedade limitada constava dos *articles of association*, prevendo cláusulas estatutárias que restringiam a transferência das ações e a sua subscrição pública³⁹. “O que se pode admitir apenas é que a *private company* guarda certa analogia com a sociedade limitada, não quanto ao aspecto essencial da maior atuação pessoal em relação à anônima, mas pelo fato de não apresentar certa abertura em face do número de sócios e do processo de subscrição das ações.”⁴⁰

Parece-nos, assim, que a citada modalidade de *company* mais se aproxima da sociedade anônima de capital fechado do que da limitada, propriamente dita. No entanto, como tudo o mais, esse tipo societário é fruto de evolução social e a proposta alemã pode ter sofrido alguma influência do direito inglês. O projeto do Deputado Oechelhaeuser foi convertido em lei em 1892 e foi sendo, sucessivamente, aperfeiçoado, através de modificações legislativas. “De modo geral, porém, pode afirmar-se que a criação alemã de sociedade limitada propiciou ao mundo nova técnica jurídica para o desenvolvimento econômico”⁴¹, refletindo-se em vários outros países, como, p.e.: Portugal, 1901; Áustria, 1906; Brasil, 1919 e França, 1925. A Itália a adotou em 1942, com seu novo Código Civil e na Espanha ela foi introduzida em 1953.

No Brasil, a novidade, rejeitada pelo Imperador, em 1867, foi incluída no projeto do Código Comercial elaborado por Herculano Marcos Inglez de Souza, em 1912, que não prosperou. Em 1918, o Deputado Joaquim Luiz Osório, inspirado em Inglez de Souza, apresentou o projeto de lei para a criação do tipo societário, que se converteu no decreto-lei nº 3.708, em 10 de janeiro de 1919.

4.2- Conceito

A sociedade por quotas de responsabilidade limitada é aquela formada por duas ou mais pessoas, cuja responsabilidade se restringe à integralização do capital.

Conforme já se disse, a sociedade por quotas passou a ser o tipo mais adotado no Brasil, pois é de simples formação, a responsabilidade fica restrita ao total do capital social, a operacionalização é menos custosa e dá maior liberdade aos contratantes, inclusive quanto à adoção do nome

³⁶ HATT, Jacques. *La Société à Responsabilité Limite en Droit Allemand*. Paris: s.e., 1908, p. 6 *apud idem, ibidem*, p. 4.

³⁷ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, s.d., p. 8, v. 1.

³⁸ *Idem, ibidem*.

³⁹ ANGELICI, Carlo. *I Grandi Problemi Della Società per Azioni Nelle Legislazioni Vigenti*. Padova: s.e., 1955, p. 1.531, v. 5, t. 2 *apud* ABRÃO, Nelson, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰ ABRÃO, Nelson, *op. cit.*, p. 3.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 6.

empresarial - firma social ou denominação, desde que seguidas da expressão *limitada*, por extenso ou abreviada, sob pena de se tornar a responsabilidade dos sócios ilimitada.

A nomenclatura adotada pelo decreto-lei nº 3.708/19, se nos afigura mais apropriada do que o simplismo *sociedade limitada*, conforme comentaremos adiante.

As sociedades por quotas de responsabilidade limitada têm papel relevante em nosso contexto econômico, como já atestado pelas estatísticas citadas, o que se deve às vantagens que cumula. No dizer de Geraldo Augusto de Almeida:

“Sendo, por exemplo, as sociedades por ações estruturas complexas que exigem amplos e custosos quadros funcionais, a disciplina normativa das (...) limitadas passou a ter uma importância cada vez mais acentuada. De início, as sociedades por quotas eram relativas a pequenas empresas e ainda exercem essa função, mas, hoje em dia, esse tipo de sociedade abrange um número imenso de agremiações, até chegarmos às *holdings* ou controladoras de grandes estruturas empresariais. E vemos até sociedades anônimas que se entrelaçam para formar complexos econômicos sujeitos a uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada.”⁴²

A sociedade limitada é uma sociedade contratual, híbrida quanto a sua estrutura econômica e de regime de responsabilidade limitada para todos os sócios.

4.3- Generalidades

Segue-se uma visão panorâmica da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, de caráter meramente expositivo.

O decreto-lei nº 3.708 de 10 de janeiro de 1919, introduziu o tipo da sociedade por quotas de responsabilidade limitada no Brasil, somando-o aos tipos previstos nos artigos 295, 311, 315 e 317 do Código Comercial⁴³.

O conteúdo e a forma dos contratos da sociedade por quotas deviam se adequar ao estipulado nos artigos 300 e 301 do Código Comercial, por expressa remissão do decreto-lei. A menção ao fato de ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social é obrigatória no contrato, como peculiaridade desse tipo.

⁴² ALMEIDA, Geraldo Augusto de. Aspectos do Novo Código Civil. Encontros. Escola Judicial. São Lourenço. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Geraldo_Augusto_de_Almeida/Aspectos.pdf. p. 1. Acesso em: 23out.2008.

⁴³ Os artigos 295 a 299 se referiam às antigas *companhias de comércio ou sociedades anônimas*; o artigo 311 se referia à *sociedade em comandita*; o artigo 315 trazia as *sociedades em nome coletivo ou com firma* e o artigo 317 se referia às *sociedades de capital e indústria*.

O decreto lhes facultou a adoção de firma ou denominação social. A firma, quando não individualize todos os sócios, deve conter o nome ou firma de um deles, devendo a denominação, quanto possível, dar a conhecer o objetivo da sociedade, devendo, em ambos os casos, o nome empresarial conter a palavra *limitada*. Em caso de omissão dessa declaração, os sócios gerentes e aqueles que fizerem uso da firma social serão tidos como solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais.

Não se permite sócios de indústria nesse tipo societário, ou seja, não se admite que a contribuição do sócio se constitua em serviços.

As quotas que um sócio venha a adquirir posteriormente à constituição da sociedade serão distintas das originalmente adquiridas.

Em caso de quotas possuídas em condomínio, os co-proprietários devem exercer em comum seus direitos em face da sociedade, designando entre si um representante para tal fim. Se, no entanto, não existir essa designação, os atos praticados pela sociedade em relação a quaisquer co-proprietários produzem efeitos contra todos, inclusive quanto aos herdeiros dos sócios. Os co-proprietários da quota indivisa respondem solidariamente pelas prestações que faltarem para completar o pagamento da mesma.

Na sociedade por quotas, faculta-se aos sócios a exclusão de sócio remisso. Isso se dará com a tomada das quotas pelos demais sócios ou sua cessão a terceiros, que passam a integrar a sociedade. De todo modo, é devido o pagamento ao proprietário primitivo das entradas por ele realizadas, deduzindo-se os juros da mora e outras prestações estabelecidas no contrato e eventuais despesas.

O decreto-lei permite que a sociedade adquira suas próprias quotas liberadas, desde que essa operação se faça com fundos disponíveis e sem ofensa do capital estipulado no contrato. A aquisição deve ser feita por meio de acordo dos sócios. Também é admissível na hipótese de exclusão de algum sócio remisso, quando se deverá manter intacto o capital social.

A limitação da responsabilidade dos sócios ao montante do capital social, bem se entende em caso de decretação da falência da sociedade. Nessa circunstância, apurando o administrador judicial da falência que o capital não chegou a ser completamente integralizado, *todos os sócios* respondem solidariamente pela parte que faltar. Se, no entanto, todo o capital foi integralizado, via de regra, não remanesce responsabilidade aos sócios.

Todavia, o recebimento de valores, dividendos ou quaisquer quantias pelos sócios, ainda que autorizados pelo contrato, feito com prejuízo ao capital social obriga a sua devolução.

A principal característica desse tipo é, justamente, a limitação da responsabilidade dos sócios. Tanto assim que os gerentes ou os que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Também enseja responsabilidade ilimitada – para aqueles que tenham votado favoravelmente - a deliberação de sócios que infringir o contrato ou a lei.

A nulidade do contrato social não exonera os sócios do pagamento de suas contribuições para o capital social, na parte em que tais prestações forem necessárias para cumprimento de obrigações contraídas.

O uso indevido da firma é ato de alta gravidade. Nesse casos, o decreto-lei expressamente faz menção ao cabimento de ação de perdas e danos, *sem prejuízo da responsabilidade criminal*, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou que dela abusar.

O uso da firma cabe aos sócios gerentes, nomeados no contrato social. Em caso de omissão contratual, todos os sócios dela poderão usar.

É lícito aos gerentes delegar o uso da firma somente quando o contrato não contiver cláusula que se oponha a essa delegação. Tal delegação, contra disposição do contrato, dá ao sócio que a fizer pessoalmente a responsabilidade das obrigações contraídas pelo substituto, sem que possa reclamar da sociedade mais do que a sua parte das vantagens auferidas do negócio.

Os sócios gerentes podem ser dispensados de prestar caução pelo contrato social, o que normalmente ocorre, na prática.

Fiel ao princípio da aparência, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada responderão pelos compromissos assumidos pelos gerentes, ainda que sem o uso da firma social, se as obrigações tiverem sido contraídas em seu nome ou proveito, nos limites dos poderes da gerência.

Aos sócios que divergirem de alteração do contrato social assiste a faculdade de retirada da sociedade, mediante o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado, do que devem ser deduzidas as prestações correspondentes às quotas respectivas, no que for necessário ao pagamento de obrigações contraídas, até a data do registro definitivo da modificação do contrato social.

Ao regime das sociedades por quotas de responsabilidade limitada devem-se aplicar, subsidiariamente, as disposições da lei das sociedades anônimas, no que for compatível.

5- A SOCIEDADE LIMITADA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2002 vem regulando a *sociedade limitada* nos artigos 1.052 a 1.087, com algumas impropriedades, no entendimento de estudiosos⁴⁴, tendo em vista que cria formalismo excessivo e custos desnecessários e que seu texto final foi aprovado desconsiderando recomendações de especialistas⁴⁵, tais como: adoção do *nomen juris* sociedade de responsabilidade limitada; realização mínima imediata de dez por cento do capital inicial da sociedade; permissão de sociedade entre cônjuges; não aplicação das normas da sociedade simples como fonte subsidiária; permissão da unipessoalidade superveniente por um ano e valor uniforme das quotas, entre outras.

5.1- Necessidade da Nova Regulação

Primeiramente, é fundamental perscrutar da exposição de motivos do Código Civil Brasileiro de 2002⁴⁶ as razões para que o diploma em questão se ocupasse do tipo.

A matéria de direito societário nos trabalhos da comissão organizadora ficou a cargo de Sylvio Marcondes Machado, que buscou fazer uma “revisão dos *tipos tradicionais de sociedade*”, ou seja, procurou examinar cuidadosamente⁴⁷ o tema, para dar configuração mais técnica à sociedade empresária, em função das características que a atividade empresarial assume no mundo contemporâneo⁴⁸.

A resposta à indagação do motivo que determinou a inclusão de uma sociedade limitada no Código, que menciona uma disciplina mais elaborada para a *sociedade limitada*, mais detalhada, facultando a constituição de órgãos complementares de administração, se centra na justificativa da previsão desse tipo para “a constituição de *entidades de maior porte* do que as atualmente existentes”⁴⁹.

Há completo silêncio em relação ao decreto-lei nº 3.708/1919. Não há qualquer referência à eventual obsolescência ou imprestabilidade da sociedade por quotas que obrigaria a sua

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 480-481, v. 1; TOMAZETTE, Marlon. Das Sociedades Limitadas no Código Civil de 2002. In PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord). **Direito Empresarial à Luz do Novo Código Civil**. São Paulo: Secta, 2003, p. 14; ABRÃO, Nelson, *op. cit.*, p. 24-26.

⁴⁵ II Simpósio Sobre a Reforma da Legislação da Sociedade por Quotas. Porto Alegre, 21 a 23 de setembro de 1977.

⁴⁶ REALE, Miguel (Superv.). **Exposição de Motivos do Projeto do Código Civil**. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 5, t. 2, Brasília, 1989, p. 48.

⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1ª ed. 14ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d., p. 1.233.

⁴⁸ REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁹ *Idem, ibidem*.

substituição por inovadora regulação. Apenas existe a indicação já citada da aplicação do novo tipo aos empreendimentos de maior porte, que passam a desempenhar função cada vez mais relevante no setor empresarial, “sobretudo em virtude das transformações por que vêm passando as sociedades anônimas.”⁵⁰

De fácil percepção, portanto, que o fato de existir regulação de uma sociedade limitada no Código Civil não implica em automática e necessária invalidação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que bem continua a se prestar aos empreendimentos de menor porte.

Nessa esteira, a legislação civilista, ao disciplinar a sociedade limitada, buscou um meio termo entre a sociedade do decreto-lei nº 3.708/1919 e a sociedade anônima. A sociedade limitada do Código é indicada para aqueles investidores de maior porte que não queiram assumir o *peso* da constituição e manutenção de uma sociedade anônima. Chega a ser uma simplificação da sociedade de capital fechado.

Repita-se: em nenhum momento se encontra no Código Civil e em sua exposição de motivos a reprovação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

5.2- Generalidades

A intenção da lei civil de aplicar a sua sociedade limitada a iniciativas de maior porte, num tipo societário mais aproximado da sociedade anônima, fica bastante clara quando se olha para os dispositivos dedicados ao novo tipo societário⁵¹.

Com relação ao nome adotado para o tipo, tecnicamente, o termo deixa a desejar, posto que uma sociedade possa ser *limitada* em vários aspectos: *limitada* a determinados tipos de objeto social, *limitada* quanto ao número total dos sócios, *limitada* quanto à responsabilidade dos sócios, *limitada* quanto ao montante do capital social, *limitada* quanto ao número de filiais, etc..

Teria sido salutar a preocupação técnica na elaboração legislativa a menção, pelo menos, à responsabilidade, para que o nome correspondesse inequivocamente ao tipo, como é comum no direito estrangeiro⁵².

De modo geral, as modificações introduzidas na sociedade limitada pelo Código dificultam sua operacionalização, especificamente no sentido de exigir maior formalização nas deliberações sociais, o que representa, obviamente, maiores custos.

O código trata a sociedade limitada em oito seções: disposições preliminares, das quotas, da administração, do conselho fiscal, das deliberações dos sócios, do aumento e da redução do capital, da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários, da dissolução.

⁵⁰ “Nessa linha de idéia, foi revista a matéria, prevendo-se a constituição de entidades de maior porte do que as atualmente existentes, facultando-se-lhes a constituição de órgãos complementares de administração, como o Conselho Fiscal, com responsabilidades expressas, sendo fixados com mais amplitude os poderes da assembléia dos sócios.” *Idem, ibidem.*

⁵¹ Daí a crítica à aplicação subsidiária das normas da sociedade simples de modo automático à sociedade limitada faz todo sentido. Cf. TOMAZETTE, Marlon, *op. cit.*, p. 14, como transcreveremos adiante.

⁵² ABRÃO, Nelson, *op. cit.*, p. 1.

Aproveitam-se da sociedade por quotas de responsabilidade limitada os pontos relativos ao montante da limitação e solidariedade entre os sócios pela integralização do capital social; a proibição de sócios de indústria; a adoção de firma ou denominação como nome empresarial; a indivisibilidade de quotas em relação à sociedade; a exclusão do sócio remisso; a responsabilização do administrador que excede poderes; a responsabilização dos sócios por deliberações *contra legem* ou com infração ao contrato.

A seguir, listam-se as principais disposições atinentes ao tipo societário em comento.

As disposições preliminares indicam o limite da responsabilidade dos sócios e sua solidariedade e a legislação de aplicação supletiva, além de se referir ao conteúdo do contrato social.

O capital será fracionado em quotas de valor igual ou desigual e poderá ser integralizado em bens, criando-se solidariedade entre os sócios pela estimativa de valor dos mesmos.

A cessão de quotas para sócio é livre, se de outro modo não dispuser o contrato; mas, para terceiros exige a aprovação de três quartos do capital social. Os efeitos da cessão dependem de averbação no Registro Público de Empresas, nos termos do artigo 1.003.

A não integralização de quota dá aos demais sócios a faculdade de exclusão do sócio remisso, com pagamento de haveres, cuja participação poderá ser absorvida pelos demais membros ou transferida a terceiro.

A distribuição de lucros ou a retirada de quantias pelos sócios com prejuízo do capital obriga à devolução.

A designação da administração pode recair sobre sócios e não sócios e pode ser feita no contrato social ou em instrumento apartado, que deverá ser averbado ao registro da sociedade na Junta Comercial. Os poderes conferidos a todos os sócios no contrato não se estendem àqueles que venham a integrar a sociedade posteriormente. Essa atribuição deverá ser expressa na alteração contratual. Há peculiaridades a serem observadas na nomeação de não sócio como administrador e na nomeação em instrumento separado.

A destituição do administrador pode se dar em decorrência do prazo estabelecido na nomeação ou por deliberação de sócios, o que exigirá quórum especial se se tratar de sócio administrador. A cessação do exercício do cargo deve ser averbada no Registro Público. A renúncia do administrador produz efeitos contra a sociedade a partir da comunicação escrita e contra terceiros, a partir da averbação.

Como em qualquer sociedade, o uso da firma ou denominação é privativo daqueles que detenham os poderes de administração.

Após encerrado o exercício anual, o administrador deve levantar os balanços e inventário da sociedade, para que a prestação de contas se faça em assembleia ordinária.

É prevista a faculdade dos sócios de instituírem, no contrato, um conselho fiscal a ser integrado por eles, bem como por terceiros estranhos à sociedade. A lei estabelece o número mínimo de três membros para tal órgão e os impedimentos para o cargo; prevê a representação especial de minoritários; remete a questão da remuneração à assembleia geral; elenca as atribuições; equipara a responsabilidade de seus membros à dos administradores e permite a eventual assistência de um perito contador.

Quanto à deliberação dos sócios, o Código enumera a matéria atinente, sem prejuízo do estabelecido no contrato social ou na lei, bem como quórum necessário à aprovação. Também se ocupa o Código de estabelecer os modos de deliberação e seus necessários detalhamentos: assembleia geral, reunião de sócios ou por escrito. O sócio dissidente terá direito de retirada, em trinta dias, nos casos de modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra. As deliberações que infrinjam a lei ou o contrato acarretam responsabilidade ilimitada para os que as aprovaram.

A lei se ocupa também do aumento ou diminuição do capital social. A elevação ou redução será possível desde que integralizado todo o capital constante do contrato e obriga à sua modificação. No aumento, a preferência será dos sócios, na proporção de suas participações. A redução se dará em caso de perdas irreparáveis ou excesso de capital e a ela poderá se opor o credor quirografário.

Quando um ou mais sócios minoritários estiverem pondo em risco a continuidade da empresa, por atos de inegável gravidade, os demais sócios, em maioria, poderão deliberar pela sua exclusão em assembleia especialmente convocada, dando-se ciência aos acusados, em tempo hábil para comparecimento e defesa. A exclusão se dará mediante alteração do contrato social e obrigará ao pagamento de haveres.

Por derradeiro, a lei enumera as causas de dissolução da sociedade limitada, remetendo aos motivos de dissolução da sociedade simples.

6- REGULAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA NO BRASIL ATUAL

De acordo com o que foi mencionado, a sociedade limitada encontra-se regulada nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil. Supletivamente, em caso de omissão legal, o artigo 1.053 prevê a adoção facultativa das normas aplicáveis às sociedades simples ou às sociedades anônimas, o que fica a cargo dos sócios determinar em seu contrato social.

Desse modo, se o contrato social nada mencionar, as regras de aplicação complementar serão as aplicáveis às sociedades simples. Podem, também, os sócios, é claro, consignar no contrato social a expressa menção à aplicação subsidiária das normas da sociedade simples à sua sociedade limitada. Com tal abertura, o legislador acabou por criar dois subtipos societários para a limitada, o que não contribui para a harmonização do regime do tipo societário; ao contrário, como segue nas cuidadosas observações de Marlon Tomazette⁵³:

“Em primeiro lugar, o ideal seria que a sociedade limitada possuísse toda uma regulamentação própria, não necessitando do socorro de nenhuma legislação supletiva. Em segundo lugar, as normas sobre as sociedades simples nem sempre se adequam à velocidade das relações empresariais da atualidade, na medida em que não foram feitas para disciplinar as sociedades empresárias. Ora, as sociedades simples não se destinam ao exercício de atividade empresarial, ao contrário das sociedades limitadas que exercem basicamente tal tipo de atividade. Assim sendo, é um contra-senso buscar nas sociedades simples soluções, para as sociedades limitadas. Melhor seria a inexistência de remissões ou ainda a remissão simplesmente à lei de sociedades anônimas, que melhor se coaduna com a natureza das atividades desenvolvidas na limitada.

Além disso, a dualidade de regimes legislativos da sociedade limitada é extremamente perigosa, pois pode gerar uma grande insegurança, sobretudo no que diz respeito às relações da sociedade com terceiros, matéria esta que não está sujeita a disciplina pelos sócios, nem é disciplinada especificamente em relação às limitadas, e possui tratamento diverso nas sociedades anônimas e nas sociedades simples.”

Fábio Ulhoa Coelho propõe diferenciar os tipos de sociedade limitada pelas designações de *sociedade de vínculo instável* e *sociedade de vínculo estável*⁵⁴.

É que no entendimento do autor citado se a legislação supletiva for a da sociedade simples, é possível que o sócio se utilize da faculdade de retirada imotivada, trazida no artigo 1.029 do Código Civil, daí a instabilidade do vínculo societário, que pode ser rompido a qualquer tempo por qualquer dos sócios, extrajudicialmente ou na justiça, se a sociedade for constituída a prazo certo. De modo diverso, se a legislação supletiva for a aplicável às sociedades anônimas, o sócio não tem a faculdade de se retirar da sociedade a não ser em caso de justo motivo, os quais vêm discriminados no artigo 1.077 do Código Civil (alteração contratual, fusão, incorporação), posto que a lei escolhida para a regência supletiva não prevê exercício de direito de retirada imotivada, daí ser esse vínculo societário mais estável⁵⁵.

⁵³ TOMAZETTE, Marlon, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 376, v. 2.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 376-377.

Essa visão é bastante pragmática e útil e há que se reconhecer certa complexidade doutrinária à questão.

