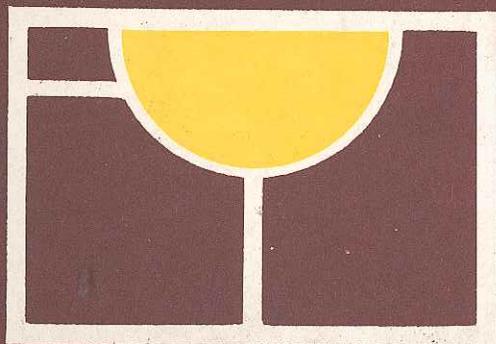


REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



Publicação do
Instituto de Informática Jurídica
Estado do Rio Grande do Sul

**REVISTA DA
CONSULTORIA
GERAL DO ESTADO**

**PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGE	Porto Alegre	v. 4	n. 9	p. 1 a 180	1974
------	--------------	------	------	------------	------

Revista da Consultoria-Geral do Estado.
v. 1- n. 1- dez. 1971-
Porto Alegre, Consultoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Instituto
de Informática Jurídica.
v. 23cm. quadrimestral.



Catálogo pela
Equipe de Pesquisa e
Documentação da CGE.

Os artigos de doutrina não representam,
necessariamente, a posição da Consulto-
ria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Euclides Triches — Governador do Estado
Mário Bernardo Sesta — Consultor-Geral do Estado
Walter Eduardo Baethgen — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Almiro do Couto e Silvo

José Morio Roso Tesheiner

Antônio Estevão Allgoyer

Elmo Pillo Ribeiro

Morio Izobel de Aroujo Ribeiro Fonyot

Vereno Nygaard Becker

Sondro Regino Schmitz de Azevedo

Silvio Lo Porta de Castro

Loura Corrêo Oliveira

Suzona Morio Heller

SUMÁRIO

DOCTRINA

AUREL DAVID	A pesquisa documental automática	11
ANDRÉ TUNC	Padrões jurídicos e unificação do direito	35
ARNOLDO WALD	Da irresponsabilidade da sociedade anônima por decisões nulas ou abusivas da assembléia geral	55
CLOVIS DO COUTO E SILVA	Direito material e processual em tema de prova	65
WALTER EDUARDO BAETHGEN	As "condições da ação" e o novo Código de Processo Civil	85
ATHOS GUSMÃO CARNEIRO	A conciliação no novo Código de Processo Civil	115
ALCIDES DE MENDONÇA LIMA	A nova terminologia do Código de Processo Civil	123

PARECERES

ELMO PILLA RIBEIRO	Desapropriação. Sentença. Registro de Imóveis	149
CARLOS MARIA RUSCHEL	Desapropriação	152
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Licença-Prêmio	158
JORGE ALBERTO DIEHL PIRES	Adjudicação	161
ANA MARIA LANDELL DE MOURA	Magistério Estadual	165
MARIO NUNES SOARES	Licitação. Revogação de Concorrência	171

DOCTRINA

A PESQUISA DOCUMENTAL AUTOMÁTICA

por AUREL DAVID

Adido de pesquisa junto ao Centro de
Pesquisa Científica (da França)

* (Le philosophe) sent à quel point mainte discussion repose sur des confusions verbales, tout en sachant qu'il serait illusoire de prétendre fixer de façon absolument univoque les vocables philosophiques. Alosil devrait, nous semble-t-il, attacher du prix à tout instrument qui puisse l'aider à reconnaître, sous les lacunes et les distorsions du vocabulaire, une structuration précise des idées."

Robert BLANCHÉ, "Structures intellectuelles" (23) *

1 — A DOCUMENTAÇÃO AUTOMÁTICA

O interesse suscitado pela pesquisa documental mecânica resulta de razões que se ligam à evolução do pensamento científico:

1.º — O aumento do volume de documentos jurídicos torna quase impossíveis a manipulação, a memorização e mesmo a localização dos textos pelos meios tradicionais. O assunto é objeto de uma literatura muito vasta para ser aqui referida. (0)

2.º — À medida que as operações intelectuais de execução caem no domínio das máquinas, os juristas aceitam com maior dificuldade a idéia de perder seu tempo em um trabalho de pesquisa documental que parece mecanizável.

Tradução de "La recherche documentaire automatique appliquée au droit" (Revue Internationale de Droit Comparé 20(4):629-645, oct./dec. 1968), autorizada pelo autor e direção da revista. Tradução de Alexandre Henrique Gruszynski e Maria Izabel A. Ribeiro Fonyat.

3.º — O direito (e não somente os direitos anglo-saxões) utiliza processos de pensamento muito diferentes dos das ciências (1, 2). Ele não pode ou não pôde ainda supercodificar-se ou deixar-se axiomatizar. O direito, na verdade, explode, sem transição, em múltiplos artigos de códigos ou de leis, não permitindo regredir às definições e às relações fundamentais. E o pensamento atual se recusa a continuar pesquisando dentro de um corpo de documentos que não se submetem a estruturas e que não permitem classificação lógica.

A pesquisa documental jurídica comporta geralmente duas fases que poderiam ser aqui citadas pela simplicidade:

a) A estocagem dos documentos (constituição do "corpus"). É a memorização dos documentos jurídicos, tratados em vista da interrogação ulterior. Tais documentos podem pertencer à legislação no sentido amplo (leis, regulamentos, estatutos, tratados internacionais) à jurisprudência ou à doutrina (decisões, livros, artigos de revista, etc.).

b) A interrogação do estoque, que é o conjunto de operações destinadas a localizar no estoque, e depois divulgar, os documentos (leis, decisões judiciais, doutrina) relativos a uma questão proposta (ou as referências bibliográficas destes documentos).

Mesmo para uma cadeia documental inteiramente mecanizada, existem operações intelectuais humanas anteriores à iniciação do processo, especialmente das pesquisas de lógica moderna.

Utiliza-se frequentemente o termo "jurimetria", criado pelo juiz L. Loevinger (3), para designar a aplicação das máquinas e da lógica moderna às matérias jurídicas. Visa-se não só às operações estatísticas da sociologia do direito mas também à ajuda das máquinas na confecção das leis e das decisões judiciais. E também ao ensino mecânico do direito, à ajuda que as máquinas poderiam trazer à administração dos tribunais, à concessão da assistência judiciária, ao estabelecimento e à produção das provas, à detenção e à prevenção criminais, à guarda e administração dos registros imobiliários ou das coleções de tratados, à previsão do sentido em que será provavelmente proferida uma decisão, etc. Pensa-se, enfim, na pesquisa dos conflitos e das redundâncias na

legislação e em certos contratos importantes (seguros), na harmonização da legislação, na evidenciação das revogações de leis, expressas ou tácitas.

As investigações têm sido maiores, entretanto, no terreno da pesquisa documental jurídica.

