

ANDRÉIA BOTTI AZEVEDO

**A AUDITORIA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DO ESTADO DE
DIREITO**

SÃO PAULO

2009

ANDRÉIA BOTTI AZEVEDO

OAB/SP N° 284.573

**A AUDITORIA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DO ESTADO DE
DIREITO**

APONTAMENTOS SOBRE O ESTUDO COMPARATIVO

TRABALHO CIENTÍFICO DIRIGIDO À
COMISSÃO DE JÚRI AVALIADORA DO
“PRÊMIO AUDITORIA JURÍDICA 2009 “

SÃO PAULO

2009

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.

(Rudolf Von Ihering)

SUMÁRIO

Introdução	05
1. Origem histórica do Estado	06
2. O Estado de Direito	07
3. Dos direitos e garantias fundamentais	11
4. O Estado atual	13
5. Evolução da atividade de “auditoria”	15
6. A função de auditor jurídico	16
7. Definição atual de auditoria jurídica	19
8. Crítica à abordagem dada à auditoria jurídica	20
9. A auditoria jurídica como função essencial à justiça	22
10. A auditoria jurídica e o Estado de Direito	23
Conclusão	29
Bibliografia	31

“A auditoria jurídica como instrumento do Estado de Direito”

Pesquisa elaborada por Andréia Botti Azevedo, nascida no mês de dezembro de 1985, graduada pela autarquia municipal “Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo” no final do ano de 2007. Atualmente dedica-se ao desenvolvimento de trabalhos científicos na área jurídica e milita como advogada no Estado de São Paulo.

Introdução

A auditoria jurídica diz respeito a uma disciplina ainda não regulamentada a ser desempenhada em caráter exclusivo pelo advogado no regular exercício de sua profissão.

A atividade sobredita destina-se a revisar processos de qualquer natureza ou avaliar circunstâncias para emissão de parecer vinculativo, com observância dos axiomas éticos e jurídicos.

A presente pesquisa enfocará a análise minuciosa entre a formação do Estado de Direito e a função de auditoria jurídica, cotejando o contexto histórico e a tendência atual.

O Estado de Direito será contextualizado desde seus primórdios, analisando fatores que contribuíram para a evolução e reformulação do seu conceito, especificamente os avanços dos direitos fundamentais e da democracia moderna.

A correlação entre os assuntos em tela será feita através de um conciso relato histórico e conceitual, até adentrar nos aspectos atuais e, assim, à sua almejada regulamentação na ordem jurídica vigente.

O principal intento é esclarecer possíveis indagações acerca do promissor “instituto”, demonstrando que esse novo instrumento a ser utilizado pelos advogados é perfeitamente compatível com o direito positivo.

Consoante a nova ordem constitucional e sob a perspectiva do Estado de Direito, o que se propõe é uma reflexão sobre a função de auditor jurídico como novo ramo do direito, explanando as razões pelas quais este profissional deve ser reconhecido pelo nosso ordenamento jurídico.

Por derradeiro, a narrativa abordada concluirá que a inserção da auditoria jurídica no direito positivado encontra consonância com as bases já firmadas pelo Estado Democrático de Direito.

1. Origem histórica do Estado

Desde épocas remotas, o Estado consiste na unidade de divisão política, administrativa e territorial de certos países, sendo uma instituição que detém a supremacia sobre um território e sua respectiva população, dirigindo e organizando a vida social.

Para a existência material e jurídica da sociedade é imprescindível o surgimento estatal, e, por conseguinte, como decorrência lógica e natural, surge a noção abstrata de contrato, normas, regras, organização, limites e imposição.

De acordo com a concepção de Estado de Karl Marx, diante do materialismo histórico, o ente estatal é um instrumento de dominação de uma classe sobre outra.

Com o passar dos tempos, o Estado enfrentou uma profunda revolução em seu conceito e estrutura formal, se aperfeiçoando ao longo dos eventos históricos.

Segundo o posicionamento de Marx, o Estado nem sempre existiu. Diferentemente dos contratualistas que definiam o Estado como interesse geral, Marx considerava o Estado como a manutenção da ordem social.

Seus sábios ensinamentos romperam com a totalidade e explanaram uma visão extemporânea e muito além de sua vivência histórica, representando um considerável avanço no conceito do Estado.

Para Marx, corroborado por Lênin, o Estado é um órgão de dominação de classe, ou seja, uma força extraordinária que está a serviço de uma classe. No mesmo sentido, o Estado é um órgão de submissão de uma classe por outra, vale dizer, é a criação de uma "ordem" que legaliza e consolida essa submissão, amortecendo a colisão das demais classes.