Lembre-se que, devido às peculiaridades no uso da sociedade limitada, na grande maioria das vezes, tem contorno de sociedade de pessoas, com impedimentos para a livre cessão de quotas – o que não ocorre com a anônima, por sua própria natureza. Ninguém é obrigado a manter a relação societária contra a sua vontade (art. 5º, II, CR), em caráter perene. Sendo a sociedade contratada por prazo indeterminado, em se dando o rompimento da *affectio societatis*, ou seja, se a parte não mais alimentar a intenção de participar da sociedade, a lei não pode lhe frustrar a retirada. Ou obrigar a continuação da sociedade com herdeiros do sócio falecido. Ou, mais ainda, obrigar os herdeiros a tomarem parte em sociedade antes composta pelo autor da herança, sem que isso seja da vontade daqueles.

A vedação do direito de retirada imotivada na sociedade anônima está diretamente ligada à natureza capitalista desse tipo societário. Não é que não se permita ao acionista o exercício do direito de retirada; é que isso se dá de maneira muito simples na prática, ou seja, através da livre alienação das ações, o que não acontece nas limitadas, quando há entraves para a livre cessão de quotas.

Relembrando um pouco da polêmica da aplicação subsidiária da lei nº 6.404/76 às sociedades reguladas pelo decreto-lei nº 3.708/1919, é preciso lembrar que a aplicação supletiva da legislação deve se dar na medida da compatibilidade entre os tipos societários. Como assentou Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto⁵⁶: “Para a aplicação de algum dispositivo da Lei da Sociedade Anônima à sociedade por quota de responsabilidade limitada, urge, inicialmente, examinar se a norma não choca com os princípios da sociedade *intuitu personae* (...).”

Rubens Requião também entendia que a aplicação integral da lei das sociedades anônimas às sociedades limitadas “significaria igualar a sociedade limitada à anônima, o que não condiz com o nosso sistema legal.”⁵⁷

Desse modo, ainda que o texto do parágrafo único do artigo 1.053 do Código Civil não tenha feito a ressalva da compatibilidade para a aplicação supletiva da lei nº 6.404/76 à sociedade limitada, é razoável que se entenda que tal comando se restrinja ao que seja harmonizável com a natureza contratual da sociedade limitada. A supletividade deve guardar coerência com a natureza da sociedade e, não, afrontá-la.

Então, utilizando exemplo usado pelo mesmo Fábio Ulhoa Coelho⁵⁸, ainda que o contrato social de uma sociedade limitada remeta à lei das sociedades anônimas, aquela, por certo, não poderá emitir debêntures ou outros títulos de emissão das anônimas, porque não está de acordo com sua natureza.

Isso porque há previsões na lei das sociedades anônimas que se mostram incompatíveis com a natureza mesma da sociedade limitada. Nelson Abrão⁵⁹ se ocupou de listá-las: quotas sem valor nominal, quotas endossáveis, custódia de quotas, certificados de depósito de quotas, a emissão de títulos privativos das S.A., a modalidade de economia mista, as regras sobre a alienação ou aquisição de controle, subscrição pública, restrição ao direito de voto, materialização da quota em título de crédito, não alteração do ato constitutivo em caso de oscilação do quadro societário, a proibição de aquisição de seu próprio capital, o organograma administrativo, a estimação do valor

⁵⁶ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha, *op. cit.*, p. 57, v. 1.

⁵⁷ REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 483, v. 1.

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 368, v. 2.

⁵⁹ ABRÃO, Nelson, *op. cit.*, p. 25.

dos bens usados para integralização feita por peritos, obrigatoriedade da publicação de demonstrações financeiras.

Na prática, no entanto, em geral, o contrato social sempre cuida de regular as questões relativas ao direito de retirada, à cessão de quotas e à continuação da sociedade com herdeiros do sócio morto. Então, o comum é que se encontrem no contrato social das sociedades limitadas cláusulas regulando tais questões e, ao mesmo tempo, adotando a lei 6.404/76, como regulação supletiva.

Daí entendermos que a eleição da lei das sociedades anônimas como subsídio à regulação das limitadas não implica, necessariamente, na obrigatória constância de seu quadro de sócios ou na estabilidade do vínculo societário. Todavia, conforme adiantou o doutrinador, na ausência de previsão contratual, o sócio será obrigado a recorrer ao Poder Judiciário, para invocar a dissolução parcial da sociedade e implementar sua retirada. Ou seja, embora não seja possível obrigar o sócio a continuar na sociedade, criam-se dificuldades que podem representar maior estabilidade ao vínculo.

De qualquer forma, a opção pela legislação supletiva terá implicações diversas na vida societária, tais como as relacionadas abaixo:

SITUAÇÃO	LEGISLAÇÃO SUBSIDIÁRIA: SOCIEDADE SIMPLES	LEGISLAÇÃO SUBSIDIÁRIA: SOCIEDADE ANÔNIMA
Desempate de deliberações de sócios	Aplica-se o § 2º do art. 1.010 – prevalece a decisão tomada pelo maior número de sócios; persistindo o empate, a decisão será acometida ao Poder Judiciário.	Aplica-se o § 2º do art. 129 da lei 6.404/76 – a solução fica remetida ao que disser o estatuto; sendo silente, deve-se convocar nova assembléia com intervalo de dois meses; persistindo o empate, a deliberação será delegada a um terceiro ou ao Poder Judiciário.
Dívidas particulares de sócio	Aplica-se o art. 1.026, que prevê, que na ausência de outros bens livres, o credor poder penhorar a parte dos lucros tocante ao sócio-devedor ou requerer a liquidação de sua quota em favor do credor.	O credor pode apontar as quotas à penhora, livremente, aplicando-se os arts. 591 e 655, VI, segunda parte, do CPC.
Direito de retirada	Aplica-se o art. 1.029, que permite a retirada imotivada na sociedade por prazo indeterminado, mediante notificação dos demais sócios, com prazo de sessenta dias.	O direito de retirada nas sociedades anônimas se opera pela simples alienação das ações. Em caso de sócio vencido em deliberação que verse sobre os incisos I a VI e IX do art. 136 e cuja ação não encontre liquidez e dispersão no mercado, é devido o reembolso, nos termos dos art. 45 e 137 da lei 6.404/76. Se houver cláusula restritiva no contrato à livre cessão das quotas e caso haja óbice de um quarto do capital à sua alienação a terceiros, equipara-se à situação do reembolso pela sociedade. Exerce-se o direito de retirada nos termos

		do artigo 1.077. Pode ser necessário recorrer ao Poder Judiciário.
Exclusão de sócio (além da hipótese do art. 1.085)	Aplica-se o art. 1.030, que prevê a possibilidade da exclusão de sócio, via judicial, por iniciativa da maioria, por falta grave no cumprimento das obrigações e incapacidade superveniente; também poderá ser excluído, de pleno direito, o sócio que tiver sua falência decretada ou tenha tido sua quota liquidada por credor, bem como o sócio remisso, por deliberação da maioria dos demais sócios.	A exclusão de sócio é prevista apenas nos termos do inciso II do art. 107 – mesmo assim, não com esse nome –, quando for constatada a mora do acionista na integralização de suas ações, através da ordem de venda das mesmas em bolsa de valores por conta e risco do acionista.
Aquisição de quotas pela sociedade	Não é possível a aquisição de quotas pela própria sociedade, vez que o Código Civil silenciou sobre a questão.	Nos termos das exceções previstas nos incisos do art. 30 da lei 6.404/76, é possível que a sociedade adquira suas próprias participações societárias, desde que com o resultado de lucros ou reservas.
Esgotamento do prazo de duração da sociedade	Aplica-se o inciso I do art. 1.033, que prevê a continuação automática, se não houver oposição de sócio ou não for iniciada a liquidação.	Aplica-se o inciso I, letra a, do art. 206 da lei 6.404/76, que prevê a dissolução de pleno direito nessa situação, devendo a sociedade entrar em liquidação.
Unipessoalidade	Aplica-se o inciso IV do art. 1.033 e a sociedade tem 180 dias para a recomposição da pluripessoalidade.	Aplica-se o art. da lei 6.404/76 e a sociedade tem até a realização da assembléia ordinária do ano seguinte para reconduzir à pluripessoalidade.
Dissolução por consenso de sócios	Aplicam-se os incisos II e III do art. 1.033 e exige-se a unanimidade ou maioria absoluta.	Aplica-se o inciso I, letra c, do art. 206 c.c. o inciso X do art. 136, da lei 6.404/76, sendo necessária a aprovação de maioria das ações com direito a voto.
Previsão de causas de dissolução no ato constitutivo	O Código Civil silencia, remetendo ao artigo 1.044.	A lei 6.404/76 admite a previsão estatutária de tais situações.
Procedimento de liquidação	Segue os artigos 1.102 a 1.112 do Código Civil.	Segue os artigos 208 a 219 da lei 6.404/76.

Todavia, a rigor, na atualidade, como vimos sustentando, em harmonia com o teor do artigo 2.045 do Código Civil⁶⁰, temos, hoje, na verdade, *três regimes distintos* para a sociedade *limitada* no

⁶⁰ Código Civil, art. 2.045 – Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

Brasil: os dois acima citados, dependo da legislação de aplicação supletiva e a do decreto-lei 3.708/1919.

Essa a proposta da presente tese.

Admitindo-se a hipótese defendida, recapitulando, há três regimes da sociedade limitada no Brasil, atualmente. O da sociedade limitada regida pelo Livro II, Título II, Subtítulo II, Capítulo IV, do Código Civil e, supletivamente, pelo Capítulo I do mesmo Subtítulo (sociedade simples); o da sociedade limitada regida pelo mesmo Capítulo IV, do Subtítulo II, do Título II do Livro II do Código Civil, mas supletivamente regido pela lei 6.404/76 (sociedade anônima) e a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, regida pelo decreto-lei nº 3.708/1919.

7- INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DE REVOGAÇÃO DO ARTIGO 2.045 DO CÓDIGO CIVIL

No artigo 2.045 do Código Civil, que data de 2002, o legislador, para obedecer ao comando da Lei Complementar nº 95, fez expressa menção à revogação do Código Civil anterior, lei nº 3.071/1916, e da Parte Primeira do Código Comercial, lei nº 556/1850. Contudo, silenciou a respeito da revogação do decreto-lei nº 3.708/1919, o que leva ao entendimento de que ele está vigente e, portanto, convivendo com os outros dois regimes da sociedade limitada, como citado.

À primeira vista, pode parecer uma afirmação esdrúxula ou uma excrescência jurídica, tendo em vista que o Código Civil, além de sua magnitude, é lei posterior que, por haver tratado de sociedades empresárias, teria revogado a anterior.

Todavia, não é despropositado sustentar em sentido contrário. E é a própria legislação que nos leva a concluir nesse sentido, bem como a motivação do Código para a nova sociedade limitada. Vejamos.

7.1- A Lei Complementar nº 95/1998

A pouco conhecida Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998, com alterações determinadas pela Lei Complementar nº 107 de 26 de abril de 2001, dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição da República, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona⁶¹.

A partir de sua entrada em vigor, o que se deu em 28 de maio de 1998, com alterações que passaram a vigor em 27 de abril de 2001, todas as iniciativas legislativas no país a ela devem se submeter. Não se trata de mera indicação legal: seu conteúdo tem caráter regulamentador, de acordo com seu artigo 1º, que textualmente prescreve que “a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis *obedecerão* ao disposto [naquela] Lei Complementar.”

Muito bem.

O inciso III do seu artigo 3º⁶², menciona que a parte final de toda lei *deverá* ser destinada a conter, entre outras disposições, a *cláusula de revogação*, quando couber.

⁶¹ O decreto 4.176 de 28 de março de 2002, em igual sentido, estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.

⁶² “Art. 3º - A lei será estruturada em três partes básicas: (...) III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.”

Em seu artigo 9º a lei traz o comando que nos interessa diretamente nesta reflexão: “A cláusula de revogação *deverá enumerar, expressamente*, as leis ou disposições legais revogadas.”

Perceba-se que, mesmo quando da consolidação de leis, na qual se integrem todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, as leis incorporadas à consolidação devem *ser revogadas formalmente*, ainda que sua matéria e, até, redação se mantenham no texto incorporado. Essa é a determinação expressa do parágrafo primeiro do artigo 13⁶³.

Ainda que se preserve o conteúdo normativo original dos dispositivos consolidados, é necessária *declaração expressa de revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores* (art. 13, § 2º, XI). E mais: As providências a que se referem os incisos IX, X e XI do § 2º do artigo em comento deverão ser expressa e fundamentadamente justificadas, com indicação precisa das fontes de informação que lhes serviram de base.

Isto posto, constatado que o artigo 2.045 do Código Civil não menciona expressamente o decreto-lei nº 3.708/1919, embora mencione a lei nº 3.071/1916 e a Parte Primeira da lei nº 556/1850, em consonância com a Lei Complementar nº 95, depara-se com a situação de vigência, portanto, do decreto-lei.

Note-se que não se trata de um dispositivo isolado e inserido de modo obscuro em alguma das milhares de manifestações legislativas do país, de difícil localização. Ao contrário: o decreto-lei nº 3.708/1919 é conhecidíssimo e estava sozinho a regular o tipo societário maciçamente utilizado no país. Por certo, o legislador não o desconhecia, do que decorre que se não foi revogado expressamente, de acordo com os comandos da Lei Complementar nº 95, está em vigor.

A isso se adicione o teor do artigo 2.037⁶⁴.

7.2- A Eventual Aplicação do Mecanismo da Revogação Tácita

Em razão do diploma complementar citado, destinado a regular a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, abre-se campo para sustentar que a revogação tácita perdeu sua força entre nós: a partir da Lei Complementar nº 95, apenas se admite a revogação expressa de lei ou dispositivo.

⁶³ “Art. 13. As leis federais serão reunidas em codificações e consolidações, integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Federal. § 1º A consolidação consistirá na integração de todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, revogando-se formalmente as leis incorporadas à consolidação, sem modificação do alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados. § 2º Preservando-se o conteúdo normativo original dos dispositivos consolidados, poderão ser feitas as seguintes alterações nos projetos de lei de consolidação: I – introdução de novas divisões do texto legal base; II – diferente colocação e numeração dos artigos consolidados; III – fusão de disposições repetitivas ou de valor normativo idêntico; IV – atualização da denominação de órgãos e entidades da administração pública; V – atualização de termos antiquados e modos de escrita ultrapassados; VI – atualização do valor de penas pecuniárias, com base em indexação padrão; VII – eliminação de ambigüidades decorrentes do mau uso do vernáculo; VIII – homogeneização terminológica do texto; IX – supressão de dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, observada, no que couber, a suspensão pelo Senado Federal de execução de dispositivos, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal; X – indicação de dispositivos não recepcionados pela Constituição Federal; XI – declaração expressa de revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores. § 3º As providências a que se referem os incisos IX, X e XI do § 2º deverão ser expressa e fundamentadamente justificadas, com indicação precisa das fontes de informação que lhes serviram de base.”

⁶⁴ “Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.”

No entanto, não é demais ensaiar sobre a hipótese da revogação tácita do decreto-lei nº 3.708/1919 em razão do advento do Código Civil. Ao contrário, esse exercício se mostra salutar à construção da presente tese.

A Lei de Introdução ao Código Civil, decreto-lei nº 4.657/1942, consagra o princípio da continuidade das leis⁶⁵, se não se tratar de lei temporária ou se não houver revogação.

A matéria vem tratada no artigo 2º da LICC, que estabelece, em seu parágrafo primeiro, os critérios de revogação: “a lei posterior revoga a anterior quando *expressamente o declare*, quando seja com ela *incompatível* ou quando *regule inteiramente a matéria* de que tratava a lei anterior.” Assim, a revogação se dá sempre por lei posterior, em três hipóteses distintas. A primeira trata da revogação expressa e não oferece, no mais das vezes, dificuldades ao intérprete. É o que fez o legislador, p.e., do Código Civil no artigo 2.045.

As duas hipóteses seguintes cuidam da revogação tácita, que ocorreria em caso da lei posterior ser incompatível com a lei anterior ou no caso de regular inteiramente a matéria da lei anterior.

São essas as hipóteses que agora nos importam, vez que, pelo primeiro critério, conclui-se pela vigência do decreto-lei nº 3.708/1919, já que não existe declaração de revogação.

Na percuciência de Caio Mário da Silva Pereira⁶⁶, a revogação tácita ou indireta é a mais delicada, pois sujeita a sutilezas. Recomenda o autor que, nesse caso, é preciso averiguar, “em face da nova manifestação da vontade da lei, se houve o propósito de abolir disposição legal anterior, ou se existe a intenção de conservá-las coexistentes”⁶⁷, remetendo a Roberto de Ruggiero, segundo o qual, é fundamental a investigação da vontade do legislador, como forma de se alcançar a vontade da lei⁶⁸.

A interpretação da norma é a busca de seu sentido e valor, que fica a cargo da doutrina e da jurisprudência – embora se fale da interpretação autêntica. Daí a importância de perquirir-se a vontade da lei, por meio da vontade do legislador, para se chegar aos motivos que determinaram o preceito, os fins a que ele tende e a ocasião em que se emanou.⁶⁹ “O motivo da norma (...) reside na necessidade humana que a norma protege e no fim que esta se propõe: motivo e fim que estão intimamente ligados e entre os quais deve haver, pois, uma correspondência harmônica.”⁷⁰

⁶⁵ “Pelo princípio da continuidade, a lei somente perde a eficácia em razão de uma força contrária à sua vigência (...).” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 108, v. 1.

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 111, v. 1.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 112, v. 1.

⁶⁸ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, *passim*, v. 1.

⁶⁹ *Idem, ibidem, passim*.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 188, v. 1.

Examinemos a hipótese da *incompatibilidade* entre lei anterior e lei posterior.

Não é logicamente aceitável sustentar disposições contraditórias acerca de um mesmo assunto, o que acarretaria incerteza. Não é admissível que o legislador, sufragando uma contradição material de seus próprios comandos, adote uma atitude insustentável. Quando o legislador tenha manifestado vontade contraditória, o melhor ensinamento está em que deva prevalecer a mais recente. Portanto, nem toda lei posterior derroga a anterior, senão quando uma incompatibilidade se erige dos seus dispositivos⁷¹.

“As disposições não podem coexistir, porque se contradizem, e, então, a incompatibilidade nascida dos preceitos que disciplinam diferentemente um mesmo assunto, impõe a revogação do mais antigo. Aqui é que o esforço exegético é exigido ao máximo, na pesquisa do objetivo a que o legislador visou, da intenção que o animou, da finalidade que teve em mira, para apurar se efetivamente as normas são incompatíveis, se o legislador contrariou os ditames da anterior, e, em consequência, se a lei nova não pode coexistir com a velha, pois, na falta de uma incompatibilidade entre ambas, viverão lado a lado, cada uma regulando o que especialmente lhe pertence.”⁷²

No caso enfocado, normas de mesma hierarquia, não há incompatibilidade entre o disposto no Código Civil e no decreto-lei.

Essa conclusão está fundamentada em dois fatos: primeiro, a vontade do Código Civil não foi revogar o decreto-lei e extirpar a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. A uma, porque não o fez expressamente quando *deveria* tê-lo feito no artigo 2.045, no capítulo destinado à regular a sociedade limitada ou no artigo 2.037. A duas, porque sua exposição de motivos deixa claro que a intenção da inserção desse tipo societário era voltar-se para os empreendimentos de maior porte, apresentando alternativa ao modelo *da sociedade anônima* – tanto que desta se aproxima -, silenciando por completo em relação à sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

O outro fato importante é a compatibilidade das legislações e dos tipos societários. A sociedade limitada se volta para empresas de maior porte; a sociedade por quotas de responsabilidade limitada melhor se ajusta às pequenas iniciativas empresariais. Ademais, o confronto dos dispositivos constantes de ambas as regulações mostra não haver incompatibilidade. Há dispositivos que se equivalem, mas que correspondem ao estabelecido na *teoria geral das sociedades*. Há dispositivos distintos, que são os diferenciadores da destinação dos tipos societários, ou seja, apresentando maior ou menor proximidade com a sociedade anônima. Mas *não se constata dispositivos impossíveis*.

Para facilitar a constatação, segue quadro demonstrativo:

SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA –	SOCIEDADE LIMITADA – CÓDIGO CIVIL, ARTIGOS 1.052 a 1.087
--	---

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 112, v. 1.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 113, v. 1.

DECRETO-LEI Nº 3.708/1919	
1- Regula a constituição da s.q.r.l	Dimensiona a responsabilidade dos sócios e a solidariedade pela integralização do capital social
2- Admite-a em paralelo às sociedades do Código Comercial	Silencia
3- Remete a constituição ao regime geral das sociedades de pessoas	Remete o conteúdo do contrato social ao estabelecido para a sociedade simples
4- Permite a adoção de firma ou denominação	Idem
5- Obriga o uso da expressão <i>limitada</i> no nome empresarial, sob pena de responsabilidade ilimitada para os administradores	Silencia (a questão vem regulada no artigo 1.158)
6- Não permite sócios de indústria	Idem
7- Distinção entre quota original e as que venham ser posteriormente adquiridas pelo sócio	Permite quotas de valor igual ou desigual e que um único sócio titularize diversas quotas
8- Silencia	Responsabilidade solidária dos sócios pelos valores atribuídos aos bens integralizados
9- Exercício comum de direitos aos titulares de quotas em condomínio	Idem
10- Silencia	Disciplina a cessão de quotas entre sócios e para terceiros
11- Direito de exclusão do sócio remisso e tomada de quotas pelos sócios ou transferência a terceiro, pagando os haveres do sócio expulso	Idem
12- Silencia	Permite a exclusão extrajudicial de sócio que esteja pondo em risco a continuidade da empresa, desde que haja previsão contratual e a deliberação se dê em assembleia especialmente convocada, garantindo-se o direito de defesa do acusado e seu reembolso
13- Permite a aquisição de quotas livres pela própria sociedade, desde que não afete o capital	Silencia
14- Responsabilidade solidária dos sócios pela não integralização de quotas em caso de falência da sociedade	Prevê responsabilidade solidária pela integralização

15- Devolução de quantias recebidas pelos sócios com prejuízo do capital	Idem
16- Silencia	Permite a nomeação do administrador em ato em separado e de administrador não sócio no contrato
17- Silencia	Trata da destituição de administradores e seus efeitos, bem como da renúncia, após averbação da alteração
18- Responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios gerentes em caso de excesso de poderes ou infração à lei	Silencia
19- Perdas e danos e responsabilidade criminal em caso de mau uso do nome empresarial	Silencia
20- Caução para gerentes é opcional	Silencia
21- Uso da firma privativo dos sócios gerentes	Idem
22- Gerentes podem delegar poderes	Silencia
23- Em caso de omissão contratual, todos os sócios têm poderes de gestão	Poderes de administração para todos os sócios devem estar expressos no contrato e não se estendem aos ingressantes automaticamente
24- Silencia	Determina a elaboração de inventário e balanços a cada exercício
25- Silencia	Institui conselho fiscal como órgão facultativo e o disciplina
26- Silencia	Elenca matéria dependente de deliberação dos sócios e estabelece os quóruns de aprovação
27- Silencia	Determina a realização de assembleias de sócios em sociedades com mais de dez membros e reunião nos demais casos para a deliberação societária, disciplinando aspectos decorrentes
28- Silencia	Prevê arquivamento de atas de deliberações no Registro Público de Empresas Mercantis
29- Sociedade responde por obrigações contraídas em seu nome ou proveito, ainda por quem não detenha poder	Silencia
30- Direito de retirada a sócio dissidente em relação a alteração	Direito de retirada a sócio dissidente em relação a alteração contratual, fusão ou

contratual	incorporação envolvendo a sociedade
31- Responsabilidade ilimitada por deliberações contra o contrato ou a lei	Idem
32- Silencia	Trata de hipóteses de aumento e redução de capital
33- Não exoneração dos sócios em caso de nulidade do contrato social em face de obrigações assumidas pela sociedade	Silencia
34- Aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas	Aplica a legislação da sociedade simples, mas admite que sócios deliberem pela da sociedade anônima
35- Silencia	Enumera os motivos de dissolução da sociedade, remetendo à sociedade simples

Do cotejo dos dispositivos de ambas as regulações, não só se evidencia a coexistência dos tipos societários em razão da compatibilidade, como também é perceptível a não ocorrência da última figura do parágrafo primeiro do artigo 2º da LICC: matéria inteiramente regulada pela lei nova.