II. — OS SISTEMAS DE PESQUISA

Citemos:

1.º — **Sistemas textuais** (em linguagem documental: "processamento em linguagem natural = LN"; em inglês: "full text procedure"): aqueles sistemas onde se armazena o texto completo dos documentos, e depois, com a ajuda de palavras significativas contidas na questão colocada, se extrai do estoque os textos contendo o conjunto destas palavras significativas (para a pergunta: "casamento de um militar da aeronáutica com uma estrangeira, em tempo de guerra", procura-se aqueles documentos que contêm ao mesmo tempo as palavras "aeronáutica", "casamento", "estrangeiro", "guerra").

2.º — **Processamento em linguagem documental (LD)**: somente é estocado um resumo mais ou menos desenvolvido do texto, chamado **index**. O index constitui aqui o principal problema e pode desencadear numerosas operações lógicas. As mesmas dificuldades podem apresentar-se sob uma forma algumas vezes atenuada nos sistemas textuais. Mas os sistemas indexados colocam estas questões desde o começo, enquanto que, nos sistemas textuais, elas aparecem somente na etapa de interrogação.

1. Sistemas textuais ou LN.

Os processos textuais registram, ao menos, em princípio, o texto completo. Faz-se, em seguida, a relação das palavras do texto, eliminando as palavras comuns ou não significativas ¹.

1. O grupo de Pittsburgh reconhece 112 palavras não significativas, cuja eliminação acarreta a supressão de 45% do texto. Restam então 23153 palavras naturais (completas e instrumentais) com as quais se constrói e se apresenta a relação alfabética. O sistema Oxford examina 148 palavras comuns, observando-se os 2/3 do texto.

A constituição do estoque, mesmo que compreenda outras operações (tabelas de frequência, etc.) fica facilmente mecanizável. Alguns processos utilizam catálogos de sinônimos, catálogos de flexões gramaticais, ou mesmo "thesauri", que estabelecem importantes questões de linguagem e de lógica e exigem muitas vezes opções relativas a questões de teoria geral do direito. A utilidade dos "thesauri" foi seguidamente contestada nos sistemas textuais: O processo Pittsburgh-Lits não faz uso deles. Enfim, a fase de interrogação exige quase sempre algumas operações manuais.

Existem algumas tentativas isoladas de super-automatização (American Bar Foundation) (4) ².

O sistema textual é característico da pesquisa anglo-saxônica. Proporciona imediatamente alguns primeiros resultados, praticamente exploráveis, e permite rapidamente "deixar entrar as máquinas". Mas este sistema não pode contribuir para qualquer aperfeiçoamento do vocabulário jurídico, o que limita os resultados — e isto é particularmente lastimável — a fins somente documentários e desfaz qualquer esperança no aperfeiçoamento da técnica jurídica em geral (aperfeiçoamento lingüístico em particular). Ele está ligado à opinião de que somente o texto integral permite a expressão, sem distorção nem perda, das matérias contidas no documento (a frase jurídica sendo tratada como se possuísse numerosas ressonâncias e harmônicos mais literários que científicos. Isso é certamente exato — e não somente na "Common Law" — mas não prova que um esforço de pensamento não pudesse clarificar as matérias, como aconteceu em muitas outras disciplinas).

A pesquisa textual foi aplicada sobretudo nos documentos legislativos, em razão do seu considerável volume e do conteúdo técnico e pouco jurídico de certos textos regulamentares.

2. Encontra-se a um pouco adiante (Bibliografia: "infra", p. 35 a indicação de um certo número de obras dando informações detalhadas sobre a pesquisa documental automática nos Estados Unidos.

Para um estudo bibliográfico exaustivo, v. as publicações de Michael A. DUGGAN (19). V. também a excelente bibliografia do professor FRAENKEL (51). Enfim, a revista M.U.L.L. (20) dá (ou, ao menos, dava) relações de publicações novas.

O grupo de Pittsburgh (F. J. Horty) ³ e também o da aeronáutica militar americana em Denver (Colonel Kelley) ⁴ (5), (6) constituem, ambos, a organização de pesquisa documental jurídica mais im-

3. O grupo do professor HORTY em Pittsburgh:

Os efeitos da "legal information explosion" se fizeram sentir nos Estados Unidos sobretudo a partir de 1920, data na qual se começou a pensar em aplicar processos novos de pesquisa documental (23).

O trabalho começou em Pittsburgh, em 1959, sustentado de início pelo Council on Library Resources e pela Fundação Ford. Instalado na Universidade de Pittsburgh e sustentado por ela, o grupo tornou-se o Health Law Center. Hoje os pesquisadores parecem ter se tornado mais independentes da Universidade. Seu grupo traz o nome de "Automated Law Searching, Webster Hall, Pittsburgh, Pennsylvania", e seus serviços são utilizados não somente pela Administração (os Estados de New York, New Jersey, Iowa, Kansas, a Cidade de Pittsburgh, etc.), mas e mais recentemente, por empresas privadas (quatro grandes empresas industriais e três grandes companhias de seguros).

O grupo de Pittsburgh publica, além disso, diversos periódicos para a atualização da legislação.

Dispõe de meios técnicos e financeiros importantes. A pesquisa iniciou em 1959 com um computador IBM 650; ela utiliza atualmente o computador IBM 360/40 (este último unicamente para a pesquisa legislativa). Os 150 pesquisadores do grupo dispõem de um orçamento de 900.000 dólares.

Segundo as notícias publicadas em junho de 1967 (5) a análise dizia respeito, nessa data, a 377.648 textos, contendo cerca de 180.000.000 de palavras. Trata-se sobretudo de textos legislativos, ou seja, 303.223 textos legislativos e somente 74.425 decisões judiciais.

O grupo de Pittsburgh utiliza o processo textual, e — ao menos para os documentos legislativos — não faz uso dos "thesauri". Os resultados são dados sob a forma de uma reprodução integral do documento, ou melhor, sob a forma KWIC (Key Word in Context). Neste último caso, a máquina imprime somente linhas do documento contendo as palavras-chaves da pergunta. A consulta dessas linhas deveria permitir saber se o texto é ou não interessante, de modo a pedir-se a reprodução completa com conhecimento de causa.

Foram efetuados testes de eficácia e de rendimento (para um resultado completo dos testes de 1962, ver (5), p. 84).

4. O grupo do coronel Charles A. KELLEY em Denver (Colorado), conhecido pelo nome do processo que ele utiliza: LITE ("Legal Information thru Electronics").

As pesquisas, iniciadas em 1961, conduziram em 1963, a um entendimento com o grupo de Pittsburgh. O processo LITE utiliza agora os métodos de Pittsburgh.

O único questionador e utilizador é o Departamento de Defesa dos Estados Unidos.

portante existente atualmente, estocam textos legislativos. Pode-se citar ainda os centros das Universidades de Lincoln (Nebraska), Dallas (Texas), Stanford (Califórnia), Manitoba (Canadá) etc. Em Oxford, o professor Colin Tapper estudou a aplicação do sistema de Pittsburgh na jurisprudência inglesa ("cases"). Na U. R. S. S. parece que o sistema textual tenha prevalecido (7). O Weizmann Institute of Science (Israel) estuda paralelamente um sistema textual mecanizado (em colaboração com o U. S. National Bureau of Standards) e um processo indexado manual (8).

2. Processamento em linguagem documental ou LD.

a) Indexação convencional.