Nesse contexto, o Estado pertence a uma classe, qual seja, a classe economicamente dominante, que em virtude do próprio Estado, torna-se a classe politicamente dominante.

O Estado nasce da sociedade a partir da divisão de classes, administrando o interesse dessas classes em luta, ou seja, a correlação das forças de todas as classes. Em síntese, é o resultado de um antagonismo inconciliável produzido pela divisão social em classes.

Em termos atuais, o Estado hoje estruturado não passa de uma gradual evolução do antigo Estado político e da incessante luta de classes, nunca deixando de ser um regime que tentou valorizar o povo.

2. O Estado de Direito

Em conformidade com a doutrina clássica, o Estado de Direito é uma criação do liberalismo oriundo na concepção do direito natural, imutável e universal.

Partindo da lei como realização do princípio da legalidade e essência do Estado de Direito, esse conjunto é composto por normas gerais e abstratas.

A generalidade da lei e o conceito elementar puramente formal e abstrato da igualdade surgida no Estado de Direito tentaram ser retificados pelo Estado Social de Direito.

Inobstante a tentativa, o Estado Social de Direito não logrou êxito em assegurar a justiça social, nem a autêntica participação democrática e popular no processo político.

Objetivamente, o Estado de Direito significa que nenhum indivíduo está acima da lei. Os governos democráticos exercem a autoridade através da lei, sujeitando as autoridades políticas aos constrangimentos impostos pelas regras legais.

O Estado de Direito está preambularmente associado à noção de legalidade, materializando-se na submissão a regras disciplinadoras das relações sociais.

O cidadão subordinado a esse sistema legalista e protetivo deve confiar nas leis postas e na proteção dos direitos que lhe são assegurados.

Desta forma, coíbe-se qualquer influência advinda de fatores externos e até mesmo do próprio Estado, ente que também deve respeito aos ditames legais.

Esta modalidade de Estado deve garantir os princípios da justiça, sendo contrário a tudo que instigar a arbitrariedade, tirania ou ditadura dos governantes.

Diferentemente do que ocorre no Estado de Direito, na ditadura não há qualquer limite ou parâmetro legal. De forma inescrupulosa, os indivíduos são julgados com interferências por parte dos governantes, sem utilizar critérios objetivos que impeçam a degradação do ser humano e a perpetuação das injustiças.

Num Estado de Direito, cada cidadão tem seu direito individual protegido, no entanto, também deve obrigação recíproca ao texto legal e ao direito alheio.

O denominado “império da lei” é o que vigora no Estado de Direito, posto que as leis são elaboradas pelo próprio Estado através dos representantes do povo (ato emanado formalmente pelo Poder Legislativo) e, por conseguinte, passam a ser aplicáveis, deixando o Estado adstrito a observância do que ele próprio pactou. Ademais, o poder estatal passa a ser limitado pela lei, não reinando o poder absoluto.

Destaca-se que a relevância da lei no Estado de Direito não é apenas no seu aspecto formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também na sua função de regulamentação fundamental. Por excelência, a lei é um ato de decisão política

Surge, então, o fundamento da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, tendo por fim realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Desta feita, o controle desta limitação ocorre através do acesso irrestrito ao Poder Judiciário, que detém autoridade e autonomia para garantir que as leis existentes cumpram o seu papel de impor regras e freios ao exercício do poder do Estado.

Outro aspecto do Estado de Direito que é somente o positivismo (direito codificado e ratificado pelos órgãos estatais competentes) é que limita a atuação estatal e não outras fontes do direito, a não ser que o próprio direito positivo lhe conceda eficácia.

Insta salientar o papel exercido pela Constituição Federal, onde se delineiam os limites e as respectivas regras para o exercício do poder estatal. Servindo como uma espécie de baliza, a Constituição pátria estrutura todo o restante do ordenamento jurídico, determinando um conjunto de leis que regem a sociedade como um todo.

Os elementos integrantes deste Estado devem ser regidos por regras bem definidas e válidas para todos isonomicamente, sem qualquer distinção ou forma de subordinação. Tratam-se de termos complexos que definem determinados aspectos do funcionamento de um ente político soberano, o Estado.

Em contraposição a doutrina do Estado de Direito ora explanada, surge a concepção jurídica de Kelsen. Para ele, os conceitos de Estado de Direito se assemelham e confundem, de modo que todo Estado há de ser Estado de Direito. Como o Direito é considerado a norma pura, destituída de qualquer conteúdo e sem qualquer vinculação com a realidade política, social, econômica e ideológica, chega-se a uma noção formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito. Assim, se o Direito é equiparado ao mero enunciado formal da lei, todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja de cunho ditatorial, convertendo o Estado de Direito em mero Estado Legal.