O que se constata, na verdade, é a *diversidade de regulação*, embora ambas tratem de regular tipo societário que prevê limitação da responsabilidade dos sócios, cada qual tem sua peculiaridade. A matéria societária não foi esgotada no Código. E nem mesmo o assunto sociedade limitada.

O caso se subsume inteiramente ao que estabelece o parágrafo segundo do mesmo artigo da LICC: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

É justamente esse o caso do decreto-lei nº 3.708/1919 e dos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil.

Essa certeza se reforça no contido no artigo 2.037 do Código, já mencionado: “salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias *as disposições de lei não revogadas por este Código*, referentes a comerciantes, ou a *sociedades comerciais*, bem como a atividades mercantis.” E *não há disposição em contrário* no caso, ou seja, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada soma-se aos tipos societários enumerados no Código Civil e na legislação em vigor.

Atente-se para o fato de que já no decreto-lei nº 3.708/1919 a sociedade por quotas de responsabilidade limitada foi considerada em paralelo aos tipos societários do Código Comercial⁷³. Por isso, também não se lhe aplica a regra da revogação tácita por dependência. O decreto-lei não decorreu do Código: é legislação autônoma.

⁷³ Decreto-Lei nº 3.708/1919, art. 1º - *Além das sociedades* a que se referem os art. 295, 311, 315 e 317 do Código Comercial, poderão constituir-se sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Relembre-se que toda norma existe para atender a uma necessidade humana e tem uma finalidade. A disciplina da sociedade limitada não atende necessidade humana coincidente à atendida pela sociedade por quotas, tendo cada qual a sua finalidade.

Demais disto, com o disciplinamento da sociedade limitada no Código não é feito de maneira abrangente e completa, não só em virtude da previsão de supletividade de regulação – o que seria desnecessário, já que se trata de um diploma novo e geral, que, se fosse sua intenção, poderia regular o assunto de modo completo – como também pelas expressas remissões que faz a artigos de outro Capítulo do Título ⁷⁴, além de silenciar sobre diversos aspectos do decreto-lei nº 3.708/1919, como exposto.

Assim, coexistem as sociedades limitadas – de vínculo instável e vínculo estável – e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

As peculiaridades dessa última em relação à sociedade do Código se encontram, basicamente, nos seguintes aspectos: ausência de regulação da cessão de quotas; possibilidade de aquisição de quotas pela própria sociedade; responsabilidade solidária dos gerentes em caso de excessos ou infrações à lei e imputação de perdas e danos e responsabilidade criminal em caso de mau uso no nome empresarial; nomeação do gerente no contrato social; possibilidade de exigência de caução aos gerentes; a extensão dos poderes de gestão aos sócios ingressantes, quando a administração é comum a todos; matéria, quóruns e formas de deliberação podem ser livremente estabelecidos pelos sócios no contrato; vigência da teoria da aparência para obrigações assumidas em nome da sociedade; liberdade para aumento e diminuição de capital; não exoneração dos sócios em caso de nulidade contratual em face de obrigações assumidas pela sociedade.

8- VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 3.708/1919

Dos argumentos expostos, é forçoso constatar a vigência do decreto-lei nº 3.708/1919, já que o legislador não o revogou expressamente, não é aplicável ao caso a revogação tácita e existe a necessidade humana a justificar sua manutenção. Não há *força contrária* a derruir seu vigor.

Longe de representar prejuízos, a tese levantada representa ganhos, tanto do ponto de vista da *lei do progresso social* como em relação ao *princípio da estabilidade social*⁷⁵. A utilização da sociedade por quotas de responsabilidade limitada responde às necessidades das micro e das pequenas empresas, que contribuem, significativamente, para o aquecimento da economia nacional, ocupando importante espaço na busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CR) e demais vetores sociais. Além disso, também concorre para a segurança e estabilidade social, vez que, além de manter o tipo societário mais testado e difundido no país, ainda permite a racionalização de custos.

⁷⁴ Ao todo, são feitas dez remissões externas. Vejam-se os artigos: 1.054, 1.057, 1.058, parágrafo único do 1.066, 1.070, 1.072, 1.077, 1.085, 1.086 e 1.087.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 119, v. 1.

Pela comparação feita, é sensível a aproximação da limitada à anônima, devido aos fins a que se destina, evidenciando-se a coexistência pacífica da sociedade limitada e da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Essa proposta se mostra atual, tendo em vista que, após o advento do Código Civil de 2002, foi suspensa a utilização do tipo sem nenhuma reflexão mais acurada sobre o assunto e urge restabelecer-lhe o uso. Os prejuízos dessa interrupção só serão, talvez, mensuráveis em longo prazo, podendo traduzir-se no desincentivo para pequenos investidores ou no incremento dos números da economia informal.

A sociedade limitada do Código, bem se constatou, destina-se a empreendimentos de maior parte. Além disso, não se presta a diminuir a incidência de conflitos entre sócios e não previne o uso da justiça. Ao contrário: os artigos 1.030, 1.035, 1.036, parágrafo único, entre outros, aplicáveis à limitada, remetem as soluções ao Judiciário. Além do mais, a previsão de que as deliberações sociais devem ser tomadas por assembleia ou reunião de sócios aumenta o potencial de conflitos a respeito das formalidades a serem seguidas nesses casos, abrindo campo para o ajuizamento de demandas judiciais⁷⁶.

A asserção que ora se faz está em harmonia com os postulados mais básicos do direito de empresa, respeitando suas características, seus princípios e seu método. Ajusta-se ao seu caráter instrumental, dinâmico, ágil, simples e fragmentário; honra a autonomia da vontade, o livre estabelecimento, a propriedade, a observância de usos e a legitimidade do lucro; está perfeitamente adequada à forma indutiva de sua organização.

Se pareceu, num primeiro momento, que a sociedade limitada do Código veio para substituir a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, após as reflexões feitas, cumpre o intérprete a sua missão, demonstrado a viabilidade da proposição.

“Não se julgue, porém, que com isso se quer dizer que esta investigação positiva e teleológica autorize o intérprete a não aplicar e modificar a seu arbítrio a norma, quando ela se lhe afigure não correspondente à novas necessidades ou às tendências mudadas da sociedade. Significa tão-somente até onde, sem hipocrisias ou artifícios, as palavras do preceito – considerado no complexo da legislação vigente – podem ser suavizadas na sua aplicação, de modo a que o mesmo preceito esteja mais de acordo com o sentimento geral da época e com a nova orientação da consciência social. E tanto mais o intérprete está autorizado a ter em conta o que se disse, quanto mais se constate a penetração desses sentimentos novos na legislação (...).”⁷⁷

⁷⁶ Não estamos sozinhas nesse sentir. Nelson Abrão diagnostica: “(...) a pressuposição colimando a eliminação de conflitos internos pode resvalar na busca de tutela jurisdicional mesmo antecipada, com o escopo de reduzir a instabilidade e permitir o desengessamento das regras rígidas (...)”, antevedendo situações em que o regramento do Código Civil, ao invés de prevenir conflitos de interesses societário, pode agudizá-los. ABRÃO, Nelson, *op. cit.*, p. 36-37.

⁷⁷ RUGGIERO, Roberto de, *op. cit.*, p. 194-195, v. 1.

Os sentimentos gerais a que se refere o doutrinador, no caso em estudo, são o da simplificação de atos, o da racionalização de custos, o da preservação e estímulo à atividade empresarial, que tem permeado a legislação nacional⁷⁸, em especial, de incentivo à microempresa e à empresa de pequeno porte.

O único entrave legal que poderia ser oposto seria o teor do artigo 983 do Código Civil, que enumera os tipos societários. Mas, ao que tudo indica, a legislação exprimiu menos do que se quis. E, então, o trabalho científico está autorizado a aconselhar reforma ao legislador.

Enquanto a modificação do dispositivo não ocorre, é lícito aos interessados, ante recusa do Registro Público de Empresas em arquivar atos constitutivos de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, invocar o acatamento de seu direito via mandado de segurança. Diante da antinomia real existente entre o artigo 983 e os artigos 2.037 e 2.045 do Código, é admissível que o Judiciário, como Poder de Estado, corrija tal distorção, com fundamento no artigo 5º da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Sendo assim, sem trauma, devem ser aplicadas à constituição e dissolução das sociedades reguladas pelo decreto-lei 3.708/1919 as regras do Código Civil, já que, anteriormente à revogação da Parte Primeira do Código Comercial eram suas as regras aplicadas às sociedades por quotas e estão na esfera de interesse da teoria geral das sociedades.

Na prática, desde a introdução desse tipo societário entre nós, as partes se encarregam de esgotar as normas diretivas no próprio contrato social. Em havendo lacunas, aplicam-se as normas da sociedade anônima compatíveis e, na incompatibilidade, as regras gerais do direito societário, como sempre se fez.

Deve ser faculdade dos interessados a escolha do diploma que melhor se amolde ao caso concreto, quando da constituição da sociedade.

CONCLUSÃO

Retomando as constatações do presente estudo, chega-se à conclusão de que o advento do Código Civil de 2002 não autoriza o entendimento de revogação do decreto-lei nº 3.708/1919: não há cláusula expressa de revogação, não há contrariedade entre tais regulações e não há esgotamento da matéria no capítulo do Código em que se regula a nova limitada. Há, antes, a declaração da exposição de motivos da lei civil de que a limitada do Código se destina a empreendimentos de

⁷⁸ A exemplo: legislação que instituiu a REDESIM (lei nº 11.598/07), a já citada criação da figura do microempreendedor individual (LC nº 123/06) e a lei de recuperação de empresas e falência (lei nº 11.101/05).

maior porte e a ressalva do artigo 2.037 de aplicação de lei não revogada referente a sociedades empresárias. A hipótese inicial, portanto, se confirma.

Além disso, a pesquisa empreendida também confirma nosso sentir inicial de que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada melhor atende às pequenas iniciativas empresariais, administradas de maneira mais simplificada e, em geral, com poucos recursos. É preciso não olvidar o contexto empresarial do país, na atualidade, que revela a existência de mais de noventa por cento de micro e pequenas empresas⁷⁹. Ademais, esse posicionamento esta em sintonia com o comando constitucional de incentivo às pequenas iniciativas empresariais, contidas no artigo 170, IX, que lhes confere direito a tratamento favorecido.

Neste contexto, a *impressão* de revogação do decreto-lei se origina no teor do artigo 983 do Código que não arrolou a sociedade por quotas de responsabilidade limitada como um dos tipos da sociedade empresária, o que se identifica como antinomia jurídica, devendo ser corrigida, senão legislativamente, pelo Judiciário, se chamado a agir. O artigo 983 é o único empecilho jurídico que se vislumbra em contrário à proposta deste estudo. Contudo, não é suficiente para esvaziar a validade do decreto-lei. A relevância da sociedade por quotas no cenário brasileiro exigiria comando direto de revogação, não sendo o teor do artigo 983 suficiente para invalidá-la.

Também demonstrada a simetria entre a tese elaborada nesse estudo e a teoria geral do direito de empresa, do direito societário e seus históricos.

Embora passados oito anos de vigência do Código, é certo que a situação não se acomodou a contento na sociedade. Há uma enormidade de pequenos empreendimentos e iniciativas para os quais a posição ora sustentada representa vantagem necessária à viabilidade da empresa.

Medidas que não representem incentivos ao investimento em produção precisam ser avaliadas com muita parcimônia, devendo ser aplicadas em situações extremas em que é lícita a intervenção estatal para corrigir rumos da economia nacional, o que não é o caso.

O desestímulo ao empreendedorismo – aqui nos referimos, em especial, às pequenas iniciativas – traz prejuízo social, na medida em que abate fonte de diversos agregados sociais, empurrando os empreendedores ao informalismo, conforme foi dito, tornando mais distante a consecução dos objetivos nacionais.

⁷⁹ Segundo o SEBRAE, noventa e oito por cento das iniciativas empresariais no país são micro ou pequenas empresas. Micro e Pequenas Empresas em Números. **Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae.** Biblioteca. Estudos e Pesquisas. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MPEsEmNumeros/Paginas/MPEsEmNumeros.aspx>. Acesso em: 15 mar. 2011.

É tendência mundial incentivar as pequenas iniciativas. Não é prudente andarmos na contramão. Por derradeiro, registre-se que a tese defendida não destoaria do objetivo de “assegurar o pleno desenvolvimento de nossa vida empresarial”, como consta da exposição de motivos do próprio Código Civil. Ao contrário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Sociedades Limitadas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

ALMEIDA, Amador Paes. **Manual das Sociedades Comerciais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Geraldo Augusto de. Aspectos do Novo Código Civil. Encontros. Escola Judicial. São Lourenço. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Geraldo_Augusto_de_Almeida/Aspectos.pdf. p. 1. Acesso em: 23out.2008.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V. 1.

BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito Societário na Atualidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRUSCATO, Wilges. Os Princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, ano XLIV (Nova Série), nº 139, p. 50-75, jul/set.2005.

BULGARELLI, Waldírio. **Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Tratado de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. As Duas Limitadas. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano XXIII, nº 71, p. 26-31, ago.2003.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1 e 2.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2001. V. 1.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. V. 1.

Departamento Nacional de Registro de Comércio-DNRC. Registro Mercantil. **Constituição e Empresas por Tipo Jurídico - Brasil - 1985-2005**. Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/caep0101.htm>. Acesso em: 13 jul. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo, 1998. V.1.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1ª ed. 14ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962. V. 1.

FIGUEIREDO, Candido. A Penalidade na Índia Segundo o Código de Manu. **Congresso Nacional dos Orientalistas**. 10ª Sessão. 1892. Sociedade de Geographia de Lisboa. Lisboa. Imprensa Nacional. In BORED.Com. Free Books. Disponível em: http://www.bored.com/ebooks/World_Literature/portuguese/a%20penalidade%20na%20india%20segundo.html. Acesso em: 14 jul.2008.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

II Simpósio Sobre a Reforma da Legislação da Sociedade por Quotas. Porto Alegre, 21 a 23 de setembro de 1977.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri,SP: Manole, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. V. 1.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa Contemporânea e Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de Oliveira. **Tratado de Metodologia Científica**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **A Sociedade por Quota de Responsabilidade Limitada**. Rio de Janeiro: Forense, s.d. V. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. V. 1.

REALE, Miguel (Superv.). **Exposição de Motivos do Projeto do Código Civil**. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 5, t. 2, Brasília, 1989.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Atualizado por Rubens Edmundo Requião. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 1999. V. 1.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Fattispecie* Empresário no Código Civil de 2002. **Revista do Advogado**. . São Paulo: AASP, ano XXVIII, nº 96, p. 11-20, mar. 2008.

SEBRAE. **Boletim Estatístico da MPE**. Biblioteca *on-Line*. Disponível em: [http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/03DE0485DB219CDE0325701B004CBD01/\\$File/NT000A8E66.pdf](http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/03DE0485DB219CDE0325701B004CBD01/$File/NT000A8E66.pdf) . Acesso em: 11 jul.2008.

_____. **Micro e Pequenas Empresas em Números**. Biblioteca. Estudos e Pesquisas. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MPEsEmNumeros/Paginas/MPEsEmNumeros.aspx>. Acesso em: 15 mar. 2011.

TOMAZETTE, Marlon. A Teoria da Empresa: o Novo Direito Comercial. **Jus Navigandi**. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2899>. (23.06.2003).

_____. **Curso de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2008. V. 1.

_____. Das Sociedades Limitadas no Código Civil de 2002. *In* PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord). **Direito Empresarial à Luz do Novo Código Civil**. São Paulo: Secta, 2003, p. 09-31.

_____. **Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

PARTICIPAÇÃO DISCENTE

REFLEXÕES SOBRE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**Caio César Esteves Soares¹**

SUMÁRIO: NOTAS INTRODUTÓRIAS. 1– PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: NATUREZA JURÍDICA. 2– PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 2.1 Normas Constitucionais; 2.2 Norma Geral Antielisão; 2.3 Abuso do Planejamento Tributário. 3– EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente trabalho aborda o instituto do planejamento tributário, com foco na sua natureza jurídica e representatividade na legislação brasileira, bem como a viabilidade, legitimidade e legalidade de tais ações. Busca uma análise crítica do planejamento tributário por seu viés constitucional, legal e doutrinário, bem como analisa os pontos de divergência da visão do Fisco com a visão dos defensores do Contribuinte: são válidas as ações de planejamento tributário, se interpretadas sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro? Inicialmente, passa-se à apresentação da situação desordenada do Sistema Tributário Brasileiro. Adiante, aborda as definições de planejamento tributário, as normas constitucionais e infraconstitucionais afetas ao tema e suas teorias bem como os abusos do planejamento tributário. Por fim, analisa-se a experiência em sede de planejamento tributário de alguns países do sistema Romano-Germânico, culminando com as considerações finais deste estudo.

PALAVRAS CHAVE: Direito Tributário. Planejamento Tributário. Elisão Fiscal. Economia de Impostos.

ABSTRACT: This paper discusses the Institute of tax planning with a focus on its legal status and representation in the Brazilian legislation, as well as the viability, legitimacy and legality of such actions. Seeks for a review of tax planning for their bias constitutional, legal and doctrinal as well as examines the divergent points of view of the the tax authorities and the vision of the defenders of the Taxpayer: the actions are valid tax planning, if interpreted from the perspective of Brazilian legal system? Initially, we pass to the representation of the situation of the disordered Brazilian tax system. Further, it addresses the definitions of tax planning, the constitutional and infraconstitutional rules related with the theme and its theories as well as the abuse of tax planning. Finally, analyzes the experience of tax planning in some countries of the Roman-Germanic system, culminating in the final considerations of this study.

KEY WORDS: Tax Law. Tax Planning. Tax avoidance. Tax Saving.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Mineira de Direito – PUC MG *campus* Poços de Caldas
Membro do Grupo de Pesquisa “O papel do Direito no desenvolvimento nacional” da referida Instituição
Estagiário na Empresa Pública DME Energética S.A. – DMEE

R\$ 1,27 trilhão!

Esta é a cifra que o brasileiro pagou em impostos, taxas e contribuições em 2010, segundo dados do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT.² Ainda segundo o mesmo Instituto, a previsão da arrecadação tributária para o ano de 2011 é de 10% a mais que a percebida no ano anterior³, contribuindo para aumentar o já pesado *Custo Brasil*.

O Brasil lidera o *ranking* de arrecadação tributária em todo o continente americano: os tributos representam aproximadamente 35% do PIB brasileiro, face aos 26%, no caso dos Estados Unidos. A carga tributária também é líder entre os países emergentes, os denominados “Brics” (Brasil, Rússia, Índia e China) e frente aos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que concentra grande parte dos países mais ricos do mundo, lugar em que o país ocupa a 14ª posição.⁴

Ainda segundo os estudos do IBPT, em 2009, o contribuinte brasileiro trabalhou até 27 de março só para arcar com os custos de impostos, taxas e contribuições.⁵ Um trimestre dedicado a saciar a voracidade com que o Governo arrecada seus tributos.

Soma-se à pesada arrecadação a escancarada burocracia no direito-dever do Estado em tributar: são mais de 61 tributos divididos entre impostos, taxas e contribuições de competência da União, dos Estados, Municípios e DF.

Em média, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até 2010, foram editadas 46 normas em matéria tributária por dia útil, incluídas na estatística as 13 Emendas à Constituição sobre o tema, afirma o IBPT.⁶

Sopese ainda o fato de que o retorno em serviços públicos de competência do Estado é precário, sendo necessária a complementação com recursos privados na maioria dos casos (segurança, infraestrutura, saúde e educação, por exemplo).

A crescente carga tributária aliada à baixa qualidade na prestação dos serviços públicos custeados com os tributos recolhidos ensejam uma ação positiva dos administradores das

² INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. *Estudos do IBPT*. Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.list.php?publicacaotipo_id=2>. Acesso em 28 jan. 2011.

³ *Idem, ibidem*.

⁴ AMARAL, Leticia Mary Fernandes do. *Governança Tributária na prática*. Revista Governança Tributária, Curitiba, ed. comemorativa. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2011. p. 24.

⁵ *Op. cit.*

⁶ *Idem, ibidem*.

sociedades empresariais com o fito de melhor racionalizar o custo tributário de sua atividade empreendedora e conseqüente maximização dos lucros.

Nessa situação de extrema complexidade, surge o instituto do Planejamento Tributário, ferramenta de fundamental valia para a economia tributária da atividade empresarial e até mesmo pessoal.