As intitulações das leis, das seções, artigos e divisões dos textos legislativos constituem uma primeira indexação do tipo que nós chamamos aqui **indexação convencional**.

Estes textos, sobretudo quando são importantes, contêm um plano, uma terminologia culta, que são retomados, aprofundados, es-

Os meios técnicos e financeiros são, lá também, importantes. Em julho de 1967, o investimento total era, para LITE, de 1.300.000 dólares.

Na mesma data, o estoque continha 60.000.000 palavras. Durante os onze primeiros meses de 1967, ele tinha respondido a 1.367 questões, e o ritmo das respostas cresce rapidamente.

O grupo de Denver analisa somente documentos legislativos: "Statutes" (U. S. Code, especialmente), regulamentos, decisões administrativas, convenções internacionais de interesse para a defesa nacional. As respostas são dadas em "texto completo" ou em KWIC (V. "supra").

A obra (6) dá conta de um teste realizado em 1964, em uma época já remota, portanto; entre 215 perguntas propostas, 16 respostas se mostraram inferiores aos resultados obtidos "manualmente", 95 equivalentes e 104 melhores, tendo-se em vista os textos legislativos citados. Deve-se, além disso, ter em conta as vantagens próprias das máquinas: rapidez, economia de trabalho, possibilidade de confiar a pesquisa a pesquisadores independentes (tanto para ter em dia os documentos legislativos quanto para a pesquisa propriamente dita), o que livra o jurista de um pesado trabalho pessoal.

As outras pesquisas seguidas nos Estados Unidos (aplicando ou não o sistema de Pittsburgh) são bem menos importantes. Algumas são intermitentes, ou dependem de um só pesquisador, etc.

colhidos e sistematizados pelo ensino universitário e pelos autores. Os **índices das matérias** reúnem estas indexações e constituem um primeiro aparelho de pesquisa documental, utilizado sozinho durante séculos. (Lembra-se que os index são escolhidos segundo certos critérios e constituem uma **linguagem documental**, possuindo eventualmente regras combinatórias particulares).

Alguns órgãos jurisdicionais (na França, a Corte de Cassação) titulam seus julgados. **Este título é uma indexação**. As coletâneas também dão títulos às decisões que publicam, fixando assim, um vocabulário documental e, eventualmente uma sintaxe própria do autor.

Os sistemas tradicionais são sempre e inteiramente manuais. Eles são construídos para serem utilizados pelo próprio interrogador, sem o recurso de um técnico, a que poderia acompanhar a evolução da técnica documental. Também, e qualquer que seja o valor do indexador, este somente com muita prudência poderá introduzir inovações, pois deve levar em conta os hábitos do leitor. Este último dificilmente se sujeitaria à obrigação de fazer aprendizagens e, ainda menos, à utilização de uma linguagem artificial ou de operações lógicas.

a) Centros como os da Universidade de Nebraska, da Universidade de Stanford, etc., dedicam-se à pesquisa, baseando-se em documentos legislativos (segundo o método Pittsburgh-Lite).

A Universidade de Washington, que estuda, por sua parte, um processo original, altamente automatizado, analisa os textos fiscais.

O sistema textual (Pittsburgh) é igualmente adotado pela Universidade de Manitoba (Canadá) para a análise dos textos legislativos ("Statutes, rules, regulations").

Enfim, seis departamentos ministeriais de Washington possuem organizações de pesquisa mecanizada, aplicada à legislação.

b) Pode-se citar, quanto à pesquisa aplicada à jurisprudência, o centro do American Bar Foundation. Trata-se pois de uma organização privada, a qual, em colaboração com a organização IBM, estuda um processo altamente automatizado.

É igualmente o caso do Law Research Service em New York com a colaboração da Western Union Telex. Esta organização privada se dirige aos especialistas do direito e lhes fornece as respostas pelo sistema Telex. Seu campo de pesquisa é jurisprudencial (Federal and State Court decisions).

b) A indexação elaborada.

Aqui, a indexação dá lugar a um trabalho metódico e exige a intervenção de intermediários especializados e de máquinas.

Denominemos ascendentes os sistemas que determinam seus termos por decantação a partir dos termos jurídicos usuais. A abstração ascendente se efetua antes de tudo empiricamente pelo trabalho normal da doutrina, da jurisprudência, da vida dos sistemas e evita geralmente de se elevar a ponto de pôr em evidência noções novas, ainda inominadas.

Denominemos sistemas descendentes os que utilizam indexações cujo autor estabelece, teoricamente, as palavras fundamentais, a partir das quais ele tenta descer, por composição, e eventualmente segundo uma certa técnica de combinação (sobretudo nos index hierárquicos, que utilizam os "thesauri" aperfeiçoados), os termos muito mais numerosos da linguagem usual. Supõe-se que o autor de uma indexação descendente possua conhecimentos profundos referentes às divisões fundamentais e às articulações do direito. Não lhe será fácil deixar de inventar termos novos.

Os dois sistemas ascendente e descendente, se ajudam mutuamente, e a maior parte de pesquisadores os associam instintivamente.

É possível beneficiar-se, neste domínio, as aquisições dos documentadores científicos e das ciências humanas (assim na França, o Laboratório de Automática Documental e Lingüística do Centro Nacional da Pesquisa Científica, o Grupo de Estudos Semiológicos e Documentais da Escola Prática de Altos Estudos (Sorbonne) (9), etc.).

A indexação foi sobretudo utilizada até aqui pelos documentos jurisprudenciais. Os pesquisadores europeus logo pensam nela, pois a indexação convém somente aos direitos continentais, já fortemente estruturados.

Citemos, em relação à pesquisa indexada na Europa, o sistema

Sem dúvida, porque se trata de jurisprudência, o American Bar Foundation utiliza um processo de indexação manual (aliado, entretanto a uma pesquisa por computador). Esta organização estocou cerca de três milhões de decisões judiciárias.

belga C.R.E.D.O.C., que coloca em fichas o Código Civil e que apresenta o grande interesse de ser bilingüe, a experiência do "Centro per il Dizionario Giuridico" (do Centro Nacional de Pesquisa Italiana) em colaboração com a "Accademia della Crusca", e, na França⁵.

A vultosa pesquisa mista realizada pelo grupo do professor Catala (Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Montpellier), com a colaboração da Faculdade de Ciências de Montpellier, sobre a jurisprudência da Corte de Cassação.

Uma pesquisa pouco mecanizada (cartões perfurados, selecionadora eletro-mecânica), a do CRIDON, comporta uma importante reflexão sobre a indexação e os vocabulários jurídicos. Organizado em 1962 em Lyon pelo notariado e para as necessidades do notariado, o CRIDON de Lyon agrupa dezenove corporações de notários da região do Sud-Est. Quatro outras organizações CRIDON existem nas regiões de Paris, Lille, Nantes, Bordeaux-Toulouse. Estas cinco organizações efetivamente funcionam e responderam em 1967 a 25.327 questões. Elas utilizam a indexação "manual", aplicada ao conjunto dos documentos jurídicos (legislação, jurisprudência e mesmo literatura jurídica) e aos diversos ramos do direito (civil, fiscal, direito internacional privado, trabalho, processo, etc.).