3. Dos direitos e garantias fundamentais

Com a Revolução Francesa, ocorre a ascensão da burguesia, impondo um novo ritmo à sociedade e difundindo os valores de igualdade, liberdade e fraternidade.

Como se infere na pacífica dogmática constitucionalista, os direitos fundamentais são classificados em “gerações” por critérios distintos que surgiram ao longo da evolução dos direitos.

Há de se ressaltar que o termo “geração” traz em seu bojo a noção de que o aparecimento de novos direitos não exclui os anteriormente prestigiados, mas se complementam.

Os direitos fundamentais da pessoa humana são aqueles que todas as pessoas devem ter em todo lugar e a qualquer tempo e cuja privação causaria uma grave ofensa à justiça.

Histórica e cronologicamente, compreendem os direitos da primeira geração os denominados civis. Surgidos no interregno do século XVIII, abrangem as liberdades civis básicas e os direitos negativos, ou seja, aqueles exercidos contra o Estado. Uma vez suprimidos, estes direitos podem implicar o abalo de toda a estrutura democrática, daí sua relevância. Apenas exemplificando, podemos mencionar as liberdades físicas, liberdade de expressão, liberdade de consciência, direito de propriedade privada, entre outras.

Estes direitos de liberdade como primeiros instrumentos normativos constitucionais civis e políticos já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal. Têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdade, atributo pessoal e direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico.

A segunda geração de direitos são os políticos, conquistados no decorrer do século XIX e princípio do século subsequente. Eles caracterizam um desdobramento natural da geração anterior e são tidos como direitos positivos. A liberdade se expressa sob a forma comissiva, como autonomia e anseio de participar do Estado. Basicamente, englobam o direito ao sufrágio universal, o direito a constituir partido político, o direito ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular legislativa.

Os direitos políticos preponderam no século XX tais como os direitos da primeira geração no século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos da coletividade, os relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.

Considerados como da terceira geração, os direitos econômicos e sociais emergiram no início do presente século por influência da Revolução Russa de 1917, da Constituição Mexicana de 1919 e da Constituição Alemã de Weimar de 1919. São nomeados direitos de crédito por tornarem os Estados devedores do povo no que tange à obrigação de realizar ações concretas para garantir um mínimo de igualdade e de bem-estar social. Outrossim, são considerados direitos positivos, por exigirem prestações estatais positivas e observância do princípio da igualdade. São os direitos individuais relativos aos trabalhadores e consumidores.

Os direitos da terceira geração que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem uma ocasião relevante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis.

Por seu turno, a quarta geração de direitos constitui aqueles que ultrapassam o Estado de Direito, os denominados “direitos da humanidade”.

Como sucessores dos direitos econômicos, destacam-se os direitos da solidariedade ou fraternidade. Compreendem os direitos do homem no âmbito internacional e acompanharam as Declarações, Pactos e Cartas Internacionais, tais como o direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, direito à paz, direito

ao progresso, direito à democracia, direito ao pluralismo e direito à informação. Constituem todos àqueles direitos a serem exercidos pelas gerações futuras.

As duas últimas gerações transcendem a esfera individual, deixando de considerar sua expressão singular e recaindo, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais.

4. O Estado Atual

Após contextualizar os direitos fundamentais em suas distintas gerações históricas, cabe adentrar no conceito atual do Estado de Direito, objeto desta pesquisa.

Nos tempos modernos e logo após a destruição do Estado burguês, a classe dominante amplamente referida por Marx passou a ser a burguesia.

Com tal mudança, o Estado passa a ter como forma a República Democrática ou democracia representativa, legalizando e reproduzindo a ordem do capital.

A democracia, por sua vez, é a forma mais pura do capitalismo avançado, apresentando como principal regra formal o estabelecimento da igualdade jurídica, bem como a ordenação através de regras pactuadas e do princípio da maioria e minoria pela alternância do poder (interesses diferentes).

Tem como principal característica a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, bem como a pluralidade de idéias, culturas e etnias.

Como realização de valores (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana) de convivência humana, a democracia é um conceito mais amplo do que o de Estado de Direito, o qual se originou como expressão jurídica da

democracia liberal.

A democracia não se resume num conceito histórico, mas num instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que foram traduzidos em direitos humanos fundamentais.

Sob esse aspecto, a democracia não é uma mera definição política, abstrata e estagnada, mas um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais adquiridos gradativamente e que devem perdurar para sempre, incorporando-se no ordenamento legal.

A superação do famigerado liberalismo trouxe à tona a questão da harmonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática.