Em termos genéricos, temos que o Planejamento Tributário é a ação lícita e preventiva do contribuinte com vistas a aplicar, dentre as várias opções legalmente possíveis, a sistemática tributária que menos onere a sua atividade empresarial, gerando ganho real em seu resultado, tendo como premissas fundamentais a legalidade e a legitimidade. Conceitualmente, confunde-se com a definição de Planejamento Tributário a definição de Elisão Fiscal, podendo as duas expressões ser utilizadas com a mesma finalidade.

Não muito benquista pelo Fisco, a Elisão Fiscal tem sido uma grande aliada, principalmente do empresariado, em tempos em que a competitividade e a necessidade de se maximizar os lucros são pautas da agenda empresarial do Século XXI.

Ainda neste sentido, vê-se que a obrigatoriedade da relação jurídico-tributária dá o tom do conflito que se pretende debater neste estudo: O contribuinte deseja pagar o menos; o Fisco, arrecadar o mais.

1. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: NATUREZA JURÍDICA

As acepções acerca do termo *Planejamento Tributário* estão longe de ser tratadas de modo uníssono pela doutrina nacional. Várias são as interpretações e denominações dadas ao mesmo conjunto de condutas do contribuinte visando à economia de tributos. Acerca destas infundáveis discussões, José Souto Maior Borges afirma: “O que se nota é simplesmente a doutrina jurídica se digladiando em briga de foice em quarto escuro em torno de noções conceituais”.⁷ Por não ser o centro desse debate – que seria digno de trabalho exclusivo para tal fim – exporemos aqui o entendimento majoritário sobre os conceitos que se abordarão.

⁷ BORGES, José Souto Maior. *A Norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do Sistema Tributário Nacional*. In: Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Anais... Brasília: ESAF, 2002. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminariointer/anaisseminarioiNterelisaofis2002.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2011. p. 215.

Elisão, elusão, evasão e planejamento tributário. Estes são os quatro conceitos-base que envolvem as ações do contribuinte em matéria de redução ou tentativa de redução da carga tributária incidente em dada atividade.

Para Maria de Fátima Ribeiro, planejamento tributário é a “técnica de organização preventiva dos negócios, visando a uma legítima economia de tributos, independente de qualquer referência aos atos posteriormente praticados”.⁸

Láudio Camargo Fabretti citado por Ivo César Carvalho também conceitua o planejamento tributário como sendo “a atividade preventiva que estuda *a priori* os atos e negócios jurídicos que o agente econômico (empresa, instituição financeira, cooperativa, associação etc.) pretende realizar. Sua finalidade é obter a maior economia fiscal possível, reduzindo a carga tributária para o valor *realmente devido por lei*”.⁹

Pelo mesmo pensamento acompanha Hugo de Brito Machado Segundo, que, ao definir planejamento tributário, assim se posiciona: “Há planejamento quando o contribuinte organiza suas atividades de forma a não praticar a hipótese de incidência da norma tributária, ou a praticá-la de modo que a norma incidente seja aquela que impõe a menor tributação possível. O contribuinte trabalha com a ocorrência dos fatos que ensejam a incidência da norma, evitando que esta aconteça. Diferente de quando os fatos tributáveis acontecem e o contribuinte apenas procura escondê-los, tentando fazer com que a norma, *que já incidiu*, não seja aplicada”.¹⁰

Encontra-se, portanto, um núcleo comum nas diversas conceituações de planejamento tributário, dos quais podemos destacar: a) a legalidade das opções lançadas pelo responsável pelo planejamento tributário; b) trata-se de procedimento estritamente preventivo, não comportando ação *a posteriori*; c) a necessidade de transparência do procedimento e d) ausência de ação dolosa, fraudulenta e objeto de simulação, sob pena de ingresso em seara ilícita.

Deste mesmo núcleo comum encontraremos definição bastante próxima do que vem se denominando *elisão fiscal*, sendo este o maior sinônimo de planejamento tributário, em que pese entendimentos em sentido contrário ao proposto.

⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima. Tributação e comércio eletrônico: considerações sobre planejamento tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Coord.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 555.

⁹ CARVALHO, Ivo César Barreto de. Novas reflexões acerca do Planejamento Tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 296.

¹⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Breves notas sobre Planejamento Tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 360.

Elisão fiscal também poderá ser chamada de economia de impostos, economia fiscal, poupança fiscal, elusão, evasão fiscal, evasão legal, evasão lícita, evasão legítima, evasão *stricto sensu*, evasão propriamente dita, elisão induzida, permitida pela lei ou organizada pela lei, negócio fiscalmente menos oneroso, transação tributariamente favorecida etc. A preferência conceitual varia de autor para autor.

Da experiência internacional, tem-se a seguinte definição de elisão fiscal do *International Bureau of Fiscal Documentation - IBFD*: “Elisão fiscal: este termo é utilizado para denotar a redução dos encargos tributários por meios legais. Frequentemente é usado em sentido pejorativo, como quando é utilizado para descrever a economia de impostos atingida através de arranjos artificiais dos negócios pessoais ou empresariais, aproveitando-se da existência de lacunas, anomalias ou outras deficiências no direito tributário”.^{11 12}

Deixando a seara das ações lícitas dos contribuintes, deparamo-nos com a evasão fiscal que, seguindo corrente majoritária de entendimento, foge dos limites do planejamento tributário e, portanto, da legalidade, incidindo em ação ilícita. São sinônimos de evasão fiscal: evasão ilegal, evasão ilegítima, sonegação, fraude propriamente dita, fraude fiscal, fraude ilícita, fraude ilegal etc.

Mais uma vez utilizamos da definição do *International Bureau of Fiscal Documentation*, que define evasão fiscal como sendo o termo “aplicado para a economia de impostos atingida por meios ilegais, incluindo-se nestes a omissão da renda tributável ou de transações realizadas das declarações de tributos, ou a redução da quantia devida por meios fraudulentos”.^{13 14}

Frise-se a importância que merece a questão temporal das ações que visam economia de tributos. Prevalece o entendimento de que, se as ações praticadas pelo contribuinte para reduzir, retardar ou evitar o pagamento de determinado tributo foram praticadas antes da ocorrência do fato gerador, estaremos então no campo lícito do planejamento tributário e da elisão fiscal. De outra vista, se tais atos forem praticados depois da ocorrência do fato gerador, estaremos diante de evasão fiscal – ou seus sinônimos, atividade considerada ilícita pelo ordenamento jurídico

¹¹INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION – IBFD. *International Tax Glossary*. Amsterdam: IBFD, 1988. p. 22.

¹² Texto no original: “Tax avoidance: This term is used to denote the reduction of tax liability by legal means. It often has pejorative overtones, where for example it is used to describe avoidance achieved by artificial arrangements of personal or business affairs to take advantage of loopholes, anomalies or other deficiencies of tax law.”

¹³ *Idem, ibidem*, p. 101.

¹⁴ Texto no original: “Tax evasion: the term applied to the avoidance of tax by unlawful means, including the omission of taxable income or transactions from tax declarations, or the reduction of the amount properly due by fraudulent misstatement or misrepresentation.”

brasileiro, conforme se verá. É o fato gerador, portanto, o divisor de águas, o liame que divide a ação lícita da ação ilícita em se tratando de planejamento tributário.

Há ainda a figura da *elusão fiscal*. Tem-se que a elusão é a fuga ilícita do tributo de modo ardil, fazendo uso de expediente abusivo e sorrateiro. A conduta que, a princípio, seria lícita, torna-se ilícita pelo abuso da forma ou do direito. Grande defensor de tal verbete é o professor Heleno Torres que, citado por André Mendes Moreira, assim define elusão: “Para evitar confusões no uso da linguagem e por melhor representar as condutas enfocadas, preferimos o termo “elusão”. “Elisão”, do latim *elisione*, significa ato ou efeito de elidir; eliminação, supressão. “Eludir”, do latim *eludere*, significa evitar ou esquivar-se com destreza; furtar-se com habilidade ou astúcia, ao poder ou influência de outrem. [...] Elusivo é aquele que tende a escapular, a furtar-se (em geral por meio de argúcia); que se mostra arisco, esquivo, evasivo. Assim, cogitamos da “elusão tributária” como sendo o fenômeno pelo qual o contribuinte usa de meios dolosos para evitar a subsunção do negócio praticado ao conceito normativo do fato típico e a respectiva imputação dos efeitos jurídicos, de constituição da obrigação tributária, tal como previsto em lei”.¹⁵

Então, concluímos com as palavras do Professor Heleno Torres, que sintetiza estas definições com as seguintes palavras: “Em termos de uma sociologia (ou psicologia) do direito tributário, a primeira e mais instintiva reação do contribuinte perante exigências tributárias é teoricamente aquela de abster-se ao seu cumprimento, o que pode fazer i) evitando a incidência tributária ou se sujeitando a regime mais favorável sem contrastar frontalmente o ordenamento, mediante legítima economia de tributos (elisão); ii) descumprindo a legislação diretamente (evasão); ou iii) utilizando-se de negócios aparentemente válidos, mas constituídos com fraude à lei civil ou simulados e que geram o mesmo efeito de afastar-se do campo de incidência de tributos ou coincide com hipóteses de incidência menos onerosa, como entendemos; ou como ocorre em outros ordenamentos, usando negócios lícitos (atípicos, indiretos ou fiduciários), que não se constituam em simulações, com o objetivo de contornar a norma tributária (elusão)”.¹⁶

Postas as definições de planejamento tributário e seus institutos afins, passaremos à análise da presença do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁵ MOREIRA, André Mendes. *Elisão E Evasão Fiscal – Limites Ao Planejamento Tributário*. Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário, Vol. 21, Belo Horizonte, mar.-abr. 2003. p. 1.

¹⁶ TORRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 173.

2. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Encontramos, no ordenamento jurídico brasileiro, diversas referências que de modo ou outro se relacionam com o tema *Planejamento Tributário*.

A Constituição da República de 1988, que norteia a grande maioria do direito – senão todo ele – também faz referência ao direito tributário e, por conseqüência, à temática *planejamento tributário*. Em se tratando de legislação infraconstitucional afeta à matéria aqui aduzida, o ponto primordial de referência é a Lei Federal nº 5.172/66, ou Código Tributário Nacional – CTN como é conhecida, em especial o Capítulo IV – Interpretação e Integração da Legislação Tributária, e seguintes.¹⁷

Outro ponto de relevo, ainda em plano infraconstitucional, reside no Art. 116, parágrafo único do CTN – a famigerada *Norma Geral Antielisão*. Dedicaremos os próximos tópicos à análise destes assuntos.

2.1 Normas Constitucionais

O Direito Tributário Brasileiro, em especial o Direito Tributário Constitucional, disponibiliza em seu texto uma gama considerável de direitos e garantias que objetivam limitar o poder do estado de tributar. Através de princípios, a Carta Política de 1988 norteia a tributação de modo a prover segurança jurídica ao contribuinte e assegurar igualdade, ainda que formal, entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

Existem direitos fundamentais que refletem no poder-dever de tributar, dos quais podemos citar essencialmente o princípio da dignidade humana. A dignidade do ser humano, especialmente na vida em sociedade, toma uma perspectiva de fundamental importância, na exata medida em que se traduz em princípio fim de toda a lógica do ordenamento jurídico e do Estado. Assim não seria diferente, em se tratando de matéria tributária.

Soma-se à fundação da ordem tributária, o princípio da liberdade fiscal, este sempre associado a um direito-dever do contribuinte. Direito ao passo que vincula o Estado ao reconhecimento da liberdade privada do contribuinte em optar pelas diversas formas de ação que

¹⁷ Há, ainda, um sem número de normas atinentes ao planejamento tributário que não serão abordadas neste trabalho, tendo em vista a limitação do tema e a impossibilidade de se exaurir toda matéria em tão restrito espaço.

acarretarão em conseqüências tributárias, ou seja, liberdade negocial do contribuinte, legitimando o exercício da autonomia privada. Também é dever, ao passo que conduz o contribuinte a uma obrigação ética de arcar com tributos segundo sua capacidade contributiva, o terceiro princípio-base da ordem tributária.

Juntamente com o princípio da liberdade fiscal, o princípio da capacidade contributiva é norteador do Direito Tributário. Em linhas gerais, tal princípio assevera que deverá contribuir mais com o Estado, aquele que mais possuir capacidade contributiva, não confundindo esta com a capacidade econômica: fatos ocorrem e que expressam capacidade econômica, mas que não expressam capacidade, como ocorre, por exemplo, com o ente político que goza de imunidade tributária: haverá casos de exteriorização de riqueza do ente político que denotam capacidade econômica sem, entretanto, significar capacidade contributiva.

Para Roberto Nogueira, é tal princípio o limitador máximo da obrigação tributária ao passo que ninguém pode ser obrigado a recolher tributo superior à sua capacidade econômica. É ainda o parâmetro que permite aferir a razoabilidade entre o fato gerador e o montante tributário devido, permite apurar se o tributo está na medida correta das possibilidades do contribuinte em face de seu dever constitucional de concorrer com a formação de receitas para o financiamento da máquina pública.¹⁸

Ainda segundo o dito Autor, a capacidade contributiva inter-relaciona com a possibilidade do exercício do planejamento tributário, afirmando a relatividade de tal direito: “É certo que sob a ótica de uma liberdade fiscal é direito do contribuinte valer-se dos meios juridicamente lícitos, postos à sua disposição, para organizar sua situação tributária frente ao fisco de acordo com a sua autonomia privada e capacidade contributiva, todavia, este direito de se auto-organizar (licitude dos meios/formas jurídicas) não é um direito absoluto e incontestável em seu exercício, tendo em vista que a experiência pós-moderna de convívio em sociedade, é fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado”.¹⁹

O pagamento do tributo visto sob a ótica da capacidade contributiva é pensar em outra perspectiva que não aquela tradicional, donde se invoca apenas questões afetas ao binômio lícito/ilícito, independentemente de proporcionalidade e razoabilidade. É claro que se visto de

¹⁸ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Os limites éticos do planejamento tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 186-7.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 187.

forma isolada, tal princípio concluiria pela ampla capacidade de tributar do Fisco, o que, em verdade, esbarra na ponderação deste princípio com os demais princípios e normas inscritas no ordenamento jurídico brasileiro. A conjunção destes dois princípios, da liberdade fiscal e da capacidade contributiva, é o que denomina Peixoto e Diniz de “justiça tributária”.²⁰

Ainda neste sentido, Roberto Nogueira demonstra a correlação destes princípios com os objetivos constitucionais do Estado: “A construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*, como prescreve o Art. 3º, inciso I, da CF, pressupõe sob a ótica da tributação uma concretização dos princípios da liberdade fiscal e da capacidade contributiva, uma vez que a liberdade fiscal correlaciona-se com o ideal da liberdade em sentido constitucional, enquanto a capacidade contributiva, à idéia de justiça e solidariedade”.²¹

Mais que um princípio tributário, a solidariedade é um valor que reflete um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, conforme leitura do Art. 3º, I da Constituição Republicana de 1988 e, assim como a dignidade humana, por se tratarem de valores globais, devem permear a atividade exacional do Estado.

Assevera o referido princípio que os tributos devem recair com mais peso sobre os mais abastados, aliviando-se proporcionalmente a carga tributária sobre aqueles que menos expressam capacidade econômica, muito se aproximando essa tese do princípio da capacidade contributiva.

No tocante ao princípio da isonomia, fazemos referência ao pensamento aristotélico notabilizado pelo discurso do nobre jurista Ruy Barbosa acerca da igualdade que, em breves linhas, dispunha que a regra da igualdade deve se constituir em aquinhear igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam.

A isonomia, no modo acima exposto, encontra respaldo no Texto Constitucional, quando define em seu Art. 150, II o fato de que: “É vedado (...) instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por ele exercida, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

²⁰ PEIXOTO, Marcelo Magalhães; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: MP Editora, 2005. p. 29.

²¹ *Op. cit.*, p. 183-4.

A isonomia, conjugada com o princípio da capacidade contributiva, extrai-se a máxima de que aqueles que expressam a mesma capacidade contributiva devem ser afetados pela tributação na mesma intensidade, a fim de que se concretize a já abordada *justiça tributária*.

Por fim, passa-se a análise do não menos importante princípio da legalidade. De origem em 1215, na Carta Magna de João Sem Terra, a legalidade tem sido considerada a base da tributação, sem a qual não há nem que se falar em atividade tributária do Estado.

Há, na Constituição da República, duas previsões acerca do princípio da legalidade: uma geral, inscrita no Art. 5º, II, que assegura: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e outra particular à matéria tributária, no Art. 150, I, assim redigido: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Tais previsões prestam a balizar a relação do Estado para com os cidadãos-contribuintes, visando basicamente à segurança jurídica e à justiça tributária, na medida em que outorga a deliberação da matéria à vontade do povo, expressada essencialmente pelo Poder Legislativo.

Para Hugo de Brito Machado, o princípio da legalidade tem dois sentidos distintos: “a) o de que o tributo deve ser cobrado mediante o consentimento daqueles que o pagam, e b) o de que o tributo deve ser cobrado segundo normas objetivamente postas, de sorte a garantir plena segurança nas relações entre o fisco e os contribuintes”.²²

2.2 Norma Geral Antielisão

As normas gerais antielisão são realidades na grande parte dos ordenamentos jurídicos mundo a fora. No caso brasileiro, a norma geral antielisão²³ foi disposta no parágrafo único do Art. 116, incluído pela Lei Complementar nº 104/01, que se encontra assim redigido: “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de

²² MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 17.

²³ Há que se ponderar a falha legislativa da Lei Complementar 104/01, ao confundir elisão fiscal (conduta legítima e lícita do contribuinte) com evasão fiscal (conduta ilícita e ilegítima do contribuinte), conceitos que sempre foram tratados de modo diverso, tanto na doutrina pátria quanto na doutrina comparada, sendo certo que a nomenclatura correta deveria ser Norma Geral Antielusão ou Norma Geral Antievasão.

dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Tal dispositivo é ainda motivo de infundáveis discussões acerca de sua constitucionalidade, seu cabimento diante dos direitos e garantias conquistadas pelo contribuinte pátrio, sua aplicabilidade sem sua efetiva regulamentação mediante lei ordinária, dentre tantas outras teses, tanto a favor quanto contra a sua vigência.

Três são as correntes que debatem a constitucionalidade da Norma Geral Antielisão brasileira: os que opinam por sua plena inconstitucionalidade; os que acreditam em sua constitucionalidade e uma terceira corrente, que confiam em sua constitucionalidade e aplicação com ressalvas da referida Norma.

Os negadores da constitucionalidade de uma norma antielisão no sistema jurídico brasileiro seguem a *jurisprudência dos conceitos*, que afirma que uma definição legal de determinado instituto deve amparar todo o direito, já que os ramos do direito (direito civil, direito constitucional, direito penal etc.) são apenas divisões didáticas, mas parte de um todo indivisível. De base individualista-formalista, esta tória remonta ao Séc. XIX. Para André Luiz Carvalho Estrella, consequência disso seria que as definições da lei civil teriam o mesmo significado e alcance que possuiriam em outros ramos do direito, como no direito tributário, privilegiando a segurança jurídica e o princípio da tipicidade fechada.²⁴

Perfilando este mesmo entendimento, o Professor Ives Gandra Martins, em brilhante parecer acerca da constitucionalidade da norma geral antielisão, assevera que a norma geral antielisão esbarra em diversos institutos jurídicos, pelo que opina ser incompatível tamanha abertura interpretativa com o Estado Democrático Brasileiro, com o princípio da segurança jurídica e da legalidade, fundantes da ordem tributária nacional, com a cidadania e com a dignidade da pessoa humana.²⁵

Adiante, encontramos a corrente minoritária, adeptos da plena adequabilidade do parágrafo único do Art. 116 do CTN ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

²⁴ ESTRELLA, André Luiz Carvalho. A Norma Antielisiva Geral. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 219.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão tributária e o princípio da legalidade, à luz da segurança jurídica – parecer. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 38.

Defendem tal corrente, principalmente, os representantes das Fazendas Públicas e demais entidades que têm por função o resguardo dos interesses do Fisco e da Administração Pública, sob a rubrica de que a redução do *déficit fiscal* é meta comum e necessária a ser alcançada.

As palavras do então Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Almir Martins Bastos, quando da exposição de temas no Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, dão o tom do coro dos que defendem a aplicação da norma geral antielisão: “O momento é o mais oportuno. Ou o Estado brasileiro acompanha *pari passu* a sofisticação, o desenvolvimento num ritmo sem precedentes, ou fenece. Ou o Estado acompanha, ou fica para trás, ou o Estado é superado. Em matéria como a que aqui se trata, em que contribuintes altamente especializados, com recursos amplos, se valem dos desvãos da lei, se me permitem, para dar margem à elisão fiscal, simplesmente não há saída: ou o Estado acompanha também as especificidades dos que atuam dessa forma ou ele é superado”.²⁶

São adeptos da *jurisprudência dos interesses* os atuais defensores da plena aplicabilidade da norma antielisão brasileira. Capitaneado por Amílcar Araújo Falcão, reputam ilícitas as ações elisivas fundamentados na interpretação econômica do fato gerador, defendendo a normalidade e a forma dos meios empregados; a finalidade ou a função que o tributo instituído desempenhará e a consistência econômica do fato gerador.

Conclusão disso é que não se deve considerar, para efeitos tributários, as formas e definições do direito civil, mas sim o conteúdo econômico que determinada ação resguarda. Se o contribuinte afirma que realiza venda e compra ao passo que efetivamente realiza doação, o Fisco deverá considerar o objeto pelo conteúdo, e tributar pela doação, mais onerosa do ponto de vista tributário.²⁷

Há ainda a corrente dos que acreditam na aplicabilidade da norma geral antielisão, entretanto, sem a abertura e voracidade com que pretende o Fisco. Acreditados pela *Jurisprudência dos Valores*, esta doutrina visualiza e reconhece os direitos, tanto do contribuinte quanto do Fisco, e busca o seu equilíbrio, traduzindo-se numa corrente mais ponderada entre as duas já expostas. Busca, através da ponderação de princípios, a construção do raciocínio jurídico mais adequado para a solução do caso concreto.

²⁶ BASTOS, Almir Martins. *Elisão Tributária e seu contexto - Fundamentos Econômicos*. In: Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Anais... Brasília: ESAF, 2002. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminariointer/anaisseminariointerelisaofis2002.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2011. p. 31.