O Tribunal de Paris (Sra. Lussan) aperfeiçoa uma pesquisa mecanizada mediante índices, aplicada à jurisprudência das sociedades e especialmente à jurisprudência da Lei de 1966.

Enfim, a Corte de Cassação prossegue na organização de um fichário por ora manual, sobre cartões — mas cuja indexação dá lugar a uma reflexão aprofundada (sob a direção do conselheiro Bel).

5. Refiramos, em relação à França, as bibliografias de J. DELAHODDE Mlle, MIGNOT e H. P. BUFFELAN, DECATER, (21), e, em relação à Bélgica, a de S. de MOFFARTS, (25). Na Itália, Mario G. Losano prepara um estudo bibliográfico da documentação jurídica, que fará par com um trabalho bem conhecido de M. Amedeo G. CONTE (22).

Outras pesquisas estão começando ou estão em gestação e muito se pode esperar do interesse geral suscitado na França por estes assuntos.

Os "thesauri" hierárquicos aperfeiçoados, dando lugar a uma sintaxe particular, são ainda mais difíceis de ser realizados, e mais interessantes. Na França, o grupo do Conselho de Estado (Sr. Mehl), embora adotando o sistema textual, dirige-se especificamente aos "thesauri" que têm ligação com as pesquisas superiores de indexação.

Minha própria pesquisa documental jurídica no Centro Nacional de Pesquisa Científica é também hierárquica.

Ela deve conduzir à desejada criação de um grupo de pesquisa reunindo juristas, lógicos, lingüistas, documentadores e especialistas em computadores e em linguagens-máquinas. Sua forma é de uma pesquisa cooperativa sobre um programa do Centro Nacional de Pesquisa Científica e a data do início da atividade visada é 1.º de janeiro de 1969. O nome provisório do grupo é: "Centro de Aplicação da Lógica Moderna e da Informática às Ciências Jurídicas, à Sociologia e às Ciências Políticas".

Seu objeto é a pesquisa fundamental nestas questões, e antes de tudo a relativa à documentação Jurídica (v. "infra", p. 24, as razões desta ordem de prioridade).

Uma colaboração poderia se estabelecer entre esta pesquisa dos métodos e as organizações experimentais, que existem junto às Faculdades, etc., colaboração a ser obtida pela publicação dos trabalhos do grupo, quer pelos contatos diretos com os grupos experimentais ou de aplicação prática. Estes possuem (v. "infra", p. 24) o pessoal e os meios técnicos necessários para a pesquisa experimental, o estabelecimento de fichas e de memórias, a organização dos testes e a avaliação dos métodos. Obteve-se a colaboração de certos grupos experimentais.

Acessoriamente, o grupo do Centro Nacional de Pesquisa Científica encarregar-se-á de reunir a documentação relativa aos métodos já utilizados, na França e no estrangeiro, e de colocar esses dados à disposição dos experimentadores.

Constituem pontos criticáveis, nas indexações evoluídas:

1.º — Uma perda de informação e uma distorção do sentido, devidas à condensação do texto original. Os esforços para evitar esta distorção constituem um frutuoso trabalho de lógica e de teoria geral do direito.

2.º — O indexador age longe dos questionadores, e não pode prever todos os temas que os interessarão. Também aí tudo depende do valor da pesquisa.

3.º — O questionador deve ter um bom conhecimento do direito. Este sistema, aliás, só é adotado para o tratamento da jurisprudência; interessa sobretudo aos juristas especializados.

4.º — Estabelecida a LD, confia-se geralmente a indexação dos textos a principiantes (estudantes). Ora, em certos sistemas, a indexação é "muito manual" e exige uma grande maturidade de espírito.

5.º — O pequeno volume de certos estoques jurisprudenciais permite ao operador introduzir secretamente seus conhecimentos pessoais, falseando, assim, os resultados dos testes de eficácia.

6.º — A indexação hierárquica é ainda mais difícil, mais onerosa, e requer uma qualificação logística e jurídica muito grande. Mas ela é extremamente formadora e abre caminho para pesquisas jurídicas fundamentais.

Nos Estados Unidos (10), (11) e alhures publicaram-se trabalhos versando sobre a pesquisa jurimétrica lógica.

3. Sistemas mistos.

Poder-se-ia admitir, entre os sistemas textuais e os em linguagem documental, um processo misto. Aqui, também, o estoque contém, unicamente, indexações. Mas esses index são baseados na titulação das decisões, preparada e publicada por uma autoridade judiciária de renome, ou por um mestre. Assim, o grupo de Montpellier (P. Catala) utili-

za inicialmente os títulos das decisões estabelecidas pela Corte de Cassação, que as publica (12). Na realidade esses index são escritos com a ajuda de um léxico documental bem estudado. O processo permite adotar, numa segunda etapa, os aperfeiçoamentos e as aberturas permitidas pelos sistemas em linguagem documental.

4. Conclusões.

O sistema textual ou LN:

- 1.º — convém ao espírito do direito anglo-saxônico;
- 2.º — parece convir ao tratamento da legislação, no sentido amplo;
- 3.º — pode digerir rapidamente (porque muito mecanizado) grande massa de documentos;
- 4.º — é utilizável por um público sem qualificação jurídica;
- 5.º — pode ser, desde o início, explorado praticamente e mesmo comercialmente (sistemas telex nos Estados Unidos).

Os sistemas em linguagem documental ou LD:

- 1.º — convém ao espírito dos direitos continentais;
- 2.º — parecem melhor adaptados ao tratamento da jurisprudência;
- 3.º — podem satisfazer a um público de juristas qualificados;
- 4.º — abrem caminho ao aperfeiçoamento da linguagem jurídica e constituem, pois, o primeiro momento obrigatório de toda pesquisa jurimétrica; fazem renascer, também, algumas das grandes questões da teoria geral do direito, permitindo seu aprofundamento.
- 5.º — podem começar com poucos documentos e uma pequena dotação em pessoal e em material;

6.º — o sistema misto (e só ele) permite chegar aos primeiros resultados práticos tão rapidamente quanto os sistemas textuais atualmente utilizados.

III — ORGANIZAÇÃO DA PESQUISA DOCUMENTAL JURÍDICA

1.º — Generalidades.

1.º — Em um domínio exigindo uma tal soma de conhecimentos e atividades, os recursos em homens e em meios de um país europeu são apenas suficientes. Para evitar a dispersão dos esforços, as repetições, os recomeços, seria bom observar a coordenação das pesquisas segundo um plano de conjunto.

2.º — Há interesse em buscar-se um vocabulário comum e mesmo uma sintonia dos métodos, o que permitiria a cooperação e a divisão do trabalho. Uma razão profunda, especial ao direito, vem se acrescer aqui: a necessidade orgânica de unidade do sistema jurídico de cada país, ao menos em determinado momento. Esta questão, que pertence à metodologia, à filosofia das ciências e à teoria geral do direito, está a exigir desenvolvimentos importantes.