A posterior evolução revelou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, que, por não ter sempre conteúdo democrático, partiu, então, ao Estado Democrático de Direito atualmente acolhido pela Constituição Federal como conceito-chave do regime adotado.

O Estado Democrático de Direito aglutina os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, produzindo um conceito inovador e tendente a transformar revolucionariamente o *status quo*.

Essa modificação radical e positiva no panorama histórico permite a criação de novas instituições aptas a difundir os valores democráticos e a regulamentação de atividades que propiciam a expansão desses princípios, tal como se pretende evidenciar.

5. Evolução da atividade de “auditoria”

Etimologicamente, auditoria é o processo de verificação e conferência detalhada de registros, processos e dados com o fim de determinar se estes são suficientemente precisos e atendem às expectativas.

Com o advento da globalização e expansão dos mercados, as empresas foram impulsionadas a investir em tecnologia e aprimorar os controles e procedimentos internos com o objetivo de minorar os custos e tornar seus negócios mais atraentes e competitivos.

Todavia, a necessidade de capitais para investimentos tornou necessária a captação de recursos de terceiros, que disponibilizariam seus recursos sem vínculo com as entidades.

Por meio desta nova demanda, surge a função da auditoria, cujo profissional passa a ser responsável pela análise contábil e consequente lavratura de uma opinião.

Para que terceiros disponibilizassem recursos, exigiam que as demonstrações financeiras das entidades fossem analisadas por profissionais que não tivessem ligação com a mesma entidade, ou seja, alguém independente. Surge, então, a profissão do auditor, ente incumbido de analisar as contas e emitir um parecer.

Em nosso país, o surgimento do mercado da auditoria está correlacionado a diversas circunstâncias, tais como: a instalação de filiais e subsidiárias de firmas estrangeiras; necessidade de financiamentos de empresas brasileiras através de entidades internacionais; crescimento dos negócios (necessidade de capital de giro e investimentos fixos), descentralização e diversificação de atividades econômicas; evolução do mercado de capitais; criação das normas de auditoria para instituições financeiras determinadas pelo Banco Central do Brasil; criação da CVM (Comissão de Valores Mobiliários); promulgação da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76).

Em suma, a causa da evolução da auditoria *lato sensu* foi a do desenvolvimento econômico dos países, do crescimento das empresas e da expansão das atividades produtoras. Isso gerou crescente complexidade na administração dos negócios e de práticas financeiras, acompanhando, indiretamente, os postulados insculpidos pelo Estado de Direito.

6. A função de auditor jurídico

No Direito Canônico, o auditor tinha atribuição definida como auxiliar ou preparador do processo e sem função jurisdicional, segundo prevê o Código Canônico Cânon 1.428 e parágrafos seguintes.

A origem do termo “auditor” remonta ao grego clássico, transformando-se com as mudanças fáticas e históricas, e, com isso, recebendo novas acepções e funções. A atividade supra-referida foi consagrada posteriormente com a designação de profissão, sendo comumente empregada em todas as suas variantes.

Com as transformações ocorridas no mundo econômico, o encargo de auditor jurídico tem se moldado às grandes fusões e incorporações ocorridas entre as multinacionais.

Para disciplinar o comportamento ético dos profissionais e das empresas auditadoras, as autoridades reguladoras enunciaram normas de conduta com amplitude mundial.

É sabido que o atual cenário econômico ensejou uma revolução na prática da advocacia empresarial, onde o nível de exigência e especialização tornou-se fator fundamental.

Hodiernamente, a fiscalização do advogado auditor passou a ser mais rigorosa, uma vez que é considerado defensor do Estado Democrático de Direito e, por isso, deve respeitar o exercício da cidadania, bem como zelar pela moralidade pública.

No decorrer dos tempos, o exercício advocatício tem sofrido inúmeras transformações advindas de fatores externos, tais como a globalização, as regras impostas pela Organização Mundial do Comércio (OMC), o célere desenvolvimento dos meios de comunicação, sobretudo a Internet, proliferando, assim, as áreas de atuação do profissional do direito.

Em Portugal, a Lei Orgânica da Assembléia da República (Lei n.º 77/88, de 1 de Julho, alterada pela Lei n.º 59/93) prevê a existência, na dependência direta do Presidente da Assembléia, de um auditor jurídico competente para exercer consulta jurídica e de contencioso administrativo.