²⁷ ESTRELLA, André. *op. cit.*, p. 219-20.

Assim sintetiza André Luiz Carvalho Estrella: “na esteira da melhor jurisprudência do STF, essa doutrina afigura-se como a que melhor apresenta resultados positivos para o contribuinte e o Fisco, pois não sacrifica por inteiro nenhum dos valores assegurados pelos princípios. Esta doutrina aplica a interpretação do pós-positivismo, do Estado Moderno, adotando uma posição mais equilibrada, sem dar margem à distorções; ponderam-se a capacidade contributiva com a legalidade, a justiça com a segurança, o que, em última análise, busca a paz e a harmonia no direito – posicionamento adotado por nós”.²⁸

2.3 Abuso do Planejamento Tributário

Já foi abordado neste estudo, ainda que de forma implícita, que o direito de planejamento tributário não consiste num direito absoluto, sem limites, ainda que dentro do campo da legalidade. Os abusos devem, e são, coibidos pela lei. Exporemos nessa seção o que vem se convencendo denominar de *patologias contratuais* ou *patologias do negócio jurídico*, ou seja, os meios ilícitos, *evasivos* e *elusivos*, de se contornar a norma tributária com a finalidade de economia tributária.

Iniciaremos com a simulação e a dissimulação, já que ambos os institutos são expressamente repulsados pelo CTN. Ainda que as nomenclaturas sejam bastante próximas, é certo que um instituto não tem o mesmo significado que o outro. Célio Armando Janczeski traz a noção de distinção: “O critério distintivo de simulação e dissimulação reside em que a primeira significa aparentar algo que não existe, enquanto na segunda significa ocultar algo que existe, apesar de ambas possuírem como sentido comum o fato de serem representações falsas de vontade”.²⁹

Para a advogada Maria Angélica S. Dias, a simulação pressupõe “a existência de um acordo entre as partes destinado a iludir o Fisco, no qual o negócio jurídico aparentemente praticado (em geral, fiscalmente menos oneroso) não corresponde ao negócio jurídico efetivamente celebrado entre as partes (em geral, fiscalmente mais oneroso)”.³⁰

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 220.

²⁹ JANCZESKI, Célio Armando. Planejamento tributário e o negócio jurídico indireto. Simulação, dissimulação, abuso de forma e abuso de direito. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 110.

³⁰ DIAS, Maria Angélica S. de Souza. O Planejamento Tributário e a simulação, o dolo, a fraude propriamente dita, o abuso do direito e a fraude a lei. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 92.

O Art. 167 e o parágrafo único do Art. 116, ambos do CTN, tratam expressamente de oprimir a simulação e a dissimulação, dando-lhes conseqüências jurídicas distintas: para o negócio jurídico simulado, haverá a nulidade do mesmo; para o negócio jurídico dissimulado, subsiste-se o negócio se for válido em sua substância e forma, desconsiderando-o apenas para fins tributários, se o objetivo da dissimulação foi a economia tributária.

Adiante, encontramos as figuras do abuso de forma e do abuso de direito. A respeito do abuso de forma, o Código Civil Brasileiro é claro ao dispor em seu Art. 107 que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” – ou seja, a regra é a da liberdade de formas.

Os defensores da teoria do abuso de forma afirmam ser impossível utilizar-se de uma forma jurídica atípica ou anormal para a realização de dado negócio se, em função desse caminho *anormal*, incorrer-se em economia tributária.³¹

Percebe-se que, com a aplicação de tal justificativa para se desconstituir atos jurídicos, estar-se-ia elevando demasiadamente o grau de subjetivismo na tipificação do que seria o *caminho normal*, a *forma típica* em relação a dado negócio. O mundo globalizado, dinâmico e plural em que vivemos não consegue se adequar a limitação deste tipo: essa teoria *engessa* demasiadamente o direito. O abuso de forma tem na Alemanha sua maior expressão de aplicação, sendo inclusive positivada em seu código tributário, em seu Art. 42.

A teoria acerca do Abuso de Direito é bastante íntima do direito francês. O art. 64 do Livro de Procedimentos Fiscais francês cuida da repressão desta forma elusiva de economia de impostos.³² Segundo Renato Martins Prates citado por Maria Angélica Dias, há abuso de direito “quando o ato jurídico praticado, embora aparentemente legitimado pela ordem jurídica, ultrapassa as fronteiras do exercício regular do direito”.³³ Aqui, diferentemente do abuso de forma, há um excesso no exercício do direito, o *uso* se tornaria um *abuso*, o que a lei determinaria como ilícito.

É um conceito mais afeto ao direito civil que ao direito tributário, posto que regulado na Lei Civil, nada dispondo em nossa legislação tributária, exceto por operação hermenêutica: a

³¹ JANCZESKI, Célio. *op. cit.*, p. 111.

³² TORRES, Ricardo Lobo. *A Norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do Sistema Tributário Nacional*. In: Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Anais... Brasília: ESAF, 2002. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminarioInter/anaisseminariointerelisaofis2002.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2011. p. 203.

³³ *Op. cit.*, p. 97.

combinação do parágrafo único do art. 116 do CTN com as disposições da Lei Civil levariam a concluir pela aplicabilidade dessa teoria para desconsideração de negócios elisivos.

Adiante, encontramos a figura do negócio jurídico indireto. Para Rutnéa Guerreiro citada por Célio Janczeski, negócio jurídico indireto é “aquele ao qual as partes recorrem e a cuja forma e disciplina se submetem com o objetivo de alcançar, consciente e consensualmente, finalidades lícitas outras das que lhe são típicas, e que se caracteriza por ser verdadeiramente querido pelas partes; utilizado para alcançar um fim diverso daquele que é típico do negócio adotado, às quais se sujeitam as partes, suportando todos os seus efeitos”.³⁴

Ainda que extremamente próximos em conceito e aplicação, não se confundem negócio jurídico indireto e simulação, posto que no negócio jurídico indireto a vontade expressada é a vontade real dos pactuantes, objetivando com isso alcançar finalidade distinta das que lhe são típicas, não havendo o interesse de ocultação ou disfarce, elementos presentes na simulação.³⁵

Outra *patologia contratual* reside na teoria da ausência de propósito negocial, assim compreendidas as transações que são vazias de intenção negocial, visando puramente à economia tributária. Doutrina cunhada pelo direito norte-americano, também enfrenta aversão dos defensores dos direitos dos contribuintes, ao passo que, em tese, afrontaria os princípios da reserva legal e da segurança jurídica.

Os mais moderados afirmam a possibilidade de tributação por ausência de prova da intenção negocial, escorando-se nas premissas civis do respeito à boa-fé e do uso regular do direito resguardadas pelo Código Civil Brasileiro. São as palavras de Flávio Augusto Prado: “assim, é provável que o direito tributário brasileiro se utilize, cada vez mais, do propósito negocial existente no ato praticado, para que perceba se aquele comportamento do contribuinte foi válido ou não”.³⁶

Um exemplo bastante claro da ausência de propósito negocial seria a cisão de determinada empresa para que, com isso, fosse possível enquadrar as novas empresas em regime tributário menos oneroso que o anterior, sem qualquer outro benefício ou ganho de ordem negocial – apenas e tão somente economia tributária.

Por fim, trazemos as figuras dos ilícitos típicos com conseqüências na seara tributária: o *dolo*, a *fraude* propriamente dita e a já abordada *simulação*. Por força de seu caráter ilícito, há que se

³⁴ *Op. cit.*, p. 106

³⁵ *Idem, ibidem.* p. 106.

³⁶ PRADO, Flávio Augusto Dumont. O Planejamento Tributário à Luz do Novo Código Civil. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 327-342. p. 334.

anotar que tratam-se de formas *evasivas* de economia tributária, fora das ações de planejamento tributário e que, no mais das vezes, será tipificada inclusive no âmbito penal.

Célio Janczeski define a relação da fraude, dolo e ilicitude: “segundo as regras do direito privado, quando o motivo determinante, comum a ambas as partes do negócio jurídico, for ilícito (inciso III, do art. 166 do CC), o mesmo será nulo, na medida em que o ilícito foi o motivo determinante, ilícito será o objeto do negócio”.³⁷

Fraude propriamente dita e dolo estão intimamente ligados posto que este é o modo pelo qual se executa aquela. Dolo, como já bastante ventilado pela disciplina jurídica, nada mais é que o *animus* de causar este ou aquele comportamento. Neste sentido é que também se filia José S. M. Borges citado por Maria Angélica Dias: “dolo, fraude ou simulação constituem ilícitos tributários porque são pressupostos para a aplicação de penalidades específicas. Na medida entretanto [sic] em que o dolo se identifica com determinada manifestação de vontade tendente a uma aplicação defeituosa das normas tributárias, porque é a forma comum e mais grave do elemento subjetivo da culpabilidade, poderá ser aceita a opinião de que o dolo se constitui num elemento integrante tanto da fraude quanto da simulação”.³⁸

A fraude propriamente dita consiste na evasão de tributos claramente devidos. Ainda segundo a referida advogada, “os meios, no caso desse tipo de fraude, são evidentemente ilícitos na sua exteriorização formal, o que a diferencia da simulação, cujos meios são, em um primeiro momento, aparentemente lícitos”.³⁹

De ver-se que todas as doutrinas e teorias que afastam os abusos do direito de planejamento tributário encontram sempre um núcleo comum em sua definição ou aplicação, ou são derivadas de teorias genéricas que se desdobram em ramificações específicas. O subjetivismo impera e a doutrina não encontra um norte comum para pacificar entendimento na definição dos institutos. Os conceitos são muito próximos uns dos outros, de modo que um mesmo fato poderá ser enquadrado em mais de uma teoria que disponha sobre as patologias contratuais ou, a depender do intérprete, em nenhuma delas. Raras exceções em que há a unicidade de pensamento neste sentido.

³⁷ *Op. cit.*, p. 107.

³⁸ *Op. cit.*, p. 94.

³⁹ *Idem, Ibidem*, p. 93.

3. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

O planejamento tributário tem conotação internacional por excelência. Fruto da globalização, deve sempre ser analisado no contexto global de sua evolução e aplicação. Como a proposta do presente estudo é a de analisar o instituto do planejamento tributário por todos os seus ângulos, ainda que de forma sucinta, não poderíamos jamais negligenciar a experiência no cenário internacional. Abordaremos então as experiências da Alemanha, Itália, Espanha e França.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, pouco prevê acerca de matéria tributária em seu texto. Tal composição se deve basicamente ao fato da sua classificação doutrinária em Constituição formal e sintética, qual seja, Constituição que prevê apenas matéria estritamente constitucional e abrange de forma sucinta os princípios e formas do Estado.

A característica de *enxuta* pode levar ao pensamento de que a Alemanha pouco ou quase nada evoluiu em matéria de Direito Tributário. Na realidade, o que ocorre é exatamente o contrário: trata-se de um país com considerável experiência em matéria tributária. Fernando Maida afirma ser a Alemanha “a locomotiva em relação ao exame da questão acerca da elisão tributária”.

40

Mas a questão tributária alemã inicia-se antes mesmo da promulgação da Constituição Alemã em 1949: advém do Código Tributário Alemão de 1919, que objetivou fundamentalmente desconstituir o pensamento da *jurisprudência dos conceitos* através de uma nova fundamentação do Direito, fugindo dos formalismos do positivismo conceitualista e partindo para a *jurisprudência dos interesses*, que busca uma interpretação mais realista, com fundamento material e real. Então, é do Direito Alemão que surge a discussão de abertura na interpretação do Direito Tributário.⁴¹

Atravessada uma longa jornada na evolução jurídica da Alemanha, que acompanhou o desenrolar histórico daquele país, chega-se ao ano de 1977, com a reforma do Código Tributário Alemão que, pela livre tradução de Ruy Barbosa Nogueira citado por Ricardo Lobo Torres estava assim redigido: “Art. 42. A lei tributária não pode ser fraudada através do abuso de formas jurídicas.

⁴⁰ MAIDA, Fernando. A importância conceitual da elisão fiscal como instrumento estratégico na prática do planejamento tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 74.

⁴¹ TORRES, Ricardo. *op. cit.*, p. 205.

Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá como se para os fenômenos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada”.⁴²

Interessante apontamento acerca daquela norma antielisão reside no fato de que jamais houve qualquer questionamento, judicial ou doutrinário, acerca da constitucionalidade da referida norma. Tal fato se deve porque, segundo Ricardo Lobo Torres: “a doutrina alemã desconhece conceitos como tipicidade fechada, ilegalidade absoluta, não trabalha com esse tipo de idéias e tanto a doutrina quanto os tribunais passaram a aceitar essa norma”.⁴³ A norma geral antielisão alemã convive em plena harmonia com as ações de planejamento tributário daquele país, vetados os abusos e simulações que se enquadrem no Art. 42 do Código Tributário e demais normas neste sentido.

O caso Italiano difere-se do Alemão ao passo que sua Constituição, a “Costituzione Della Repubblica Italiana”, promulgada em 27 de dezembro de 1947, já faz constar em seu texto algumas disposições acerca do princípio da legalidade e da obrigação jurídico tributária, ainda que de forma bastante tímida.

Os pontos de maior relevância referem-se à observância do dever de solidariedade e do princípio da legalidade, da capacidade tributária e ao critério da progressão, inscritos basicamente nos artigos 2º, 23º e 53º.

Fora da seara Constitucional, há que se ponderar a questão conceitual adotada pela doutrina italiana. Assim como no Brasil, três são os conceitos-base da discussão acerca da supressão do dever tributário do contribuinte: a *evasione*, a *elisione* e a *risparmio d'imposta*.⁴⁴

Em Fernando Maida encontramos o parâmetro e a definição de cada uma delas. A *evasione* refere-se ao inadimplemento culposo da obrigação tributária já existente, sendo considerado um ilícito punível pela legislação tributária. Não há manipulação ou intenção de alterar o fato imponible, mas há violação direta de lei. Já a *elisione* refere-se à uma manipulação dolosa dos pressupostos de aplicação da norma tributária, conceito este mais próximo do que convencionamos tratar neste trabalho de “evasão”. Por fim, a figura da *risparmio d'imposta*, este afeto ao

⁴² *Idem, ibidem.* p. 186.

⁴³ *Idem, ibidem.* p. 186.

⁴⁴ Na tradução literal: Evasão, Elisão e Poupança Fiscal

planejamento tributário ou à definição de elisão fiscal, ao passo que consiste numa organização lícita que acarreta menor onerosidade do encargo tributário.⁴⁵

A Legislação infraconstitucional italiana também se filia, em partes, na mesma lógica da Legislação Alemã, ao passo que descreve um elenco de negócios inoponíveis ao Fisco para fins tributários.⁴⁶

A “Constitución Española”, de 27 de dezembro de 1978, ou Constituição Espanhola, resguarda forte similitude com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no que se refere à extensão e às matérias que são tratadas em seu texto.

Sobre o tema específico que nos interessa a este estudo, há também algumas disposições especiais sobre a relação jurídico-tributária que se referem, basicamente, acerca dos valores da igualdade, justiça, progressividade, capacidade contributiva e do princípio da legalidade.

Assim como no direito brasileiro e, como visto alhures, no direito italiano, o direito espanhol também divide em três os institutos relacionados à economia tributária: *elusión* ou *economia de opción*; *evasión*, *fraude fiscal* ou *fraude tributaria* e, por fim, *la fraude a la ley tributaria* ou *fraude de ley tributaria*.⁴⁷

A *elusión* ou *economia de opción* é o que podemos definir como mais próximo de nossa definição de planejamento tributário ou elisão fiscal: é a economia lícita, legítima e eficaz de tributos. Já a *evasión*, *fraude fiscal* ou *fraude tributaria*, é considerada a violação direta da lei e da obrigação jurídico-tributária, considerada inclusive como crime, muito próxima do conceito brasileiro de evasão. Por último, a *la fraude a la ley tributaria* ou *fraude de ley tributaria*, que se traduz na conduta do contribuinte de economia de tributos, utilizando-se dos abusos de formas jurídicas.

O jurista espanhol Perez de Ayala, citado por Fernando Maida, afirma que o Fisco espanhol foca suas ações antielisivas sobre o instituto da fraude à lei tributária, fazendo uso dos Arts. 24, 25 e 28 da Lei Geral Tributária espanhola, que asseguram a possibilidade do uso de analogia para fins tributários.⁴⁸

Diferentemente da situação da Alemanha, na Espanha, as críticas acerca deste tipo de limitação ao direito de planejamento tributário são consideráveis. E assim o são já que a doutrina

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 72-3.

⁴⁶ ESTRELLA, André. *op. cit.*, p. 239.

⁴⁷ MAIDA, Fernando. *op. cit.*, p. 79.

⁴⁸ *Idem, ibidem*. p. 81.

deste país posiciona-se pela franca inconstitucionalidade das disposições antielisivas da Lei Geral Tributária Espanhola, já que atentam contra o princípio da reserva legal e da capacidade contributiva, ao autorizar o uso da analogia.

A análise constitucional do direito tributário Francês não é tão farta como visto em países como a Itália e a Espanha. A Constituição da República da França, de 4 de outubro de 1958, faz constar em seus artigos uma considerável quantidade de valores e princípios de ordem iluminista, de certo pelo fato de ser o país-seio de tal movimento. Do ponto de vista quantitativo, muito se assemelha à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, quase nada dispondo acerca da questão tributária em termos estritos, à exceção da previsão do princípio da legalidade em seu Art. 34.

A França teoriza suas ações antielisivas respaldadas no conceito de abuso de direito. A experiência francesa é de suma importância, já que alguns autores afirmam ser a nossa norma geral antielisiva a recepção da norma francesa.

O Professor Ricardo Lobo Torres afirma como se dá o procedimento francês para desconsideração dos atos elisivos: “Na França o art. 1.741 do *Code Général des Impôts* cria sanções para quem tenha ‘*volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l’impôt*’. O art. 64 do *Livre des Procédures Fiscales* cuida da repressão ao abuso de direito (*répression des abus de droit*), ao prever que não podem ser opostos à administração dos impostos os atos que dissimulam a verdadeira compreensão de um contrato ou de uma convenção (*qui dissimulent la portée véritable d’un contrat ou d’une convention*); a Administração fica autorizada a requalificar os fatos (*L’Administration est en droit de restituer son véritable caractère à l’opération litigieuse*)”.⁴⁹

Finalizando, é válido destacar o pensamento de Heleno Torres que, citado por Luciano Bogo, afirma a baixa aplicabilidade das normas antielisão em determinados países: “mesmo nos países que adotam a norma geral antielisão, restam dúvidas sobre sua utilidade e eficácia, principalmente por ser fácil o descaminho para uma interpretação analógica ou meramente econômica, figuras há muito rejeitas no campo da imposição tributária. Segundo o relato do referido autor, na Espanha, Portugal, Itália, França e Bélgica, as normas gerais antielisão tiveram até hoje raríssima aplicação”.

50

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 392.

⁵⁰ BOGO, Luciano Alaor. *Elisão Tributária: licitude e abuso do direito*. 2005. 350f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba. p. 256.

CONCLUSÃO

Não há justificativa para se deixar de executar planejamento tributário que reverte benefícios à sociedade empresarial ou à pessoa física, uma vez que tal ação encontra respaldo legal e preenche os demais requisitos necessários à validade do planejamento. Ressalte-se que tais ações são de fundamental valia para a competitividade de determinadas sociedades e, em alguns casos, até determinante da existência, continuidade e sucesso destas.

O planejamento tributário é legal, não só quando respeitar a legislação vigente, mas quando operado sob a ótica da boa-fé, da ética e do respeito à função social do direito, ainda que o conceito de ética seja dotado de grande subjetividade e alheio à ciência do direito.

A discussão acerca da constitucionalidade do planejamento tributário ainda encontra grandes embates de ordem hermenêutica: ora tendendo ao direito do contribuinte, ora ao direito de arrecadação do Estado.

A favor da adoção da *elisão fiscal*, pesam os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da certeza do direito e até mesmo o clássico *princípio da dignidade da pessoa humana*. O fisco fundamenta sua resistência nos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da solidariedade social.

Ponto de grande divergência sobre o assunto reside na análise da constitucionalidade da norma geral antielisão, inserida no Parágrafo Único do Art. 116 do CTN através da LC 104/01. De nossa análise, temos que o direito conferido ao Fisco pela LC 104/01, do molde com que atualmente encontra-se plasmado no ordenamento jurídico, inclusive sem a devida regulamentação, consiste em demasiada e infundada abertura e subjetivismo.

A possibilidade de desconsideração de determinados atos que não *agradam* ao fisco, a serem julgados por aquele que tem grande interesse na causa: a própria administração fiscal, não aparenta ser a melhor solução.

A insurgência do Fisco face às ações abusivas de planejamento tributário é legítima. Todavia, não se justifica que, sob a bandeira do combate a uma injustiça, se pratique outra, inclusive, com o

desrespeito a direitos fundamentais do contribuinte, como se pretende com a aplicação da norma geral antielisão.

É necessário que a relação Fisco x Contribuinte ganhe novos contornos fora da clássica discussão positivista. Um amadurecimento de mão dupla: do contribuinte, que evite justificar ações puramente elisivas alegando direito seu; e do Fisco, que compreenda a importância e a inafastabilidade das ações de planejamento tributário que não atentem contra a lei e assim as respeite. Um caminho complexo, mas inevitável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Leticia Mary Fernandes do. *Governança Tributária na prática*. Revista Governança Tributária, Curitiba, ed. comemorativa. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

BASTOS, Almir Martins. *Elisão Tributária e seu contexto - Fundamentos Econômicos*. In: Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Anais... Brasília: ESAF, 2002. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminariointer/anaisseminariointerelisaofis2002.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2011.

BOGO, Luciano Alaor. *Elisão Tributária: licitude e abuso do direito*. 2005. 350f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba.

BORGES, José Souto Maior. *A Norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do Sistema Tributário Nacional*. In: Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Anais... Brasília: ESAF, 2002. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminariointer/anaisseminariointerelisaofis2002.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2011.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. *Novas reflexões acerca do Planejamento Tributário*. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 283-306.

DIAS, Maria Angélica S. de Souza. *O Planejamento Tributário e a simulação, o dolo, a fraude propriamente dita, o abuso do direito e a fraude a lei*. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 91-102.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *A Norma Antielisiva Geral*. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 217-252.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. *Estudos do IBPT*. Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.list.php?publicacaotipo_id=2>. Acesso em 28 jan. 2011.

INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION – IBFD. *International Tax Glossary*. Amsterdam: IBFD, 1988.

JANCZESKI, Célio Armando. Planejamento tributário e o negócio jurídico indireto. Simulação, dissimulação, abuso de forma e abuso de direito. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 103-115.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Breves notas sobre Planejamento Tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 359-374.

MAIDA, Fernando. A importância conceitual da elisão fiscal como instrumento estratégico na prática do planejamento tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 63-88.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão tributária e o princípio da legalidade, à luz da segurança jurídica – parecer. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 25-48.

MOREIRA, André Mendes. *Elisão E Evasão Fiscal – Limites Ao Planejamento Tributário*. Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário, Vol. 21, Belo Horizonte, mar.-abr. 2003, p. 11-17.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Os limites éticos do planejamento tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 173-190.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: MP Editora, 2005.

PRADO, Flávio Augusto Dumont. O Planejamento Tributário à Luz do Novo Código Civil. In: PEIXOTO, Magalhães (Org.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 327-342.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Tributação e comércio eletrônico: considerações sobre planejamento tributário. In: PEIXOTO, Magalhães (Coord.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 555.

TORRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do Sistema Tributário Nacional*. In: Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Anais... Brasília: ESAF, 2002. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminariointer/anaisseminariointerelisaofis2002.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2011.

REFLEXÕES ACERCA DO CHEQUE PÓS-DATADO**Mario Augusto Quinteiro Celegatto ¹**

SUMÁRIO: NOTAS INTRODUTÓRIAS. 1. DO CHEQUE PÓS-DATADO; 1.1 Terminologia; 1.2 Conceito; 1.3 Natureza jurídica; 1.3.1 Natureza cambiária do cheque pós-datado; 1.3.2 – Natureza obrigacional do cheque pós-datado; 1.4 Aplicabilidade do cheque pós-datado 1.5; A pós-datação e os requisitos legais do cheque; 1.6 Espécies de pós-datação; 1.7 Endosso no cheque pós-datado; 1.8 Efeitos da pós-datação quanto aos prazos prescricionais e de apresentação; 1.9 Licitude e legalidade do cheque pós-datado; 1.10 Breves considerações penais; 1.11 Breves noções sobre o cheque pós-datado e o Código de Defesa do Consumidor; 1.12 Apresentação antecipada do cheque pós-datado; 1.13 O cheque pós-datado e uma nova legislação. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO: Este artigo é resultado de um estudo acerca do cheque pós-datado. Nossa legislação se omite sobre o tema e a sociedade, por sua vez, reservou-se ao direito de alterar a destinação legal do instituto do cheque, que o define como pagável à vista. As implicações da pós-datação do cheque são variadas: O cheque passa a servir como instrumento de crédito e, para seus defensores, tem seu prazo prescricional majorado. A priori temos a noção de que o cheque como título pagável à vista não comporta exceções e sua deturpação tem implicações mais gravosas do que os defensores da pós-datação percebem. De outra banda, nota-se que a pós-datação tem efeitos no campo obrigacional, gerando uma obrigação de não fazer e, quando descumprida, a responsabilidade civil, sendo tal posicionamento sumulado pelo STJ. Assim, a pós-datação tem implicações diversas, sendo ineficaz frente ao Direito Cambiário, mas gerando efeitos no direito obrigacional.

Palavras-Chave: Cheque. Pós-datação. Efeitos.

ABSTRACT: This article is a result of a study about post-dated check. Our legislation omits itself about the subject and the society, on the other hand, reserved the right to change the legal destination of check institution, that defines as payable on demand. The implications of post-dated check are variable: The check becomes to serve as a credit instrument and, for its defenders, it has the prescription term increased. At first, we have the notion that the check, as an on demand payable title doesn't have exceptions and its disfiguration has more serious implications than the post-dating defenders notes. On the other side, it has seen that the post-dating takes effect on the obligation site, generating a not doing obligation and, when unaccomplished, the civil responsibility, been positioning decided by the STJ. This way, the post-dating has many implications, been useless in front of the Commerce Law, but generating effects on the obligation law.

Key Words: Check. Post-dated. Effects

¹ Estudante do último período do curso de direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG, *campus* Poços de Caldas.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Do dinamismo social surge o cheque pós-datado, visto que as pessoas não se deram por satisfeitas com a utilização do cheque enquanto instrumento de pagamento à vista, conforme a determinação legal do art. 32 da Lei nº 7.357 de 1985.

Viu-se na figura do cheque pós-datado uma possibilidade sob o ângulo do mercado, qual seja: a antecipação de um crédito. Mencionada utilização se propagou e se tornou muito usual no comércio. Pode-se observar com muita frequência a utilização do vulgarmente conhecido como cheque “pré-datado”, que mais tecnicamente deve ser nomeado como pós-datado, pois o que se faz é estabelecer uma data futura para apresentação do título, ou seja, faz-se uma pós-datação do cheque. Vários projetos de lei surgiram com intento de acolher o pós-datado em nosso ordenamento, todavia, em virtude de uma série de empecilhos legais e principiológicos, não se obteve sucesso.

Parece-nos que a subsistência do cheque tem se dado exatamente na modalidade pós-datada sendo que, de acordo com dados do Banco Central do Brasil, apenas no ano de 2010 foram compensados mais de 1,12 bilhão de cheques, representando, em valores, a quantia de 1,029 trilhão de reais². Destes, se possível fosse mensurar, empiricamente poderíamos concluir que o cheque pós-datado representaria a grande maioria do nicho de mercado. T tamanha expressão numérica e valorativa nos demonstra que o cheque ainda representa a mais freqüente forma de pagamento após a moeda corrente e, per si, essa informação já bastaria para preocupar-se com o estudo do pós-datado.

1. DO CHEQUE PÓS-DATADO

Procuraremos nos tópicos que se seguem trazer breves reflexões acerca daquilo que consideramos essencial ao entendimento das nuances do cheque pós-datado sem, obviamente, ter a pretensão de esgotar o tema ou formar opiniões, mas sim de pretendendo instigar a pertinente discussão

1.1 Terminologia

Como já fora dito, aquela denominação mais usual, qual seja, *cheque pré-datado*, está em desacordo com aquilo que se denota do instituto. Vejamos:

“Vê-se muito usual a expressão ‘pré-datado’ que juridicamente é inapropriada, pois o correto é dizer que o cheque emitido para pagamento em data posterior àquela lançada no título denomina-se ‘cheque pós-datado’ e não ‘pré-datado’ como é erroneamente usado no comércio e até mencionado em decisões judiciais. Vejamos o porque: O afixo ‘pré’ é

² BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Centralizadora da Compensação de Cheques – COMPE**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pom/spb/Estatistica/Port/Tabela_Pais.ASP?id=>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

originário do latim *prae* que vem a ser anterioridade, antecipação. Já o afixo ‘pós’, também originário do latim *post*, possui denotação de ato ou fato futuro.”³

1.2 Conceito

A partir do conceito poderemos entender a razão das discussões que cercam o instituto da pós-datação.

“Trata-se o cheque pós-datado de instrumento de crédito facilmente e largamente encontrado nas relações comerciais. Em nosso país, a grande maioria dos doutrinadores, definem o cheque pós-datado como sendo ‘cheque com data posterior à data em que foi efetivamente emitido’.”⁴

O conceito abordado por Sérgio Carlos Covello é amplamente difundido na doutrina. O eminente doutrinador assim conceitua o cheque pós-datado:

“O cheque pré-datado, ou pós-datado, como prefere parte da doutrina, é o cheque emitido com cláusula de cobrança em determinada data, em geral a indicada como data da emissão, ou a consagrada no canto direito do talão.”⁵

Curioso mencionar que, ainda que no Brasil não haja suporte legal para o cheque pós-datado, há, em países vizinhos, suporte legislativo conceitual do instituto. Na Argentina, a *Ley de Cheques, ley 24.452* de 1995, conceitua, em seu art. 54 o pós-datado e no Uruguai, também há, no *Decreto-Ley 14.412*, de 8 de agosto de 1975, a conceituação de tema em epígrafe.

Finalizando a conceituação, trazemos uma impressão pessoal no sentido de que, seja qual for o formalismo trazido pela doutrina ao conceito de cheque pós-datado, sua idéia é bastante simples e se consubstancia em efetivamente convencionar-se a apresentação do cheque para data posterior a sua efetiva emissão, registrando o acordo no próprio título ou em lembrete fixado ao título.

1.3 Natureza jurídica

Há na doutrina uma tendência em se visualizar duas diferentes naturezas jurídicas no cheque pós-datado. Sendo elas: *cambiária* e *obligacional ou contratual*.

“o cheque *pós-datado* tem duas naturezas, uma cambiária (título de crédito) e outra contratual. Para ele, trata-se de acordo de vontades em que as partes estipulam livremente o modo de aquisição e o pagamento daquilo

³ ANDREATTA, Vanessa. **O cheque pós-datado em vista das exigências da lei do cheque**. 1. ed. Leme: Editora de Direito, 2004, p. 42.

⁴ ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 43.

⁵ COVELLO, Sergio Carlos. **Prática do cheque**. São Paulo: Leud, 1994, p. 44.

que foi acordado, mantendo, ainda, a qualidade cambiária do cheque, que preserva a sua maior característica, qual seja, a ordem de pagamento à vista, pois ao ser apresentado ao sacado, o cheque deve ser pago imediatamente.”⁶

A dúvida existe, já que, como nos ensina Fábio Ulhoa, há uma previsão legal expressa de que o cheque é pagável à vista e qualquer menção contrária a isso padece de um vício de ineficácia absoluta. Assim, haveria para o ilustre doutrinador certo *desvio de natureza* do título, criado com fim precípuo de pagamentos à vista.⁷

1.3.1 Natureza cambiária do cheque pós-datado

Quanto ao aspecto cambiário teremos as maiores dúvidas, já que há aqueles que entendem que a pós-datação irá desnaturar o cheque, tornando-o infértil cambiariamente, permanecendo somente sua característica obrigacional..

“Portanto, no âmbito cambiário, podemos dizer que o destinatário do cheque não é obrigado a respeitar a cláusula de pagamento à prazo, e nem tampouco o banco deve obedecer a qualquer cláusula que obste o pagamento à vista, devido a natureza legal que coroa o cheque como ‘*ordem de pagamento à vista*’.”⁸

Apresentando a idéia da desnaturação, devemos observar o seguinte posicionamento:

“O acordo de vontades entre o beneficiário e o emitente, desconfigura o título como cheque, retirando-lhe o elemento essencial de ordem de pagamento à vista, para fazer dele uma simples garantia de dívida ou promessa de pagamento à termo, com a vantagem de preservar algumas características originárias da cártula, como por exemplo, a possibilidade de apresentação ao sacado para pagamento, desde logo, já que o cheque deve ser pago no momento da apresentação.”⁹

Sustentando, também, a sua infertilidade no Direito Cambiário, temos o que se segue:

“O uso do cheque pós-datado nenhuma repercussão tem no direito cambiário. Eventuais danos advindos de sua má utilização devem ser

⁶ CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **Cheque pós-datado**. *Revista Consulex*. Brasília, Consulex, ano IV, n. 43, p. 32-35, jul. 2000 *apud* ALDROVANDI, Andrea, *op. cit.*

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 445, v. 1..

⁸ ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 51.

⁹ CAHALI, Yussef Said. **Danos Morais: Cheque sem fundos**. *Revista Consulex*. Brasília, Consulex, ano III, n. 26, p. 46-47, fev. 1999.

resolvidos na seara do direito comum, nunca alterando-se postulados do direito cambiário.”¹⁰

De maneira a entender que se manterá o caráter cambial, tem-se o seguinte:

“Existe quase um consenso entre os doutrinadores e operadores do direito quanto à natureza jurídica do cheque pós-datado, pois a grande maioria entende que a convenção entre o beneficiário e o emitente em relação à pós-datação, desnatura o título como cheque comum, mas não retira do título as suas características de cambial, pois manter-se-á como título executivo extrajudicial, poderá circular e ser apresentado desde logo ao sacado para pagamento.”¹¹

No sentido de preservação do caráter cambial, vejamos posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“O cheque pós-datado emitido em garantia de dívida não se desnatura como título como título executivo extrajudicial, sendo que a circunstância de haver sido aposta no cheque data futura, embora possua relevância na esfera penal, no âmbito dos direitos civil e comercial traz como única consequência prática a ampliação real do prazo de apresentação.” (STJ, RE nº 16.855, SP, 4ª T., Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nº 8, ementa nº 287, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo,) e (STJ, RESP nº 223486, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).”

Ainda no sentido de manutenção do aspecto cambiário vejamos:

“Os cheques pós-datados mantêm-se como títulos cambiários, em sua plenitude, com possibilidade de apresentação imediata ao sacado, para pagamento à vista. (Lei Uniforme, art. 28, 2ª parte; Lei 7.357/85, art. 32 par. único). Os efeitos da pós-datação ‘operam apenas no plano do direito comum’, extracartular, que rege a relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente à emissão do cheque.”¹²

1.3.2 – Natureza obrigacional do cheque pós-datado

Em primeiro plano devemos observar que a pós-datação nada mais representa que um acordo de vontades.

¹⁰ BRUSCATO, Wilges. **Manual de Direito Empresarial Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 435.

¹¹ ALDROVANDI, Andrea. **Cheque pós-datado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4048>. Acesso em: 11 abr. 2011.

¹² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Caução de Cheques pré-datados**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, jan. abr. 1998.

“Tal convenção, que geralmente se dá oralmente, pode resultar até de publicidade do comerciante (CDC art. 30), mas efetiva-se com a declaração escrita do emitente, lançando a data futura no cheque e o nome do tomador, sendo aceita por este. E, se por um lado tal pacto não é oponível ao banco depositário, por outro é válido entre as partes.”¹³

As razões de se ver a pós-datação como algo capaz de dar natureza obrigacional ou até mesmo contratual ao cheque são melhores explicitadas no seguinte trecho:

“Portanto a materialização da relação no caso em tela, trata-se tão e simplesmente de acordo de vontades, em que as partes estipulam, livremente, o modo de aquisição e o pagamento daquilo que foi acordado.”¹⁴

Enfatizando o aspecto obrigacional do cheque pós-datado podemos observar a seguinte lição:

“Porém, o cheque pós-datado representa, para além das fronteiras do direito cambiário, inegavelmente, em seu uso deformado, um acordo entre as partes da relação extracartular, traduzindo uma obrigação de não fazer assumida pelo beneficiário.”¹⁵

Ainda complementando a idéia contratual em paralelo com a cambiária da pós-datação observar-se-á:

“Veja-se que, nesse caso, em paralelo ao ato de emissão de um título de crédito, temos um contrato firmado entre fornecedor e consumidor, pelo qual aquele se compromete a apresentar o cheque somente na data predeterminada (...).”¹⁶

1.4 Aplicabilidade do cheque pós-datado

Para introduzir este item do trabalho traremos à baila a ímpar lição de Fábio Ulhoa Coelho que revela de forma concisa e bastante precisa aquilo que pretendemos expor.

“O cheque tem se revelado, no mercado consumidor brasileiro, o instrumento mais ágil e apropriado à documentação do crédito concedido pelos empresários, fornecedores de mercadorias e serviços. Ao se parcelar o preço do fornecimento em duas ou mais vezes, tem-se preferido geralmente, para comodidade de ambas as partes, a entrega pelo

¹³ ALDROVANDI, Andrea, *op. cit.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵ BRUSCATO, Wilges, *op. cit.*, p. 488.

¹⁶ BERTOLDI, Marcelo; PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 449.

consumidor de tantos cheques quantas forem as parcelas, emitidos com data futura (o cheque *pós-datado* que, além dos círculos dos cultores do direito cambiário, todos conhecem por cheque *pré-datado*).¹⁷

Este item apresentará quais são os impactos do cheque pós-datado em nossa sociedade, discorrendo sobre três subitens quais sejam: *o dinamismo da sociedade* influenciando no cheque, dando-lhe uma roupagem diferente daquela prevista expressamente em lei; *a importância do crédito*, que, fatalmente, foi razão precípua para a existência do pós-datado e *o cheque pós-datado e o comércio*, qual sua utilidade e vantagens.

“A sociedade contemporânea pode ser qualificada como *sociedade de consumo*. O enorme volume de bens fabricados e comercializados diariamente se deve, de um lado, à incessante inovação das utilidades, aliada a renovados meios de divulgação, cada vez mais agressivos, que cativa a cobiça humana, e, de outro, às facilidades da obtenção e concessão do crédito, de modo a popularizar, a juros altos, o acesso a bens e serviços. O consumo, na escala em que se encontra, não seria possível, portanto, sem o crédito (...). A economia atual se assenta, em grande medida, nas operações realizadas mediante concessão de crédito, já que a vida moderna é imediatista e não tolera postergação de objetivos e resultados (...). Assim, quando observamos o *modus vivendi* da sociedade contemporânea, é fácil constatar a importância que o crédito toma na vida de todos nós, em maior ou menor grau: desde os grandes conglomerados econômicos até o simples camponês (...). Aqui se remete o leitor à idéia de antecipação do resultado econômico, representada pelo imediatismo das relações negociais, que só é possível com o crédito e sua eficiente negociação.”¹⁸

Especificando a importância do cheque pós-datado observa-se o seguinte:

“O cheque pós-datado é o instrumento de crédito preferido pelos comerciantes, quando comparado à duplicata ou à nota promissória, pois estes, devido a burocracia na hora de comprar, espantam o consumidor. Enquanto que aquele, o famoso *pré-datado* é utilizado, inclusive, em anúncios, para atrair os compradores, pois, possibilita ao consumidor a compra do produto mesmo não possuindo momentaneamente o capital necessário para seu pagamento.”¹⁹

Abrindo nossos olhos para outro ponto incisivo, devemos observar a seguinte lição:

“A grande difusão do cheque pós-datado - apontada como fundamento do projeto - não é justificativa suficiente: o título que deve ser utilizado pelo comércio para as vendas com prazo de pagamento é a duplicada, não o

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 445.

¹⁸ BRUSCATO, Wilges, *op. cit.*, p. 488.

¹⁹ ALDROVANDI, Andrea, *op. cit.*

cheque... mas, o manejo da duplicata obriga o registro da mesma na escrituração respectiva do comerciante, o que impede o 'caixa 2', por exemplo... não há necessidade jurídica na alteração da lei do cheque. Ele não é o título prescrito em lei para utilização nesses casos... Como temos uma carga tributária insana, fecham-se os olhos para esse desvio. Daí a grande difusão do pós-datado. Mas, que, tecnicamente, não se justifica a alteração da lei, não se justifica..."²⁰

Outro ponto bastante interessante de ser abordado, diz respeito ao artifício social que o cheque pós-datado pode significar frente a uma elevada taxa de juros para concessão de crédito.

“Desde dezembro, o consumidor e o mercado driblam as restrições ao crédito feitas pelo governo com uma invenção brasileira: o cheque pré-datado. Do último trimestre de 2010 para o primeiro deste ano, a fatia do pré-datado no total de cheques emitidos aumentou quase 2 pontos percentuais, de 76,37% para 78,04%. Esse acréscimo equivale a R\$ 13,250 bilhões que irrigaram o mercado fora das estatísticas do Banco Central no período. No ano, o crédito do pré-datado pode atingir R\$ 53 bilhões, diz José Antônio Praxedes Neto, presidente da Telecheque, empresa especializada em concessão de crédito. O pré-datado, segundo ele, responde por 15% do volume de crédito livre destinado a consumidores e empresas no País e é uma alternativa de crédito com custo financeiro bem mais acessível que as linhas das financeiras. Nas contas do executivo, a prestação de um financiamento de R\$ 1 mil, em dez vezes, no pré-datado, embutindo uma taxa de desconto antecipado do cheque de 1,5%, seria quase 11% menor comparada à mensalidade de um financiamento do mesmo valor e prazo, com juros de 3,5% ao mês e o novo IOF. "A decisão do governo de dobrar o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) deve estimular o uso do pré-datado e do crediário de lojistas com recursos próprios", diz Praxedes Neto. Dados de outra empresa especializada em garantia de cheque, a Check Ok, confirmam o avanço do pré-datado. Segundo Antônio Afonso, executivo da companhia, houve um aumento de 13% no total de pré-datados em valor no primeiro trimestre deste ano na comparação com igual período de 2010 e 6% em número de documentos. "Com o IOF maior, o varejo vai tentar ampliar a aceitação do pré-datado para escapar da tributação e manter o ritmo de vendas", diz o consultor de varejo Claudio Felisoni, enfatizando que também o consumidor começa a dar sinais que está menos predisposto a comprar no crediário com prazos a perder de vista.”²¹

A importância do pós-datado no comércio dificilmente pode ser questionada frente aos números que serão apresentados a seguir:

²⁰ BRUSCATO, Wilges. Migalhas, 6 abril 2010. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_leitores.aspx?op=true&cod=130481. Acesso em: 28 abr. 2011.

²¹ AGÊNCIA DE ESTADO. **Cheque pré-datado volta a ser opção**. IG Economia. Disponível em: <http://economia.ig.com.br/cheque+predatado+volta+a+ser+opcao/n1300049265353.html>. Acesso em: 28 abr. 2011.

“Os cheques pós-datados no ano de 2003 movimentaram R\$ 372 bilhões, um aumento de 46,9% em relação ao ano de 2002 (R\$ 253,3 bilhões), segundo dados da Abracheque (Associação Brasileira das Empresas de Informação, Verificação e Garantia de Cheques). Ainda com base nos dados fornecidos pela Abracheque verificamos que 92,5% dos cheques emitidos são de valores abaixo de R\$ 1.000,00 (hum mil reais). Em suma, nos últimos 6 anos, a movimentação de cheques pré-datados aumentou 13,3%. Em 1997, o varejo registrava 59,2% de cheques pré-datados contra 40,8% de cheques à vista. Em 2003, foram 72,5% de pré-datadas.”²²

Outros números bastante impressionantes são os da ANFAC (Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil Factoring). Observa-se que tal associação contava, em 2008, com 664 associados; juntos detinham um patrimônio líquido de mais de 10 bilhões de reais; contavam com um crédito bancário de aproximadamente 1,5 bilhão de reais; juntas contavam com o impressionante número de aproximadamente 80 bilhões de reais em carteiras de desconto; detinham um grupo de quase 10 mil funcionários e aproximadamente 150 mil empresas clientes²³

Frise-se que, nem sempre é possível identificar o cheque pós-datado como tal. Assim, excluindo-se as operações bancárias e de *factorings*, dificilmente consegue-se contabilizar o real número de pós datados.