3.º — Há interesse em tratar ao mesmo tempo o conjunto das matérias jurídicas (direito e processo, direito privado e direito público, direito nacional e internacional, direito e sociologia). Entre muitos outros inconvenientes, um campo restrito obriga a uma reindagação do sistema, do léxico e dos "thesauri" a partir do aparecimento de cada texto novo, não previsto pelas classificações muito restritas.

Isto incita ainda à unificação e à eriação de uma pesquisa capaz de abordar uma massa muito grande de documentos.

2. Divisão da pesquisa.

A. A pesquisa experimental e prática.

Ela deveria descer ao menos até o nível dos testes de eficácia

e dos cálculos de rendimento. A exploração prática e colocação dos documentos à disposição do público constituem ainda uma outra questão inteiramente distinta. Não se deve esquecer, entretanto, que os ensinamentos documentais são necessários não somente aos que põem o direito em prática (magistrados, administrações, meios de negócios, advogados, notários, etc.), mas aos professores, aos estudantes e aos pesquisadores. Uma documentação facilmente mobilizável pode diminuir o trabalho escolar e deveria modificar os hábitos do ensino do direito. Enfim, a documentação é indispensável ao próprio legislador.

Trata-se antes de tudo de testar os métodos colocados em questão pela pesquisa teórica (v. "infra"), e constituir as memórias indexadas, endereçadas, etc., assim como os diversos catálogos, "thesauri", etc. As necessidades em material e em pessoal científico e técnico são aqui consideráveis. Mas este domínio prático e experimental se presta, muito mais que a pesquisa fundamental, a uma diversificação e a uma divisão do trabalho.

Creio que as faculdades de direito, unindo os seus recursos, poderiam fornecer a estrutura necessária (professores, estudantes, agregados, assistentes, etc.) e as primeiras instalações (bibliotecas jurídicas, documentos, etc.).

Uma vantagem inestimável das equipes universitárias é a sua facilidade para estabelecer relações com os professores e as equipes das faculdades de ciências localizadas perto. Certas Universidades poderiam emprestar suas equipes de cálculo mecânico, ao menos no início. Enfim, é bom tornar acessível aos estudantes uma parte deste trabalho muito formador. De outra parte, a busca da eficácia prática imediata (muito evidente aos olhos dos estudantes cuja linha futura de trabalho não foi bem fixada ainda), busca que é esterilizante na pesquisa fundamental, é aqui necessária e útil.

Um outro apoio muito precioso poderia vir da magistratura, dos foros, dos notariados e das procuradorias judiciais e das diversas entidades culturais.

A estreita colaboração com a pesquisa fundamental poderia funcionar nos dois sentidos:

— questões dirigidas à pesquisa fundamental relativa à escolha dos métodos e a todas as outras escolhas teóricas;

— constituição de um banco de ensaio experimental, para a pesquisa teórica. Isso estabeleceria, enfim, o pingue-pongue normal entre teoria e prática, que se organizaria, antes de tudo, ao redor da questão essencial da documentação, das classificações e do vocabulário.

B. A pesquisa fundamental.

1.º — Ela deveria ser dirigida de início para as questões de léxico e de documentação, que encontrariam nas realizações experimentais um banco de ensaio precioso. Este esforço parece que deveria ser anterior a todos os outros (13).

2.º — Creio que numerosas dificuldades surgem de termos pertencentes não ao direito, mas às ciências do real (14). Assim, na pergunta: "venda de metais não-ferrosos", o termo venda pertence ao direito, enquanto que os metais não-ferrosos, suas divisões e suas classes pertencem à química e à metalurgia. É preciso, porém, servir-se destes termos extra-jurídicos, muito seletivos. Aqui o jurista não deveria se instituir classificador, mas dispor dos elementos tais como são estabelecidos pelos documentadores científicos.

3.º — Creio também que uma grande parte dos termos fundamentais jurídicos, que poderiam ser propostos, corresponderia a noções ainda inominadas e pouco familiares aos práticos do direito. Mas estes termos, autenticamente jurídicos parecidos nisto com os elementos da matemática ou da lógica, parecem se prestar admiravelmente à formalização e à axiomatização, e bem melhor que o fazem os elementos das ciências descritivas do real. Teórica e praticamente, esta questão é linda e importante.

Ela poderia ser reencontrada em muitas disciplinas, por exemplo, na cristalografia ou na química orgânica, que contém uma parte axiomatizável, cujos elementos são aqueles da tabela periódica de Mendeleev e de suas relações intramoleculares, enquanto que a parte relativa às aplicações industriais destes corpos, parte que descreve geralmente

a realidade macroscópica, exige processos de classificação totalmente diversos. Processos muito mais arbitrários e que de toda maneira, serão mais difíceis e ficarão mais imperfeitos que os primeiros. É mais uma razão para deixar os troncos do real macroscópico aos especialistas das ciências e a seus documentadores, com os quais deveríamos unir-nos para a parte de nossa documentação que abrange todas as ramificações da vida ativa.

Estas considerações contribuem para motivar a criação (em cada país, esperando a comunicação internacional dos trabalhos) de uma equipe de pesquisa jurídica fundamental, equipe compreendendo, além de juristas, um certo número de especialistas em lógica moderna, em documentação científica, em lingüística, em linguagens-máquinas, etc.

O funcionamento do Centro de Aplicação da Lógica Moderna e da Informática às Ciências Jurídicas, à Sociologia e às Ciências Políticas, do Centro Nacional de Pesquisa Científica (v. "supra" (p. 20 e 21)), prevê a aplicação dessas diretivas.

IV — LÓGICA E EPISTEMOLOGIA DA PESQUISA DOCUMENTAL JURIDICA

1. O esforço para a fixação de uma linguagem jurídica axiomatizável pode ter uma grande influência na compreensão de numerosos problemas jurídicos (entre outros, os da teoria geral das convenções, da responsabilidade penal, da propriedade intelectual, e, acima de tudo, aqueles da personalidade moral (de direito público e privado), da capacidade, da identificação, de legalidade jurídica).

O computador é um interlocutor ingênuo e exigente, que obriga à reflexão como o escravo que sacudia o senador romano no momento em que ele ia adormecer na sessão. Ele compreende somente aquilo que se pode lhe explicar claramente e que seu mestre, ele próprio, já compreendeu bem antes. A documentação ensina "a conduzir bem seu pensamento", e em particular a conduzir bem o pensamento jurídico

técnico e cibernético (no sentido etimológico desta palavra (2)). Este pensamento técnico, subalterno e vinculado, constitui uma parte imensa — e, à primeira vista, a única visível — do direito. Isso obrigará os juristas a se familiarizarem com a lógica moderna, que, entre os universitários modernos, são os únicos a ignorar⁶.

2. A pesquisa documental limita-se a localizar as questões jurídicas, e a nomear os termos, sem indicar as soluções propostas. Parece-me que a maior parte destas construções é responsável pela lógica bivalente (e não somente pela lógica bivalente das proposições não analisadas, mas pela lógica bivalente funcional). Isto (coloca a pesquisa documental jurídica na linha geral da pesquisa lógica moderna (ao menos para a maior parte das construções, pois no simples enunciado de uma questão jurídica, alguns termos já podem exigir a aplicação de uma lógica modal multivalente).