A profissão já institucionalizada no país lusitano confere aos auditores a emissão de parecer jurídico versando sobre assuntos atribuídos pelo Presidente da Assembléia da República. O auditor também é encarregado de proceder à prévia redação de projetos de recursos contenciosos em matéria administrativa em que seja mencionado o Presidente da Assembléia da República, de acompanhar os processos e as respectivas diligências, de instruir processos de sindicância, inquérito ou disciplinares e, residualmente, de promover diligências imprescindíveis em processos em que haja interesse da Assembléia.

No universo contemporâneo, a tendência atual é que a Ordem dos Advogados do Brasil se paute nos posicionamentos adotados pelas entidades de cunho internacional, acompanhando as inovações legais trazidas pelo direito comparado, de modo que se atualize não apenas na letra da lei, mas que se demonstrem resultados práticos em harmonia com o espírito das normas constitucionais.

De fato, a auditora jurídica contribuirá para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e preservação do regime vigente, fazendo com que o profissional jurídico tenha uma atitude mais ativa e concreta, empenhando-se para colaborar com a reforma social e fazendo valer a função pública que lhe é atribuída pelo artigo 44 da Lei nº 8.906/94, *in totum*:

“Art. 44 - A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.”

7. Definição atual de auditoria jurídica

A auditoria jurídica consiste no exercício profissional, atinente na elaboração de parecer ou realização de um juízo de legalidade de determinadas práticas administrativas ou empresariais.

Tem como fulcro a identificação das normas jurídicas aplicáveis à determinada atividade pública ou empresarial ou ainda a análise e apreciação do risco de determinadas demandas judiciais, em trâmite ou por ajuizar, para que o cliente, qual seja, a empresa auditada, tenha a exata dimensão da conformidade de suas práticas empresariais com o direito positivo vigente e a ética profissional.

A auditora jurídica visa criar uma alternativa no âmbito da advocacia, como abaixo se transcreve:

Auditoria jurídica é trabalho que pode ser desempenhado unicamente por advogado no regular exercício da profissão, mediante contratação prévia e escrita, dentro dos cometimentos conferidos por lei, destinada a operar a revisão de processo de qualquer natureza ou proceder à avaliação de uma ou plúrimas situações concretas que lhe são apresentadas, no âmbito da advocacia, para emitir, concluído o trabalho, nas duas hipóteses, com observância dos princípios éticos e legais, parecer vinculante.¹

8. Crítica à abordagem dada à auditoria jurídica

Impende destacar que o conceito de auditoria jurídica acima exposto não é uníssono, existindo outras perspectivas sobre a mesma temática.

¹ ROSO, Jayme Vita. *Auditoria jurídica para a sociedade democrática*, p. 44

No entanto, definições equivocadas devem ser ressalvadas e não merecem prosperar, tal como ocorre na obra do autor Marcus Abraham. Este contextualiza o assunto sob a ótica do direito societário, regulatório e em mercados de capitais.

Em seu manual de auditoria jurídica, o autor supracitado disciplina a matéria denominada “*due diligence*”, oriunda do direito alienígena anglo-saxão. Esta é conceituada como “uma medida de prudência, atividade ou assiduidade, como se pode esperar, e normalmente é feita por, de um homem razoável e prudente, em determinadas circunstâncias; não mensurada por qualquer padrão absoluto, mas dependendo de fatos relativos de um caso especial”.

Trata-se de um procedimento de análise sistemática de documentos e informações de uma empresa, com o fito de mensurar riscos efetivos e potenciais.

Denota-se, com efeito, que a *due diligence* abrange uma série de atribuições alheias à função típica do advogado-auditor.

Assim, profissionais de áreas distintas estão aptos a aplicar a devida diligência no trato de seus negócios no *joint venture*, não podendo, portanto, serem confundidos com a atividade específica de auditor jurídico.

Por sua vez, conceitua-se *joint venture* como uma associação de pessoas, físicas e/ou jurídicas, que se engajam, num negócio particular de natureza comercial, visando lucro, onde existia conjunção de interesses e se repartem os lucros e os prejuízos, com possível direito de controle de uma das partes, direção a ser apontada e política a ser desempenhada em conexão, tudo previamente ajustado em contrato escrito.

Conquanto as práticas sejam inerentes ao mundo negocial e presente na visão multidisciplinar que a auditoria jurídica propugna, esta não se resume na mera legalização da conduta diligente habitual que um administrador toma e assume antes de

realizar qualquer negócio de empreendimento conjunto, para que ele, se efetivado, possa lograr êxito.

Deste modo, a *due diligence* jurídica é uma modalidade interdependente e tem métodos e critérios próprios, também resultando num parecer individual do advogado, semelhante ao emitido pelo auditor jurídico. Ambos profissionais têm responsabilidade na sua atuação, tendo que exercer procedimentos interpretativos e de natureza multidisciplinar e que envolve segmentos variados e riscos negociais complexos.