1.5 A pós-datação e os requisitos legais do cheque

Nos termos do artigo 1º, inciso V, da Lei do Cheque a data da emissão é requisito essencial. O relevante é esclarecer em qual momento a data deverá estar presente, se desde a sua emissão ou no momento da apresentação para pagamento. Essa discussão é de vital importância, pois há uma espécie de pós-datação onde a data será consignada somente no momento da apresentação para pagamento.

“Conquanto a lei a considere como um de seus requisitos essenciais, a falta da data no cheque dificilmente acarretaria sua nulidade, pois o portador, com facilidade, a supriria. Aliás, da leitura do art. 2º da Lei Uniforme constata-se que esta admite a emissão do cheque incompleto, embora o considere ineficaz enquanto não completado. O mesmo também o faz a Lei n. 7.357/85, no art. 16, quando consagra a possibilidade de ser o cheque incompleto preenchido por outrem.”²⁴

²² ABRACHEQUE (Associação Brasileira das Empresas de Informação, Verificação e Garantia de Cheques) *apud* ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 81-82.

²³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS SOCIEDADES DE FOMENTO MERCANTIL FACTORING. **Quadro Comparativo da Evolução Patrimonial e Operacional das Sociedades de Fomento Mercantil Filiadas à ANFAC.** Disponível em: < <http://www.anfac.com.br/jsp/arquivos/documentos/estatistica2008.pdf>>. Acesso em: 28 de abril 2011.

²⁴ DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 87, v.2.

De qualquer forma, seja qual for a modalidade de pós-datação, é pacífico na doutrina o entendimento de que a data é sim requisito essencial, mas deverá constar tão somente no momento da apresentação do título e, nesse momento, obviamente deverá estar completa.

O STF sumulou a matéria, prevendo, em sua súmula 387, que “A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto.

1.6 Espécies de pós-datação

Coube à prática comercial emancipar as possíveis formas de se pós-datar um cheque. A primeira é a aposição de uma data futura no espaço reservado para a data real de emissão de um cheque. Ocorre que, ainda que no cheque conste outra data (data futura), este poderá ser apresentado a pagamento sem qualquer impedimento desde sua emissão. Assim, importante compreender que nessa hipótese de pós-datação, o efeito da ampliação do prazo de apresentação é possível sim, desde que o beneficiário do cheque ou aquele que esteja em poder do título respeite a data convencionada, o que, na esfera cambiária, é uma mera faculdade.

Outra possibilidade de pós-datação, a mais comumente utilizada é o famigerado lembrete “*bom para...*”. Desta forma, precisamos lembrar que a pós-datação pode se dar fora do título cambiário, através de um lembrete colocado no cheque.

“Mas, contudo, o ato de se pós-datar, também pode se dar em separado, na ocasião à qual é anexado um lembrete ao cheque, informando a data que este poderá ser apresentado ao sacado para seu pagamento. Entretanto a atenção deve ser redobrada neste caso, pois o beneficiário poderá, usando de má-fé, retirar o lembrete e antecipar a apresentação do cheque, o que poderá ocasionar vários problemas ao emitente, dificultando assim, a prova do descumprimento do que fora convencionado entre emitente e beneficiário.”²⁵

1.7 Endosso no cheque pós-datado

Naquilo que concerne à possibilidade de uso, não há muito que se falar, pois não há qualquer óbice ao endosso. Questão de grande relevo é a responsabilidade do endossatário em respeitar a data avençada no negócio jurídico anterior que deu origem ao cheque. Ora, se o respeito à cláusula pelo primeiro beneficiário do cheque já gera polêmicas, vez que a lei é muito clara ao dizer que o cheque é pagável à vista, imagine a situação do endossatário que relação alguma tem com a obrigação que originou o cheque.

“Em suma, a pós-data não produz efeitos em relação ao sacado ou a terceiros, pois, em tese, o único que deve respeitar a data acordada é o beneficiário. O portador do cheque ‘pré-datado’, que o recebeu através de endosso, poderá apresentar o cheque para pagamento quando desejar,

²⁵ ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 46.

conforme determinação legal, e o sacado não poderá negar o pagamento caso haja provisão suficiente de fundos. Porém, fica claro que o beneficiário que convencionou a pós-datação com o emitente, poderá ser responsabilizado por eventuais danos que vier a causar ao mesmo pelo descumprimento do pactuado.”²⁶

Compete-nos dar mais uma informação útil, qual seja, a de que o endosso é um instituto tipicamente cambiário, não podendo, assim, trazer com ele vícios ou obrigações das relações antecedentes, em homenagem, novamente, aos princípios do direito cambiário.

1.8 Efeitos da pós-datação quanto aos prazos prescricionais e de apresentação

Serão elencados neste item os mais variados posicionamentos, desde aqueles que negam qualquer efeito a pós-data, até aqueles que entendem que ela terá o condão de majoração de prazos.

“Como já visto, a pós-datação do cheque não impede que este seja apresentado para pagamento antes da data convencionada, bem como não representa qualquer impedimento ao pagamento do mesmo pelo sacado (art. 32, Lei 7.357/85). Quanto à esse assunto não há dúvidas, pois a lei é clara, e tanto a doutrina como a jurisprudência admitem essa regra, sem divergências.”²⁷

Assim, o primeiro ponto que devemos nos ater é que a pós-datação em absolutamente nada impede a apresentação do cheque desde o momento em que foi recebido.

“Já mencionamos que qualquer escrito em contrário ao pagamento à vista, no cheque, é *ineficaz*. A maior prova disso é que será pago pelo banco assim que apresentado, se houver fundos. Se não houver, será devolvido.”²⁸

Devemos, nesse ponto, nos abstrairmos às questões indenizatórias cíveis e nos focarmos única e tão somente nos aspectos cambiários, que, por sua vez, permitem a apresentação desde logo do título. Apresentaremos agora, alguns posicionamentos no sentido de se contar o prazo prescricional a partir da efetiva apresentação.

“Questão importante é a contagem do prazo prescricional nos cheques pós-datados. A jurisprudência e a doutrina são uníssonas em dizer que, apresentado o referido cheque ao sacado antes data nele inscrita como sendo da emissão, não há como contar o prazo prescricional do art. 33 da Lei nº 7.357/85 a partir daquela, devendo a contagem ser iniciada quando da data da primeira apresentação.”²⁹

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 44-45.

²⁷ ALDROVANDI, Andrea, *op. cit.*

²⁸ BRUSCATO, Wilges, *Manual...*, p. 488.

²⁹ ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 28.

Considerando, também, que o prazo prescricional tem início de contagem a partir da efetiva apresentação temos as seguintes lições:

“Entende a doutrina que essa regra de contagem do prazo prescricional comporta somente uma exceção, referente ao caso de cheque pós-datado. Nesse caso, a contagem do prazo prescricional tem início a partir da data da apresentação do cheque ao sacado, mesmo que a data do título seja posterior à sua apresentação;”³⁰

Parecem-nos ligeiramente curiosos os posicionamentos acima, já que há uma desvinculação por completo com o teor do artigo 59 da Lei do Cheque, vez que o prazo prescricional não seria contado a partir do esgotamento do prazo de apresentação, mas sim a partir da apresentação à pagamento. Mais enigmático ainda é o fato de que considerar-se-á o prazo de apresentação e o prazo prescricional como duas figuras absolutamente autônomas, já que este tem início a partir da apresentação e não do esgotamento de seu prazo e aquele seguirá a data constante no título.

Vejamos posições que discordam daquelas acima citadas:

"Como o pagamento do cheque deve ser feito no dia da apresentação, mesmo que a sua data seja posterior àquela em que é apresentado, considera-se que, em princípio, o prazo de validade do cheque foi aumentado, juntando-se os dias anteriores à data que o cheque contém (e nos quais o portador pode validamente apresentar o cheque ao sacado, para pagamento) aos dias que se contam na data constante do cheque ao termo da apresentação." ³¹

No mesmo sentido explicitado acima, ou seja, de entender ampliado o prazo prescricional temos o seguinte:

“Entretanto, a pós-datação influi nos prazos de apresentação e, conseqüentemente, prescrição do cheque. Pois o prazo de apresentação deverá contar-se a partir da data aposta no título, ficando, assim, prorrogado, o que, por conseqüência, ocasionará a prorrogação do prazo de prescrição. Esta é a melhor interpretação, apesar de não estar prevista na lei.” ³²

Nestes casos, os prazos de apresentação e de prescrição continuarão unidos, ou seja, o prazo prescricional dará largada com o encerramento do prazo de apresentação, conforme dita a lei. A diferença é que ambos só serão efetivamente vislumbrados a partir da data lançada no título, a pós-datação. Assim, existirá um intervalo, entre a data da emissão/saque do cheque e a data constante no título em que estranhamente nenhum prazo fluirá.

³⁰ BERTOLDI, Marcelo; PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla, *op. cit.*, p. 450-451.

³¹ MARTINS, Fran. *O Cheque Segundo a Nova Lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1986 *apud* ALDROVANDI, Andrea, *op. cit.*

³² ALDROVANDI, Andrea. **Cheque pós-datado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4048>. Acesso em: 15 abr. 2011.

De outra banda, entendendo não ter o cheque pós-datado qualquer efeito nos prazos de apresentação e, conseqüentemente, no prazo prescricional temos o posicionamento de Wilges Bruscato:

“Note-se que o art. 59 da Lei do Cheque menciona expressamente que o prazo de prescrição é contado da *expiração do prazo* de apresentação do cheque. Por isso, mesmo que o título seja apresentado antes do esgotamento, a contagem do prazo prescricional não se antecipa, não se conta da efetiva apresentação e, sim, do esgotamento da totalidade do prazo legal para o ato. *Fundamental*, ainda, lebrar que o posicionamento de algumas decisões que *alargam o prazo prescricional do cheque por tratar-se de cheque pós-datado* não encontra base na lei e, muito menos, em toda principiologia do direito cambiário, sendo completamente atécnico. O título de crédito, gênero do qual o cheque é espécie, é documento formal e literal. O apego ao que nele está escrito não é questão de amor ao positivismo: é condição de validade. Assim é e assim deve ser. E não há razão para que se utilizem artificiosas justificativas do direito comum para derrogar princípios do direito cartular erigidos por séculos de aperfeiçoamento dessa técnica.”
33

1.9 Licitude e legalidade do cheque pós-datado

A abordagem acerca da legalidade de qualquer instituto de direito privado deve-se basear no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que assim estabelece: “*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”

Não iremos traçar qualquer tese constitucional ou penal acerca da legalidade ou ilicitude, nos basta, para compreensão deste tema que, de acordo com o artigo 5º, II da Constituição Federal, o entendimento, no âmbito do Direito Privado é de que tudo aquilo que não é vedado por lei, têm-se por permitido, ou seja, nos contratos de Direito Privado, via de regra, as partes podem pactuar ou repactuar tudo aquilo que não seja vedado por lei. Isso, ao contrário do que ocorre na esfera do Direito Público, onde só se faz aquilo expressamente previsto por lei.

Esse breve comentário acima se presta tão somente para tornar um pouco mais claras as lições doutrinárias que abordaremos a seguir:

“A atual Lei nº 7.357/85 não veda expressamente o cheque pós-datado e, portanto, sua validade. Embora o seu art. 32, parágrafo único, torne ineficaz a convenção da pós-data perante o banco sacado - pois este deve pagar o cheque quando o título lhe for apresentado -, a lei não influi no acordo realizado entre as partes, pois, entre elas, esta convenção é válida e deve ser respeitada.”³⁴

³³ BRUSCATO, Wilges, *op. cit.*, p. 435.

³⁴ ALDROVANDI, Andrea. **Cheque pós-datado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4048>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

Importante esclarecer que não estamos a discutir aspectos cambiários da pós-datação, mas tão somente se ela significa uma conduta tida como ilícita (nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil) ou ilegal, no sentido estrito de vedado por lei.

“Pontes de Miranda é enfático ao afirmar que *“o cheque pós-datado existe, vale e é eficaz”*. Pois, na sua opinião, a lei não prevê nenhuma sanção de inexistência, invalidade ou ineficácia ao cheque que for usado dessa forma.”³⁵

Traremos ao corpo deste trabalho alguns breves entendimentos jurisprudenciais como forma de complementação da discussão em epígrafe:

“CHEQUE. PÓS-DATADO. EXECUÇÃO. CABIMENTO. – Cheque. Inexiste vedação legal a pré-datação do cheque, que nem por ocorrente a circunstância perde o seu caráter de ordem de pagamento e, pois, sua plena eficácia e validade como título executivo. Aplicação do art. 28 da LUG relativa ao cheque. Precedentes jurisprudenciais do Tribunal de Alçada. (TARS, AC 183.028.539, 3ª C. Cív., Rel. Juiz Sérgio Pilla Da Silva, j. 03.08.1983).”

“CHEQUE – EMISSÃO PARA PAGAMENTO FUTURO – É válido e eficaz o cheque antedatado ou pós-datado, pois ainda permanece como ordem de pagamento à vista, não desconfigurada a sua cartularidade, ainda que desviada de sua função. Irregularidade que não lhe retira a validade. Defesa extra cartular. Terceiro endossatário de boa-fé. Impossibilidade de oposição pelo emitente de exceção causal. Ações e exceções que se originam do negócio subjacente: cambiária e não-cambiária. Diferenças e efeitos. Embargos desacolhidos em 1º grau. Decisão mantida (TJRS, AC 598154318, 10ª C. Cív., Rel Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. 20.08.1998, in *Juris Síntese* nº 21)”

O mais importante a se esclarecer é que o cheque não perde seu caráter de pagável à vista, não ocorrendo, então, qualquer contrariedade ao artigo 32 da Lei do Cheque.

“Se, por um lado, o banco sacado, diante da apresentação para pagamento de um cheque pós-datado – com indicação de data para apresentação posterior àquela em que foi emitido -, deverá efetuar o pagamento e ignorar a pós-datação (Lei do Cheque, art. 32), por outro nada impede que as partes (o emitente e o beneficiário), diante de uma relação causal que dá origem à emissão do título, venham a contratar, mesmo que verbalmente, a obrigação de que o cheque deva ser apresentado somente em data predeterminada.”³⁶

³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Cambiário: Cheque*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000. v. IV *apud* ALDROVANDI, Andrea, *op. cit.*

³⁶ BERTOLDI, Marcelo; PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla, *op. cit.*, p. 449.

Importante lembrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de ser válido, eficaz e passível de indenização caso descumprido o acordo de pós-datação. A Súmula 370 do Superior Tribunal de Justiça traz a seguinte redação: “caracteriza dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado”.

Por fim, no âmbito do Direito Privado, os artigos 186 e 187 do código civil definiram o que seria ato ilícito para o Direito Privado. Assim, parece-nos que, confirmando as teses doutrinárias acima, não se enquadra o cheque pós-datado em qualquer condição de ilicitude. Nesse ínterim, acompanhamos a lição de Fábio Ulhoa, *in verbis*: “É plenamente lícito ao emitente e ao credor do cheque definirem, de comum acordo, prazo mínimo para a apresentação do título à liquidação.

1.10 Breves considerações penais

Em função do disposto no artigo 171, §2º, IV do Código Penal, devemos abordar se o tipo penal em questão tem incidência naquilo que concerne ao cheque pós-datado.

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas em descartar a incidência do delito de estelionato por alguns motivos que passaremos a expor. Observamos, desde logo, o seguinte entendimento: “O cheque dado em garantia de obrigação não caracteriza o crime de emissão de cheque sem fundos.”³⁷

O primeiro plano de idéias que devemos apresentar diz respeito àqueles que vislumbram a plena descaracterização do cheque quando pós-datado, ou seja, entendem deixar o título de ser cheque, passando a ser um mero acordo de vontades, restando-lhe, tão somente, as características obrigacionais.

Se seguirmos este entendimento, minada estará a idéia de aplicação do tipo penal, vez que a espécie cheque é elemento normativo do tipo, e, faltando-lhe um de seus elementos primários, desconfigurado estará o tipo.

O segundo aspecto que passamos a expor, diz respeito exatamente ao elemento subjetivo do tipo, assim:

“Em segundo lugar, o tipo, ao exigir como elemento constitutivo a fraude, portanto, engodo, ardil, má-fé do agente, inexistindo a malícia porque o beneficiário tem ciência da inexistência de provisão de fundos em poder do sacado, na data da emissão, não é iludido, falta a má-fé como dado integrante da definição legal do delito. Em termos breves: não há o elemento subjetivo ou seja, o dolo. As partes da transação acordam livremente a respeito da forma de pagamento. O vendedor concorda que o preço, total, ou parcialmente seja pago em data futura; se, no dia combinado, o comprador não honrar o compromisso, ter-se-á inadimplemento de obrigação. Em faltando malícia, o ardil, enfim a fraude, não se faz presente o elemento constitutivo e, por isso, a própria figura delituosa mencionada.”³⁸

³⁷ ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da, *op. cit.*, p. 551-552.

³⁸ ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 55.

A jurisprudência é farta de entendimentos no sentido mencionado acima, ou seja, de não consideração a prática da pós-datação como delito nas hipóteses enumeradas. Com intuito de pacificar a discussão, o STF (Supremo Tribunal Federal) enunciou a súmula 246 com a seguinte redação: “Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos”.

1.11 Breves noções sobre o cheque pós-datado e o Código de Defesa do Consumidor

“Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

A redação acima é a dada pelo artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor. Não há qualquer dúvida quanto à massificação do instituto no comércio.

As propagandas realizadas nas portas dos estabelecimentos comerciais são ostensivas e muito claras no sentido de permitirem um pagamento facilidade através do cheque pós-datado. Para o consumidor, a prática significa um alento, um método extremamente eficaz, rápido e simples de adquirir os produtos desejados com um pagamento extremamente facilitado.

O grande problema e perigo é que nem sempre a proibidade prevalece e, então, ainda que no campo obrigacional, teve de intervir o legislador para que a propaganda feita fosse cumprida fielmente.

Assim:

“Com a entrada em vigor no ano de 1990 do Código de Defesa do Consumidor, a transação efetuada entre o vendedor e o comprador firmando a forma de pagamento por meio de cheque pós-datado, passou a ter regulamentação expressa em lei, mediante a figura da oferta fixada no Código de Defesa do Consumidor. Como dito introdutoriamente, tornou-se prática usual de estabelecimentos comerciais fazer propaganda ostensiva de seus produtos, para que possam ser adquiridos por intermédio do pagamento com cheques pós-datados. Porém, mal se lembram de que a informação ou publicidade da forma de pagamento perpetrada integra o contrato a ser celebrado.”³⁹

Neste tópico gostaríamos tão somente de apresentar que o Código de Defesa do consumidor, ainda que não preveja a possibilidade do pagamento através do cheque pós-datado obriga, expressamente, o comerciante a cumprir com aquilo que foi veiculado através de sua estrutura de marketing. Esclarecendo com bastante clareza aquilo pretendido pelo Código de Defesa do Consumidor, temos a seguinte abstração:

³⁹ ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 61.

“Nesse sentido, pelo art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, a oferta obriga o fornecedor, e, se comprovada a quebra desse contrato – escrito ou verbal – através de publicidade de oferta, por exemplo, por parte do credor-fornecedor que apresente o cheque para cobrança antes do prazo combinado, este deverá indenizar o devedor-comprador na base dos padrões gerais de remuneração do capital no período ou pelos juros e encargos derivados da utilização de crédito aberto pelo banco sacado. Sem prejuízo de eventuais danos morais. Até os bancos já aceitam cheques pós-datados para desconto em carteira de cobrança.”⁴⁰

1.12 Apresentação antecipada do cheque pós-datado

Se, por um lado, é certo que, com base na Lei do Cheque, poderá o portador do título exigir seu pagamento imediato e desconsiderar a indicação relativa à apresentação futura, por outro também é verdadeiro que aquele que não cumpre com o ajustado – apresentação do cheque em data futura – deverá arcar com as conseqüências que possam advir de tal ato, seja no que se refere aos danos materiais (pagamento de taxas, juros, correção monetária etc.), seja quanto a possíveis danos morais (devolução do cheque por falta de provisão de fundos, inscrição do nome do sacador no cadastro de emitentes de cheques sem fundos etc.).⁴¹

É sabido que o Código de Defesa do Consumidor obriga o empresário a cumprir com aquilo veiculado através de propaganda. O que deve ficar claro e distante de confusões é que, seja o Código de Defesa do Consumidor, seja o Código Civil, enfim, qualquer dispositivo legal ou jurisprudencial que obrigue o indivíduo a cumprir com o acordado na pós-datação tem implicações cíveis, aplicáveis ao caráter obrigacional do pós-datado. Naquilo que concerne ao Direito Cambiário, o cheque continua imune, em termos gerais, a pós-datação, de modo que, não há qualquer impedimento à apresentação imediata do título.

“O cheque pós-datado é importante instrumento de concessão de crédito ao consumidor. Embora a pós-datação não produza efeitos perante o banco sacado, na hipótese de apresentação para liquidação, ela representa um acordo entre tomador e emitente. A apresentação precipitada do cheque significa o descumprimento do acordo.”⁴²

Salutar abrir um parêntese esclarecer que a *imunidade* das instituições financeiras e assemelhadas naquilo que se refere à apresentação imediata para pagamento do cheque não é absoluta. Ocorre que, enquanto figurarem, tão somente, como *sacado* poderão, sem qualquer conseqüência cambial ou indenizatória, receber o cheque para pagamento e efetuar os procedimentos de liquidação do título, tal qual determina a lei.

⁴⁰ BRUSCATO, Wilges, Manual..., p. 488.

⁴¹ BERTOLDI, Marcelo; PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla, *op. cit.*, p. 449-450.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 445.