Depois, querendo-se ir mais longe — como se tem perfeitamente o direito de querer fazê-lo depois de asseguradas as primeiras posições lógicas — deve-se entrar no universo das opções e considerar um mundo de valores que parece demandar uma lógica deontica particular (sem que no momento se queira aqui estabelecer uma discussão sobre este ponto) (15). É pois ainda pela lógica documental que se deve começar, antes de partir para as dificuldades maiores.

3. Se imaginarmos poder aplicar ao direito e às proposições normativas e teleológicas as regras clássicas de axiomatização, é muito

6. O Congresso Internacional de Filosofia e de Lógica, celebrado em Viena em setembro de 1964 (24), comportava uma seção de lógica deontica. Um grande professor de filosofia, especialista nestas questões, sustentou, nesta ocasião, que a lógica deontica foi construída pelos lógicos não-juristas, e que o direito não podia tirar dela nenhum proveito. "Não há nesta sala nenhum jurista", disse ele.

Eu era, na verdade, o único jurista presente aos debates neste vasto anfiteatro, cheio de lógicos. Tentei explicar que os juristas não tinham vindo porque ignoravam ainda a lógica moderna e não teriam podido acompanhar os debates. Teria sido o mesmo que, a um povo habilidoso em construir pontes com a ajuda de troncos de árvores cortadas, um engenheiro de pontes e aterros vir falar sobre cálculos de resistência dos materiais. A matemática, todavia, pode ser muito útil aos construtores de pontes...

natural pensarmos que o direito deva conter, de uma parte, normas primeiras (intuitivamente dadas), e de outra parte, um grande número de normas segundas, deduzidas a partir das primeiras.

Teríamos então: 1) os elementos primeiros da linguagem jurídica: símbolos ou expressões primitivas indefiníveis, teses primitivas ou axiomas indemonstráveis, correspondendo sem dúvida — ao menos em um primeiro estado de axiomatização do direito — a algum dado intuitivo. Digamos, em linguagem de jurista, que se trataria de termos fundamentais e de normas primeiras (esta última expressão, por exemplo, é do Sr. Kalinowski (16)). 2) A partir destes elementos, regras de inferência (critérios de formação e de dedução, etc.) permitiriam a definição e a demonstração de expressões elaboradas e de teoremas; digamos, no direito, os termos derivados e as normas segundas, extraídos dos primeiros elementos intuitivamente colocados.

A questão é então a seguinte: Devemos tentar dar pleno desenvolvimento aos passos lógicos e aplicá-los a todos os capítulos do direito, antes de ter firmado esta primeira base indispensável que é a fixação de uma linguagem documental axiomatizável e mecanizável? Ir, em suma, imediatamente, a uma jurimetria completa?

É necessária grande prudência nessas questões (ver as advertências de C. F. Stover, contra uma logicização precipitada e mal feita (17)). É também meu ponto de vista: todos os esforços devem ser concentrados inicialmente no vocabulário e na sintaxe.

Pode-se, entretanto, depositar grandes esperanças nos desenvolvimentos futuros. Deve-se deixar a inteligência trabalhar, e ela reconhecerá como suas muitas das coisas que hoje ainda são consideradas resultado tão só da inspiração, do sentimento e da iluminação. O direito contém uma parte central e primitiva que, em nossa epistemologia — tal como ela se comporta por cerca de três mil anos — pertence ao domínio da inspiração humana indemonstrável e indefinível. Mas deste centro pende uma imensa parte periférica construída ou construível logicamente.

Diz a lenda que em Roma o direito somente progrediu a par-

tir da publicação, por Sextus Aelius, do calendário dos dias faustos até então tido secreto. Na verdade, se quisermos considerar que coube a Júpiter revelar aos pontífices os dias faustos, favoráveis ao julgamento dos processos, a publicação do calendário e o cálculo das datas dos processos, passam, daí por diante, a constituir um trabalho claramente dedutivo e informativo. Pode-se imaginar que outros calendários, mesmo se de boa fé considerados como de essência inspirada, precisam ser claramente pensados e formulados no direito.

Isto não ataca a zona primitiva, tal como ela é intuitivamente sentida pela sociedade (o direito nacional de um país não pode empregar por ora senão uma lógica semi-concreta, à base de elementos intuitivamente sentidos, a única aberta ao jurista que vive na terra e no meio de uma determinada sociedade). Nesta zona centra-se todo o direito. A lenda de Sextus Aelius pode ser interpretada também noutro sentido; se uma boa parte do "jus" deve separar-se do "fas" para tornar-se racional, então o direito contém um "fas" não racionalizável em linguagem jurídica, e para o qual parece não existirem atualmente meta-linguagens. O direito apareceu de início junto aos pontífices, antes de ser elaborada sua super-estrutura lógica e dedutiva, e isto não somente em Roma, mas em muitas grandes civilizações. Os grandes momentos da história do direito foram realizados não por juristas profissionais, mas por grandes homens, em grandes momentos. Muitas coisas jurídicas foram reveladas na montanha, e se as idéias de igualdade e de fraternidade apareceram na iluminação da noite de 4 de agosto, elas não teriam talvez aparecido na noite de 3 nem na de 5 de agosto, mas no instante preciso da revelação.

Uma espécie de teorema do Gödel, partindo de todas as outras premissas, e pertencendo desta vez à moral social, parece garantir que é impossível à razão atacar estes primeiros elementos intuitivos, sem os quais toda a organização jurídica viraria pó⁷.

7. Sabe-se que teoremas e paradoxos da lógica moderna tendem a interditar a esperança de, em qualquer axiomática e em qualquer linguagem, poder ir além de certos elementos primeiros que é necessário adotar, seja arbitrariamente, seja (e é

Aliás, talvez seja este novo teorema de Gödel que se reflete na-
quele direito natural, conservado por todo jurista em seu cora-
ção, e que há séculos é a paixão dos juristas, em todo o sen-
tido da palavra paixão. este direito jamais pôde ser expresso con-
venientemente, e encolhe, como uma "peau de chagrin" (. T.)
quando se quer fixá-lo. Entretanto, ele governa os espíritos e os
corações sem que ninguém jamais tenha podido defini-lo ou de-
monstrá-lo. Foi sem dúvida esta impossibilidade, relativa ao me-
canismo de nosso conhecimento, que fez muitas escolas jurídicas
dele se afastarem, deixando os juristas práticos sozinhos com suas
convicções profundas, tiradas da prática do direito.

Este direito natural nem por isso se esvai quando se diz que os
direitos nacionais admitem uma verdade aquém e uma outra além dos
Pirineus. Dever-se-ia dizer, para que as coisas se tornassem inteligíveis:
erro aquém, erro além dos Pirineus. são os imensos desenvolvimentos
segundos, eternamente errôneos, que criam a dúvida, mas que são errô-
neos porque nosso espírito foi colocado frente a problemas sociais mui-
to grandes, e possuindo muito mais parâmetros para poder ser enqua-
drado pela capacidade dedutiva, de que atualmente dispomos.