Cabe ao autor da *due diligence* elaborar um relatório pormenorizado de todos os dados que poderão influenciar no negócio a ser concluído. Tal listagem deverá conter as metas e riscos que servirão de norte aos beneficiários do negócio financeiro. Nesta linha, é um instrumento que demonstra os graus de riscos que os administradores irão assumir com a empresa que pretendem transacionar.

Não obstante as características comuns, o dever do advogado auditor transpõe a estratégia que a *due diligence* exige e só encontra-se pendente de institucionalização por razões fáticas, políticas e transitórias.

Diversamente da estática trazida pela *due diligence*, a auditoria jurídica revela-se dinâmica, porque ela disciplina o processo que proporciona aos administradores a oportunidade de ter em mãos as informações circunscritas dos limites do negócio que desempenham.

Em sentido contrário, a visão do profissional jurídico empenhado “*due diligence*” que prepara um relatório conclusivo sobre o sucesso das negociações, é fragmentada.

Já a função quase jurisdicional dada ao auditor jurídico implica uma ampla responsabilidade, razão pela qual ele deve aquilatar os valores envolvidos e ter como fundamento a dignidade dessa atividade e a relevância do que for apreciado para emissão do relatório.

Considerando as definições mencionadas, a auditoria jurídica possui uma abrangência maior, podendo ser exercida em todos os ramos empresariais sem gerar embaraços, constrangimentos ou desavenças.

Apesar de factual e momentânea, a função executada pelo advogado-auditor compreende um exame diligente e global e que envolve todo um contexto, dependendo da atividade da empresa e da relevância atribuída à auditoria jurídica em seu âmbito interno.

A imprescindibilidade da presença do profissional atuante na auditoria jurídica e na *due diligence* varia de acordo com a atividade principal da empresa, sendo a ambas confiadas importantes missões a serem cumpridas com precisão técnica, pois, de forma reflexa, garantem o regime democrático, preservam e, sobretudo, aperfeiçoam os valores da justiça e interesses da própria classe dos advogados.

9. A auditoria jurídica como função essencial à justiça

A nova atividade a ser inserida no rol de atribuições forenses também será de extrema relevância no aspecto constitucional.

Uma vez institucionalizada, a auditoria abarcará as funções essenciais à justiça como um todo, compreendendo as atividades públicas ou privadas sem as quais o Poder Judiciário não poderá funcionar efetivamente.

Como propulsora da atividade jurisdicional, deverá ser equiparada as demais atividades já elencadas nos artigos 127 a 135 da Constituição Federal de 1988.

Tais como as atividades laborativas humanas, há de se destacar a nobreza da auditoria jurídica na medida em que contribuirá à sua maneira para o

progresso social e funcional da classe dos advogados.

Ao profissional auditor jurídico devidamente habilitado e reconhecido, deverão ser estendidos os direitos e deveres das funções constitucionais e tratamento isonômico.

Tal qual o advogado, tido como servidor ou auxiliar da justiça, o auditor comporá mais um elemento da administração democrática da justiça, constituindo uma nova perspectiva à carreira jurídica.

Como pressuposto da formação do Poder Judiciário, esse profissional será imprescindível ao funcionamento, compondo mais um elemento técnico e, assim, ampliando o acesso à Justiça.

No seu *munus* privado ou público, o auditor jurídico deverá integrar o rol previsto no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906 de 4.7.94), consagrando o princípio basilar de efetividade do Poder Judiciário mediante uma nova forma de postulação judicial.

10. A auditoria jurídica e o Estado de Direito

Tendo como pressuposto a breve explanação acerca da evolução sofrida pelo Estado, desde os primórdios até a modernidade, demonstrou-se a efetiva correlação entre a pretensa criação e regulamentação da função de auditor jurídico, além de sua adaptação em nosso ordenamento jurídico, sob a égide do Estado de Direito.

O marco inicial será a nova perspectiva trazida pela Constituição Federal de 1988, precipuamente os instrumentos democráticos que possibilitam o exercício da cidadania sem repressões.

Nesse contexto de mudanças surge a auditoria jurídica,

cujo intuito primordial é difundir o rol de atividades desempenhadas pelo advogado, possibilitando ao profissional, mediante contratação prévia e escrita, revisar processos de qualquer natureza ou avaliar um ou vários casos concretos que lhes são atribuídos, no âmbito exclusivo da advocacia, e, no final de sua análise minuciosa, emitir parecer vinculante com devida observância dos princípios legais e éticos.

Atendendo a atual concepção do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa, deve-se instaurar um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões.