A exceção a essa regra dar-se-á em uma específica situação, qual seja a da instituição financeira beneficiária, já que “o cheque pós-datado pode servir de título negociável, para fins de desconto bancário ou cessão para empresa de fomento mercantil (factoring)”⁴³. Aproveitamos da brecha para, então, expor mais uma *função* ou *aplicabilidade* do cheque pós-datado, melhor vislumbrada na trecho doutrinário que se segue:

“Sobre a pós-datação, cabe, por fim, considerar alguns desdobramentos da definição de cheque como título “bancável”. Explique-se: as instituições financeiras, no desenvolvimento de suas atividades típicas, descontam títulos de crédito (duplicatas e notas promissórias fundamentalmente), antecipando ao seu credor o valor do crédito a se realizar em data futura – na verdade, *parte* desse valor, para lucrar com a diferença – e recebendo-os por endosso. Em princípio, o cheque, no rigor de seu perfil tradicional de ordem de pagamento à vista, não se presta ao desconto. Contudo, o larguíssimo uso da pós-datação como forma de documentar a concessão do crédito ao consumidor, e a aceitação desse instrumento por empresas de fomento mercantil (factoring), forçou as autoridades monetárias a autorizarem aos bancos o desconto de cheques pós-datados, como a de qualquer outro título de crédito. Em decorrência, se o empresário concede crédito ao consumidor, propondo documentar a operação através do recebimento de cheques pós-datados, é cabível o desconto desse título, evidente antes da data que consta como de emissão, junto a qualquer instituição financeira, inclusive o banco sacado. Assim, é necessário diferenciarem-se duas situações, em que o portador do cheque pós-datado apresenta o título ao banco sacado, antes da data que consta como de sua emissão: a apresentação para fins de liquidação e a apresentação para fins de desconto. Somente na primeira verifica-se o descumprimento da obrigação de não-fazer contratada com o emitente do cheque. Na outra, o cheque é mero título *bancável* e o processamento da liquidação terá início apenas na pós-data. Importa, nesse contexto, ressaltar que, sendo o banco descontador do cheque pós-datado também o sacado, será dele a responsabilidade pelos danos experimentados pelo consumidor emitente, se o processamento da liquidação do título se iniciar antes da data que consta como de emissão. Ele se encontra, aqui, na mesma situação do banco descontador não sacado que apresenta precipitadamente, para fins de liquidação, ao sacado o cheque pós-datado. Quer dizer, está respondendo pelo mal funcionamento dos serviços bancários.”⁴⁴

Retomando a linha de raciocínio acerca da relação de consumo e a previsão do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor temos o seguinte:

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 448.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 447-448.

“Vê-se assim, que o combinado deve ser cumprido pelas partes, especialmente em respeito à obrigação de não-fazer, ou seja, de não depositar o cheque antes da data pactuada. Porém, se o fornecedor recusar o cumprimento de sua oferta, *in casu*, apresentar o cheque antes da data combinada, é lícito ao consumidor exigir a rescisão do contrato, com restituição do já pago, mais perdas e danos (art. 35 do Código de Defesa do Consumidor). Ademais, na proporção em que a publicidade influencia – quando não determina o comportamento contratual do consumidor, nada mais coerente que passe o Direito a lhe dar conseqüências proporcionais à sua importância fática-jurídica. Agora, o ordenamento, ademais preservando as facilidades e benefícios econômicos operacionais que a publicidade proporciona aos empresários, impõe-lhes o dever de cumprir o prometido, além de reparar eventuais danos causados pelas suas iniciativas. No cheque pós-datado existe um vínculo jurídico estabelecido entre o emitente e o beneficiário, e, em razão do qual, o emitente tem plenos argumentos para pleitear perante os órgãos do poder judiciário a reparação dos prejuízos oriundos da inobservância da data estipulada para apresentação do cheque pós-datado. Assim entendemos estar diante de uma relação de consumo regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pois as partes são legítimas e capazes e não existe qualquer vício quando ao seu consentimento. Em suma, o comerciante informa ao consumidor que seus produtos e serviços podem ser adquiridos mediante a entrega de cheques pós-datados, fica, após a concretização da compra, imediatamente obrigado a apresentar o documento ao Banco Sacado na data combinada, sob pena de ser responsabilizado civilmente (materialmente e/ou moralmente) pela quebra contratual (...).⁴⁵

O raciocínio que se deve fazer é bastante simples e presente no campo obrigacional, qual seja: tem-se, após a realização do acordo da pós-datação, assumida uma obrigação de *não fazer* que, se descumprida, como princípio básico do direito civil, ensejará reparação pelos danos causados. A doutrina nos esclarece que, por se tratar de um contrato, caso seja este quebrado, poderá o consumidor pleitear a reparação dos danos sofridos.⁴⁶ A abstração feita acima nada mais é do que aquilo obtido da interpretação do artigo 389 do Código Civil.

Devemos abstrair, também, que o dano causado não tem qualquer ligação com a existência ou não de fundos na conta do emitente. Isso, pois, havendo ou não provisão de fundos, liquidando-se ou não o cheque, a obrigação ter-se-á por descumprida e o dano causado.

O dano causado pode ser de ordem material e, também, de ordem moral. Isso se dá em função dos mais variados constrangimentos experimentados pelo emitente do cheque.

“Além da responsabilidade pelos danos materiais experimentados pelo consumidor, cabe a condenação do credor do cheque pós-datado de apresentação precipitada, pelos danos morais que o emitente sofre na hipótese de devolução por insuficiência de fundos. A comunicação aos

⁴⁵ ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 62-63.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 446.

bancos de dados mantidos pelo empresariado, para a proteção do crédito (SERASA, Telecheques etc.) ou a inscrição no Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundos (CCF) envolve, normalmente, o consumidor em situações de extremo constrangimento. Pessoas honestas, que nunca passaram cheque sem fundos, vêem dificultado ou mesmo bloqueado o acesso ao crédito, em diversos estabelecimentos empresariais, em decorrência, na verdade do descumprimento, pelo fornecedor, da obrigação que havia assumido de não apresentar o cheque à liquidação, antes de certa data. Tais constrangimentos justificam a condenação do tomador do cheque pós-datado, no pagamento de indenização moral. Deve ser particularmente agravada a condenação, se o credor protestar o cheque pós-datado apresentado precipitadamente e devolvido sem fundos. Em suam, quem concorda em documentar o crédito concedido por cheque pós-datado deve zelar pela estrita observância do acordo oral feito com o emitente, quanto à oportunidade da apresentação à liquidação do título. Afinal, foi no interesse de ambas as partes que se adotou essa alternativa de documentação do crédito, preferindo-a ao saque de nota promissória ou duplicata, uso de cartão de crédito e outras existentes.”⁴⁷

Apenas completando aquilo dito anteriormente, cabe esclarecer que o banco ou instituição financeira, tidos como *sacados* não têm qualquer responsabilidade pelo pagamento imediato ou antecipado do cheque, salvo na exceção mencionada, já que, como dito e reafirmado por várias vezes, ele não perde seu caráter de ordem de pagamento à vista, ou seja, quando a seu aspecto cambial, *prima facie*, o cheque se permanece intacto e a instituição financeira só está cumprindo seu dever de pagar o título ou devolvê-lo nos casos previstos, já que se trata de ordem de pagamento à vista.

Assim, não há qualquer relação entre o sacado e o acordo firmado entre o emitente e o tomador, preservando-se o princípio da abstração e autonomia dos títulos de crédito.

Devemos lembrar que o Superior Tribunal de Justiça editou a seguinte súmula: “Súmula 370 - Caracteriza dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado”

1.13 O cheque pós-datado e uma nova legislação

“Desponta-se premente necessidade de determinação de regras para a utilização do cheque pós-datado, criando-se um instituto próprio, diferenciado do cheque comum, ou aceitando-se e respeitando-se a pós-data, regulamentando-se que o cheque será pago somente na data constante do título; coibir o uso indevido e indiscriminado do cheque. Os litígios concernentes ao tema emergem dia a dia, e lotam os tribunais e fóruns de processos por danos morais, tornando-se imperioso estabelecer determinantes de justiça.”⁴⁸

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 447.

⁴⁸ ANDREATTA, Vanessa, *op. cit.*, p. 85.

Curiosa, mas não menos interessante é a teoria vislumbrada por Fábio Ulhoa ao entender como um possível caminho a regulamentação do pós-datado no âmbito interno e exclusivo do Direito do Consumidor:

“Na verdade, o ideal seria a legislação consumeirista disciplinar as relações entre o consumidor e o fornecedor marcadas pela adoção de cheques pós-datados, de modo a retirar a liquidez do título apresentado anteriormente à data que consta como de sua emissão. Desse modo, tutelar-se-ia o consumidor sem se comprometer a coerência interna da lei checária e os compromissos internacionais brasileiros. À falta de disciplina na lei, deve-se adotar a redução proporcional acima ventada, como meio de se prestigiar, ainda que em termos relativos, a vontade manifestada pelas partes no contrato de consumo.”⁴⁹

Complementando a abordagem doutrinária, devemos expor um posicionamento que entenda ser desnecessária a edição de qualquer aparato normativo para regulamentação do tema:

“A grande difusão do cheque pós-datado - apontada como fundamento do projeto - não é justificativa suficiente: o título que deve ser utilizado pelo comércio para as vendas com prazo de pagamento é a duplicada, não o cheque... mas, o manejo da duplicata obriga o registro da mesma na escrituração respectiva do comerciante, o que impede o 'caixa 2', por exemplo... não há necessidade jurídica na alteração da lei do cheque. Ele não é o título prescrito em lei para utilização nesses casos... Como temos uma carga tributária insana, fecham-se os olhos para esse desvio. Daí a grande difusão do pós-datado. Mas, que, tecnicamente, não se justifica a alteração da lei, não se justifica...”⁵⁰

A Lei nº 7.357 de 1985 foi publicada em 1986. Em 1991 surgiu o primeiro projeto de lei que visava a alteração do artigo 32 da Lei do Cheque. Desde sua propositura até os dias atuais tal projeto de lei já foi arquivado e desarquivado por algumas vezes. A ementa do projeto é a seguinte: “Dá nova redação ao art. 32 da Lei nº 7.357 de 02 de setembro de 1985, que dispõe sobre o cheque.” A *explicação da ementa* é, por sua vez, “Veda o pagamento de cheque apresentado antes do dia indicado como data de emissão.” Desde sua publicação, foram apresentados outros vinte e quatro projetos de lei com a mesma intenção. Todos os projetos foram apensados ao projeto de lei primário, qual seja o PL – 1020/1991.

Assim, todos os projetos acabaram por serem apreciados simultaneamente nas comissões. Em um aspecto geral temos que, naquilo que tange ao mérito, todos os projetos foram rejeitados em todas as comissões por uma série de razões, das quais passaremos a expor algumas. O deputado Paes Landim, primeiro relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, opinou pela rejeição dos projetos alegando sucintamente que :

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 446-447.

⁵⁰ BRUSCATO, Wilges. Migalhas, 6 abril 2010. Disponível em:

http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_leitores.aspx?op=true&cod=130481. Acesso em: 28 abr. 2011.

“O artigo 32 da Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985, repete literalmente o artigo 28 da chamada Lei Uniforme, esta última fruto da Convenção de Genebra sobre cheques, de 1931, e da qual o Brasil é signatário, tendo sido o seu texto promulgado entre nós pelo Decreto nº 57.595, de 7 de janeiro de 1966. A exceção almejada pelo projeto não pode ser levada a efeito, a menos que o Brasil denuncie a referida Convenção: trata-se de matéria que não foi objeto de reserva pelo Governo Brasileiro.”⁵¹

O legislador continua considerando que:

“(…) Assim, estabelecer exceção a esta regra, de acordo com que o projeto pretende, significaria desnaturar o próprio instituto do cheque, que reside no fato de ser, vale repetir, uma ordem de pagamento à vista - e não a prazo.”⁵²

Já na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, o deputado Sarney Filho, em seu parecer, rejeitou a alteração alegando que:

“Entretanto, a nosso ver, a ampla disseminação do uso do ‘cheque pré-datado’ indica-nos que não é necessário alterar a legislação vigente (…).”⁵³

Cabe esclarecer que, por tudo quanto foi exposto, a adoção de uma nova legislação encontra uma série de óbices, sem, no entanto, trazer maiores benefícios para sociedade.

CONCLUSÃO

Neste despretensioso artigo objetivamos a desmistificação do cheque pós-datado, instituto em demasia utilizado em nossa sociedade, sem, contudo, suporte legal para sua disseminação. Por conta da falta de aparato legal, notou-se um *afastamento doutrinário* do assunto. A jurisprudência, por sua vez, acabou trazendo maiores dúvidas e contradições.

A problemática da pós-datação se inicia com o conceito de cheque, pois a noção de *ordem de pagamento à vista* está presente em unanimidade na doutrina como componente do conceito de cheque, bem como se encontra presente na Lei do Cheque e, *prima facie*, choca-se com a idéia da pós-datação, consistente em convencionar a apresentação do cheque em data futura a da emissão.

Necessário apontar algumas noções sobre a apresentação do cheque. Esta deverá ser feita no prazo de 30 dias para cheques da mesma praça e em 60 dias para cheques de praças distintas. Essa observação é importante já que, ao teor da lei, o prazo prescricional de seis meses da ação

⁵¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS - COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. **PL – 1029/1991 Apresentação do Parecer do Relator pelo Dep. Léo Alcântara**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/28208.htm>>. Acesso em: 28 abril 2011.

⁵² *Idem, ibidem.*

⁵³ *Idem, ibidem.*

executiva terá início após o fluxo do prazo de apresentação. A perda do prazo de apresentação trará como consequência a liberação dos coobrigados pela dívida, salvo os avalistas do emitente.

Há vozes na doutrina indicando que o prazo prescricional deve-se contar a partir da efetiva apresentação, mas não nos parece o entendimento adequado, já que estaríamos claramente contrariando a lei. Assim, concluir-se-á que a prescrição terá seu nascer a partir de findo o prazo de apresentação. As considerações conclusivas sobre a prescrição são importantes já que a idéia de validar a pós-datação existe exatamente em uma tentativa de ampliar o prazo prescricional. Isso ocorre porque constatado estar prescrito o título, fulminado estará a executibilidade do cheque, consequência em demasia gravosa, frente às vantagens de um procedimento executório.

Talvez o item de maior controvérsia na elaboração deste artigo foi a natureza jurídica do cheque pós-datado. Encontram-se na doutrina algumas divergências, mas devemos observar que se pode visualizar no cheque pós-datado duas situações distintas, a natureza cambiária originária do cheque e a natureza obrigacional paralela à cambiária.

A nosso ver, a pós-datação não tem, *prima facie*, o condão de desnaturar o cheque enquanto título de crédito, já que, frente ao direito cambiário, a pós-datação poderá ser simplesmente desconsiderada. Nos posicionamos acreditando que a pós-datação, quando feita por um prazo muito longo, superior ao prazo prescricional, poderá, por vias tortas, fulminar o cheque enquanto instrumento cambiário, caso esse prazo seja respeitado, já que com o decorrer do prazo prescricional, deixará de existir o cheque como título de crédito.

Paralela à natureza cambiária, temos a natureza obrigacional que se agrega ao título quando pós-datado. A pós-datação, representando nada mais do que um acordo de vontades, consignado no cheque, gera uma obrigação de não fazer, passível de reparação cível pelos danos sofridos em caso de descumprimento.

Vivemos em uma sociedade de consumo, que necessita da concessão de crédito facilitado para a obtenção de bens e serviços diariamente emergentes em nossa vida, além é claro, da idéia de uma antecipação de resultados econômicos. Assim, o pós-datado notoriamente se tornou o instrumento mais ágil e utilizado à documentação de crédito concedido pelos empresários, quando do parcelamento do preço visando à comodidade do consumidor. Na seara tributária, a emissão de um pós-datado, ao contrário de uma duplicata, permite uma série de manobras que diminuirão sua carga tributária. Nos dias atuais a elevada carga de juros, somada às restrições de concessão de crédito, podem ser dribladas com a emissão de pós-datados.

O tópico de maior polêmica diz respeito aos efeitos da pós-datação. Primeiro ponto conclusivo é o fato de que o cheque não perde seu caráter de pagável à vista, assim, não há qualquer óbice a sua apresentação, bem como ao seu pagamento.

A primeira corrente quanto se posiciona no sentido de que o prazo prescricional terá seu início a partir da apresentação. Parecem-nos ligeiramente curiosos esse posicionamento, já que há uma desvinculação por completo com o teor do artigo 59 da Lei do Cheque, pois o prazo prescricional não seria contado a partir do esgotamento do prazo de apresentação, mas sim a partir da apresentação. A segunda corrente entende estarem os dois prazos majorados (apresentação e prescrição), passando a correr a partir da data consignada no título e não daquela onde deu-se a emissão/saque. O prazo prescricional dará largada com o encerramento do prazo de apresentação, conforme dita a lei. A diferença é que ambos só serão efetivamente vislumbrados a partir da data lançada no título. Assim, existirá um intervalo em que estranhamente nenhum prazo fluirá.

A terceira corrente é aquela que entende que a pós-datação em nada influi nos prazos de apresentação e prescrição, já que o artigo 32 da Lei do Cheque diz que deve-se considerar como não escrita qualquer menção contrária ao caráter de pagável à vista do cheque.

Mostra-se a terceira corrente como aquela que congrega maior boa técnica já que encontra entendimento congruente com aquilo ditado pela lei, mas, em nome de princípios como o da boa-fé, vem sendo pouco utilizada nos tribunais, preferindo os magistrados optar por uma ampliação dos prazos deixando, então, no limbo nossa legislação cambiária. Posicionamos-nos no sentido de que não teria a pós-datação esse efeito majorador de prazos, contando a parte lesada com instrumentos cíveis para ser ressarcida por prejuízos causados. Assim, a admissão de uma ampliação de prazos significa uma deturpação demasiada e não necessária do instituto do cheque, trazendo maiores prejuízos técnicos do que benefícios sociais.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma inovação que afetou a emissão de cheques pós-datados. Eu seu artigo trinta previu que a informação ou publicidade da forma de pagamento perpetrada integra o contrato a ser celebrado. Assim, quando o fornecedor vincula propaganda admitindo o pagamento através de cheque pós-datado, ele estará obrigado ao cumprimento do acordo e sujeito a ressarcir os danos causados pela apresentação antecipada. É de simples raciocínio a idéia da responsabilidade. A pós-datação significa um acordo de vontades, geradora de uma obrigação de não fazer que, quando descumprida, ensejará a responsabilidade por perdas e danos. A súmula 370 do Superior Tribunal de Justiça solidificou o entendimento de ser causadora de dano moral a apresentação antecipada do cheque pós-datado.

Quanto à responsabilidade do sacado esclarecemos, mais uma vez, que entendemos não ter a pós-datação o condão de desnaturar o título de crédito. Assim, frente à figura do sacado, não há qualquer obrigatoriedade em respeitar o acordo feito entre as partes, já que a relação do sacado com o cheque é unicamente cambiária e, assim, o cheque continua pagável à vista. Há exceção a essa regra quando a instituição financeira atua utilizando o cheque como um título negociável, descontando-o, antecipando o crédito nele presente.

O legislador pátrio tentou várias vezes a incorporação do pós-datado em nossa legislação, mas esbarrou em empecilhos, tais como questões de ordem internacional que dificultam a incorporação do pós-datado em nosso ordenamento, já que o Brasil é signatário da Convenção de Genebra, de onde surgiu a Lei Uniforme em Matéria de Cheque, que previu o cheque como ordem de pagamento à vista. Inclínamos-nos no sentido de entender desnecessária a inclusão da pós-datação em nosso ordenamento. Isso porque o seu uso nunca necessitou de qualquer legislação e o descumprimento do acordo da pós-datação já é reprimido no campo cível. Outrossim, iríamos desnaturar o cheque, exterminando toda sua principiologia cambiária. Sinteticamente teríamos maiores dissabores do que ganhos com a inclusão do pós-datado no ordenamento. Nessa esteira, devemos notar que a admissão do pós-datado poderia invadir o campo de atuação da duplicata mercantil, instrumento hábil para compras e vendas a prazo.

Concluimos, assim, que deve o operador do direito se sensibilizar quanto ao assunto, propondo discussões para o aprimoramento da técnica jurídica, bem como para a compreensão das conseqüências da pós-datação, evitando, então, que nosso cotidiano esteja sempre eivado por vícios que causam uma desnecessária soberba de processos nos tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACESSORIA DE IMPRENSA. **Panorama geral sobre meios de pagamento.** Guarulhos Agora – Jornalismo dinâmico e irreverente. Disponível em:
<http://www.guarulhosagora.com.br/noticia.php?id_noticia=2679>. Acesso em 26 fev. 2011.

AGÊNCIA DE ESTADO. **Cheque pré-datado volta a ser opção.** IG Economia. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/cheque+predatado+volta+a+ser+opcao/n1300049265353.html>>.

ALDROVANDI, Andrea. **Cheque pós-datado.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4048>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

ANDREATA, Vanessa. **O cheque pós-datado em vista das exigências da lei do cheque.** 1. ed. Leme: Editora de Direito, 2004.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS SOCIEDADES DE FOMENTO MERCANTIL FACTORING. **Quadro Comparativo da Evolução Patrimonial e Operacional das Sociedades de Fomento Mercantil Filiadas à ANFAC.** Disponível em: <<http://www.anfac.com.br/jsp/arquivos/documentos/estatistica2008.pdf>>. Acesso em: 28 abril 2011.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Centralizadora da Compensação de Cheques – COMPE.** Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pom/spb/Estatistica/Port/Tabela_Pais.ASP?id=>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

BERTOLDI, Marcelo; PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla. **Curso Avançado de Direito Comercial.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1955, artigos 1 ao 161, v.1.

BORGES, João Eunápio. **Títulos de Crédito.** 2. ed. Rio de Janeiro: 1972.

BRUSCATO, Wilges. **Manual de Direito Empresarial Brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Migalhas, 6 abril 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_leitores.aspx?op=true&cod=130481>. Acesso em: 28 abr. 2011.

BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de Crédito.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Caução de Cheques pré-datados.** *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.* São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, jan. abr. 1998.

CAHALI, Yussef Said. **Danos Morais: Cheque sem fundos.** *Revista Consulex.* Brasília, Consulex, ano III, n. 26, p. 46-47, fev. 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. **PL – 1029/1991 Apresentação do Parecer do Relator pelo Dep. Léo Alcântara.** Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/28208.htm>>. Acesso em: 28 abril 2011.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de Crédito.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.2.

LEAL, Antônio Luís Câmara. **Da prescrição e da decadência.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MARTINS, Fran. **Títulos de Crédito.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v.2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954/1956, v.6.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.2.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de Crédito.** 1. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v.1.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.