E de nada vale querer demonstrar que muitas vezes estas con-
vicções fundamentais, semelhantes em todos os viventes, e que permi-
tem viver, nos foram impostas pela sociedade em que vivemos e pelo
condicionamento a que ela nos submete. Mas, tratando-se desses elemen-
tos fundamentais, comuns e jamais exprimidos, é muito natural que to-
dos os outros homens contribuam a fazer que os experimentemos, pois

nosso caso) intuitivamente. Mas, fazendo isto, quer dizer: tentando fixar elementos
de saída intuitivos, sentidos pelo conjunto dos homens, e que se descreve o real, re-
lativamente às pessoas humanas, consegue-se assim atingir aquilo que nos foi per-
mitido perceber desta parte do real. É assim que a geometria euclidiana, que é uma
axiomática semi-concreta do mundo material macroscópico, nos indica os elemen-
tos supostos, copiados do real deste mundo. Igualmente, uma física axiomática se-
mi-concreta nos dá os elementos do mundo físico do qual foi tirada. É um ensaio
deste gênero que foi tentado na minha obra (15).
N. T. "Peau de chagrin", em um conto de Balzac, era um pedaço mágico de pele de
asno, recebido por um jovem, que satisfazia a todos os seus desejos, mas, a cada de-
sejo formulado, perdia tamanho.

isso constitui nosso bem, comum à humanidade. Quer isso seja percebi-
do por nós mesmos, quer por todos os outros homens, é sempre a mesma
orientação de humanidade que atravessa os direitos e os faz se eleva-
rem em espirais como na "Crítica da Razão Prática" de Kant, rumo aos
mesmos pontos de fuga, percebidos desde o início.

Mas resta então uma imensa massa construída por dedução a
partir dos princípios profundos. E, o que é bem feito para nos enganar,
é que nós transpomos para estas deduções, que — elas — deveriam po-
der se logicizar pouco a pouco, nossas dúvidas sobre o poder da lógica.
Tão grandes e difíceis são os problemas, que cremos que a própria infe-
rência não poderia ser lógica.

A questão, entretanto, é inteiramente distinta, pois não se trata
senão de inferências a partir dos elementos primeiros já fixados. É ver-
dade que o enunciado das normas segundas é tortuoso, é muitas vezes
uma questão de retórica (18) ou ao menos de inferência alógica. A
construção das normas segundas utiliza processos afins aos processos
heurísticos dos ciberneticistas, e cujo caráter logicamente surpreenden-
te e inabitual é possível demonstrar (o processo da inferência jurídica,
chamado em minha obra (15) "dedução iluminada" é reconhecível em
sua propensão a recorrer ao trabalho colegial, e em se fiar ao julgamento
da assembleia, do júri, das casas legislativas, de jurisdições colegiais, uti-
lizando o processo do voto em lugar do raciocínio discursivo).

Enfim, neste processo dedutivo introduz-se uma iluminação
muito particular, que é a do legislador (15). O legislador para as ques-
tões de direito (como o jurado francês para as questões de fato) deduz
as inferências publica-as e torna-as executórias, apoiando-se em um
certo número de convicções íntimas, com aparência não logicizáveis. Não
é necessário, na França, que o deputado saiba ler e escrever. Basta que
os eleitores estejam convencidos de sua capacidade de apreender as
questões globalmente, de seu discernimento, de seu conhecimento do
meio social, da acuidade e da segurança de seu "bom senso".

Mas não há nenhuma razão para que esta inferência preológica,
trabalhando sobre problemas muitograndes e muito difíceis para que
saibamos logicizá-los, não se deixe pouco a pouco abordar em certos pon-
tos. Muitas questões que em medicina, por exemplo, eram do domínio
da inspiração, da perspicácia, do pressentimento, entraram em sua fase

científica. É necessário que aconteça o mesmo para o direito. E isso será tanto mais necessário quanto, na imensidão dos problemas atuais, nossa pobre capacidade de discernimento alógico se torna impotente como as guelras de um peixe de rio que entra no mar.

A pesquisa documentária — porque experimental — é, talvez, a melhor via para esta clarificação.

A linguagem selecionada pelo direito para nossas sociedades jurídicas é de origem muito antiga e muito confusa. Ela evolui lentamente, e cada mudança nessa linguagem é como que uma operação cirúrgica.

Encontramo-nos agora, na situação em que estavam os bons alquimistas antes de Lavoisier e os primeiros químicos. O termo "flogístico", utilizado pelos alquimistas, certamente não era despojado de sentido. Ele até era eficaz em certas previsões. É assim para os juristas no que concerne aos termos: pessoa humana (pessoa física), igualdade, liberdade, sociedade e associação, propriedade intelectual, capacidade, etc.

Muitas coisas mudaram quando se pôde substituir flogístico pelo oxigênio, inserido ele próprio em um conjunto de alguns outros termos fundamentais: corpos simples, metais, metalóides, função química, valência, etc. Uma primeira ciência muito imperfeita pôde então nascer, tão imperfeita quanto a jurimetria nos seus primórdios. Mas é a atração deste esforço conceitual que a parte do direito por ele responsável entrará no universo do pensamento científico.

NOTA :

Neste artigo o autor mostra o estado da pesquisa documental jurídica automatizada, tal qual ela é processada atualmente. Embora esta pesquisa, nesta primeira etapa, já dê bons resultados, o autor está empenhado há longos anos, no atendimento de uma segunda etapa da pesquisa documental, utilizando esquemas de instituições jurídicas e uma ordenação da terminologia e da linguagem, que deveriam permitir resultados mais importantes e se mostrar fecunda em outros domínios diferentes deste da pesquisa documental.

A primeira obra da série de três livros que será consagrada a estas questões acaba de aparecer este ano:
Aurel DAVID, "Matière, Machines, personnes", edição Bordas, Paris, 1973.