A atividade aludida, merece, indubitavelmente, acolhimento na ordem constitucional vigente, vez que compatível com os preceitos do Estado de Direito.

A auditoria jurídica emerge e deve ser desempenhada com vistas a:

“Fazer valer os altos desígnios de seu mister, de modo que o Direito possa servir à democracia e seu destino, na busca da felicidade pessoal. No exercício da auditoria, não pode haver tolerâncias nas regras éticas. Nem mesmo se deve aceitar qualquer leniência. O imperativo ético do exercício profissional deve prevalecer. E as regras que regem a profissão não resultaram de uma criação espontânea, mas sim foram sedimentadas através dos séculos.”²

Propugnando por um novo paradigma na classe dos advogados, almeja-se criar oportunidades inovadoras, estimulando o exercício da hermenêutica jurídica e fiscalizando práticas ilícitas e nocivas que muitas vezes são cometidas e passam incólumes.

A incumbência do casuístico auditor torna-se de extrema relevância, já que este deverá prestar contas dos atos praticados, tendo a obrigação de denunciar práticas suspeitas, além de ter o dever de orientar preventivamente seus clientes para coibir práticas criminosas.

² ROSO, Jayme Vita. Auditoria Jurídica para a Sociedade Democrática, p. 89

Por meio da auditoria jurídica, o advogado poderá exprimir seus anseios, tendo a liberdade de proceder à análise dos autos de forma abrangente, imparcial, simultânea e pormenorizada, sem se ater particularmente a um ponto de vista intra-disciplinar.

A profissão novel visa atender aos ditames da justiça e aos princípios constitucionais do moderno Estado Democrático de Direito, que é mais flexível e dinâmico e permite o debate entre a sociedade e os representantes do poder, autorizando, assim, insurgir-se contra o modelo atual e contestar, questionar e lutar por mudanças positivas.

Todo este processo de convergência pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos destoantes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diversos da sociedade.

Na atualidade, a democracia revela-se por um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão e conformistas, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social.

Neste panorama, o operador do direito terá a oportunidade de expandir seu entendimento técnico-jurídico em variados segmentos, onde o teor de sua manifestação passará a ter efeito vinculante.

A almejada disciplina do exercício jurídico de auditor fomenta a modernização da “famigerada” advocacia contenciosa ou consultiva, traçando inovadores contornos ao mister jurídico.

A institucionalização da auditoria jurídica implicaria em alteração na redação do artigo 1º do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), que em seu inciso II dispõe como atribuições privativas da advocacia somente "as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica."

Complementando o dispositivo legal retro referido, a auditoria jurídica poderia ser enquadrada como um desdobramento da consultoria e da assessoria jurídica, submetendo-se a um regime jurídico próprio a ser criado mediante provimento.

A dimensão a ser alcançada pela atuação do auditor é imensurável, permitindo a exploração de áreas até então desconhecidas pelos profissionais do direito e a interação multidisciplinar entre os ramos preexistentes.

Condizente com a sociedade democrática e o atual Estado de Direito, a auditoria jurídica aumentará significativamente a responsabilidade do que for declarado pelo advogado, o que, por consequência, deve estar em consonância com uma conduta qualificada e, acima de tudo, ética.

Tido como novo ramo da advocacia, o auditor obrigatoriamente estará subordinado ao artigo 1º do Código de Ética e Disciplina que "exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional", bem como no que concerne à preservação do sigilo profissional.

O exercente do novo encargo jurídico não poderá ficar alheio aos princípios ético-profissionais, bem como impor óbices a nova oportunidade de carreira para o advogado atuante e aos próximos a ingressarem na profissão.

O auditor jurídico será uma espécie de conselheiro legal para o acompanhamento processual e legislativo e, por estar atrelado à correta informação que é o instrumento de seu parecer, lhe será assegurada plena liberdade e independência funcional.

Tal como é conceituado, o auditor deve ser indispensável à administração da justiça, coadunando-se com as demais funções previstas no texto constitucional.

Deve adotar uma postura regrada nos fundamentos consagrados pela Carta Magna, especificamente nos avanços trazidos pelo Estado Democrático de Direito no sentido de maior liberdade de atuação dos militantes na carreira do direito.

Com o legado adquirido pela democracia cooperativa, abriu-se um amplo espaço aos formadores de idéias capazes de nortear novos rumos às atividades do Poder Judiciário.

Após a ruptura com o antigo sistema constitucional, é notória a necessidade de criação de novos cargos que atendam o *mens legis* do constituinte.

A sociedade, por sua vez, tende a cobrar por uma função de auditoria cada vez mais interveniente no detectar de certas situações, como nas hipóteses de viabilidade empresarial, denúncia de fraudes e atos ilegais, apreciação econômica, eficiência e eficácia organizacional.

Destarte, a função de auditor como novo ramo jurídico, deve ser positivada de forma expressa e auto-explicativa, para que não dê margem a dúvidas e atenda as expectativas do público.

Com efeito, o âmbito de atuação da auditora deve ser ampliado para satisfazer as exigências da sociedade e concretizar de forma transparente e segura o seu real propósito, contribuindo com a fiscalização das famigeradas irregularidades tangentes no mundo atual.

A atribuição do advogado auditor deixará de ser a de apontar falhas, passando a ter uma postura mais incisiva e de modo a vislumbrar conflitos ativos ou latentes e a indicar soluções concretas, sob os parâmetros éticos de sua profissão.

Sempre que os valores mais supremos da justiça forem mitigados, cumpre ao profissional do direito, em suas mais variadas vertentes e particularmente ao auditor jurídico, colocá-los em seu devido lugar, com temperança e destemor, ciente do papel de transformador social que lhe é ínsito.

Conclusão

Como uma reação eloquente à prática histórica da censura política e ideológica no país, o constituinte enfatizou os princípios do Estado de Direito, assegurando uma infinidade de direitos democráticos.

Neste contexto, a problemática que se coloca é acerca da institucionalização da profissão de auditor jurídico dentro de um sistema já consolidado, porém flexível a mudanças positivas e tendentes a aprimorar as bases da democracia.

Consoante fora explicitado, a livre manifestação do pensamento do operador do direito através da emissão de um parecer vinculante, atestando a conformidade das condutas da organização com o Direito e a Ética, passará a ser uma atividade quase jurisdicional e de suma relevância para alicerçar as novas tendências forenses.

Decerto, a exteriorização do pensamento do futuro jurista auditor é um dos direitos fundamentais mais preciosos da pessoa humana, permitindo a manifestação de suas opiniões em processos judiciais envolvendo a organização, políticas de marketing, mercado de capitais, impugnação à corrupção, contanto que responda pelo abuso de sua conduta nos casos e na forma que a lei prescrever.

Sem dúvida, a verdadeira missão do auditor jurídico será a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, consolidar a democracia e orientar os demais profissionais da área jurídica, de maneira que o teor transmitido por meio deste novo instrumento de labor constitua a forma mais legítima de livre expressão do pensamento.

A auditoria jurídica há de ser considerada como um órgão promissor do Estado Democrático de Direito, conforme os postulados da República Federativa do Brasil, devendo balizar sua atuação no estrito parâmetro legal e responsabilizar-se sempre que exceder os limites éticos.

Deste modo, propõe-se romper com a estrutura jurídica tradicional, onde o profissional do direito se deslocará para o ambiente organizacional, atuando tanto da prevenção de litígios, como na solução de contendas por procedimentos alternativos.

É proeminente o desafio a ser enfrentado, extravasando a especialização excessiva e partindo para a generalização, ampliando o prisma do fenômeno jurídico para um aspecto interdisciplinar.

Por meio de suas atribuições legais e utilizando-se dos métodos hermenêuticos, o auditor jurídico proceder-se-á a devida ponderação de valores éticos da organização auditada, devendo harmonizar conhecimentos do Direito Pátrio com os aspectos culturais, econômicos e sociais.

Assim, é de extrema relevância institucionalizar a auditoria jurídica em nosso ordenamento jurídico, sendo primordial que haja uma mudança no paradigma jurídico.

A fim de disseminar esse ponto de vista conservador e traçar novos contornos à atividade advocatícia, a implantação da auditoria jurídica aparece como uma forma de expansão das atividades típicas da classe dos casuísticos, transformando-os de mero coadjuvante do cenário jurídico em personagens de relevo no ambiente organizacional do Estado de Direito.

Bibliografia consultada

ABRAHAM, Marcus. *Manual de auditoria jurídica: legal due diligence - uma visão multidisciplinar no direito empresarial brasileiro* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1991.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MARX, Karl Heinrich. *O Capital: crítica da economia.* São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ROSO, Jayme Vita. *Auditoria jurídica: apontamentos para o moderno exercício da advocacia.* São Paulo: Editora STS, 2003.

_____. *Auditoria jurídica para a sociedade democrática.* São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

_____. *Definição de auditoria jurídica; Variações sobre a advocacia e a auditoria jurídica, Poderá a auditoria jurídica servir de apoio à governabilidade das instituições?; Por que se deve institucionalizar a auditoria jurídica;* Disponível em: <<http://www.auditoriajuridica.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.