BIBLIOGRAFIA

- (0) T. A. COWAN, A. S. MILLER, R. G. DIXON jr. W. W. KIRKPATRICK, H. P. GREEN, S. D. ESTEP, S. M. BERESFORD, J. F. DAVISON, D. B. KING, D. N. MICHAEL, I. KAYTON, L. H. MAYO, E. M. JONES, "Law, Science and Technology; A Symposium", The George Washington Law Review, n.º especial, vol. 33 (out. 1964) n.º 1, p. 456.
- (1) Aurel DAVID, Structure de la personne humaine (tese de doutorado em direito, Paris, Imprensas Universitárias da França (1955), p. 142.
- (2) Aurel DAVID, La cybernétique et l'humain, col. "Idées", Paris, Gallimard, (2ª ed. 1967), pág 187.
- (3) L. LOEVINGER, "jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law", 41 Minnesota Law Review 255 (1961).
- (4) W. B. ELBRIDGE and S. DENIS, "The Computer as a Tool of Legal Research", 28 Law and Contemporary Problems 78 (1963).
- (5) F. J. HORTY, Interim Report n.º 1, n.º 2 Final Report, Health Law Center Univ. Pittsburgh (1962).
F. J. HORTY, Searching Law by Computer, Pittsburg, The Webster Hal (1967).
- (6) C. A. KELLEY e al. "LITE, Legal Information thru Electronics", Jag, The United States Air force Law Review, n.º special, vol. VIII, n.º 6, (nov.-dez. 1966), p. 51.
- (7) D. A. KERIMOV, "Kibernetika i pravo", Sovetskoe gosudarstvo i pravo n.º 11, (1962), p. 98-104.
D. A. KERIMOV, "Future Applicability of Cybernetics to Jurisprudence in the USSR": M. U. L. L. Modern Uses of Logic in Law, (dez. 1963), p. 153-162.
- (8) A. S. FRAENKEL and The U. S. NATIONAL BUREAU OF STANDARDS, Legal Information Retrieval, The Weizmann Institute of Science, Rohovot, Israel (1968) (datilografado).
- (9) V. a reunião de publicações do professor Gardin, principalmente R. C. CROS, J. C. GARDIN, F. LÉVY, L'automatisation des recherches documentaires. Un modèle général: le syntol, Paris, Gauthier-Villars, (1964), p. 260.
- (10) Reunião de publicações de I. E. ALLEN, principalmente I. E. ALLEN, "Sketch of a Proposed Semi-automatic, Hierarchical, Open-ended Storage and Retrieval System for Estatute Oriented Litterature", in Proceedings of the Congress of the International Federation for Documentation (ou. 1965), p. 189-198.
- (11) C. K. COBB, "Legal Statements as Condition Directives", Mind. vol. LXXVI, Nov. séries, n.º 304 (out. 1967).

- (12) P. CATALA, J. FALGUEIRETTES, "Le traitement de l'information juridique sur ordinateurs", *Jurisclasser Périodique* (1-2-1967), Doutrina 2052.
- (13) R. BLANCHÉ, "L'évolution de la logique mathématique contemporaine", *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, T. XV, fasc. I (1967), p. 13-27.
- (14) Aurel DAVID, "L'automatisme dans les activités quaternaires", em *Journées de l'automatisme*, Namur, Edições da Associação internacional de cibernética, 1956.
- (15) Aurel DAVID, *Personne et matière, Présentation du droit aux sciences exactes* (tese principal de filosofia (lógica) em preparação).
- (16) G. KALINOWSKI *Introduction à la logique juridique*, Paris, Livraria geral de direito e de jurisprudência (1965).
- (17) C. F. STOVER, "Technology and Law — A Look Ahead", *M. U. L. L.* (março de 1963), p. 1-8.
- (18) C. PERTLMAN, "Raisonnement juridique et logique juridique". *Archives de philosophie du droit*, 1966 assim como o conjunto da obra de M. PERELMAN.
- (19) M. A. DUGGAN, "Law, Logic and Computer, Bibliography 9". *Computing Reviews*, n.º 1, p. 95-117 (1.º de fevereiro 1966); "Bibliography 19" (Suplement A to Bibliography 9), *Computing Reviews*, n.º 2, p. 171-188 (3 de abril 1967).
- (20) *M. U. L. L. Modern Uses of Logic in Law*, Chicago, publicado por AMERICAN BAR ASSOCIATION e YALE LAW SCHOOL.
- (21) *Actes du 66.º Congrès des notaires de France, Grenoble 1968: le notaire et le traitement de l'information*.
- (22) A. G. CONTE, "Bibliografia di logica giuridica, 1936-1960", *Revista internazionale di Filosofia del Diritto*, XLII, fasc. III, 1965, p. 564.
- (23) Robert BLANCHÉ, *Structures intellectuelles* Paris, J. Verin, (1966), p. 147.
- (24) *Actes du XIV Congrès international de philosophie, Vienne, 2-9 septembre 1968*, Colloque IV: "La logique déontique et sa signification pour l'éthique et pour le droit", à paraître (Vienne, Verlag Herder).
- (25) S. De MOFFARTS, "La documentation juridique et son traitement électronique", in *Congrès et colloques de l'Université de Liège*, vol. 46: *Le juriste d'entreprise*. Université de Liège, (1968), p. 505-534.

PADRÕES JURÍDICOS E UNIFICAÇÃO DO DIREITO

por ANDRÉ TUNC
Professor da Faculdade de Direito e de
Ciências Econômicas de Paris.

O dia 11 de outubro, sábado, foi destinado ao estudo do segundo tema: "Padrões jurídicos e unificação do direito".

O Presidente, Konrad Zweigert, passa a palavra ao Relator, André Tunc.

Este pede inicialmente excusas por não haver submetido aos participantes, com a devida antecipação, o relatório escrito. Declara que o tema o embaraçou muito até o último instante. A noção de "padrões jurídicos" tem oportunizado numerosos trabalhos sábios e interessantes. Entretanto, não é fácil defini-los. Outrossim, a noção de "unificação do direito", que parecia clara vinte anos atrás, atualmente se aplica a áreas muito diferentes. A própria palavra "direito" não é de significado simples e o Relator recorda que, de véspera, o Sr. Knapp demonstrara que uma nação pode possuir um direito único e leis múltiplas, assim como direitos múltiplos para uma única lei. Consoante o Relator, o que causa certo embaraço é a conjunção "e", que liga as expressões "padrões jurídicos" e "unificação do direito".

Efetivamente, o tema que deverá versar é impreciso, menos claro do que seria, por exemplo, "a influência dos padrões sobre a unifica-

Tradução de "Standards juridiques et unification du droit" (*Revue Internationale de Droit Comparé* 22(2):247-261, avr./juin 1970), autorizada pelo autor e direção da revista. Tradução de Antonio Estevão Allgayer.

ção do direito” ou “a utilidade dos padrões sobre a unificação do direito”. É um campo inteiramente livre que se abre com essa conjunção.

Assim sendo, o Relator entendeu nada ser mais oportuno do que propor, aos participantes dessas jornadas, não propriamente um relatório, mas um certo número de dados e de reflexões, solicitando que cada um forneça elementos baseados em experiência própria e em pesquisas pessoais, a fim de que a elaboração final do tema resulte de esforço comum. Propõe-se o Relator, numa primeira parte da pesquisa, voltar à noção de “padrões jurídicos” e a comentar os trabalhos escritos a que ela tem dado origem no direito interno.

Numa segunda fase da pesquisa, buscará discernir — o que parece não haver sido jamais tentado — em que medida esse instrumento (o padrão jurídico) pode desempenhar papel fecundo na unificação do direito.

A idéia de “padrões jurídicos” parece que foi apresentada pela primeira vez numa comunicação feita pelo Diretor Roscoe Pound a um congresso da American Bar Association, de 1919.

Nessa comunicação, o Diretor Pound explicava que os juristas se confrontam com quatro categorias de instrumentos jurídicos: regras, princípios, conceitos e padrões.

Os três primeiros não apresentam problemas relevantes. Sabemos o que são regras: são preceitos imperativos estabelecidos pelo legislador ou pelos tribunais. Por exemplo, um jovem não pode contrair matrimônio antes de atingir a idade de 21 anos sem o consentimento dos pais. Os preceitos são comandos um pouco mais gerais, induzíveis de um conjunto de regras. Por exemplo, até a idade de 21 anos um jovem não pode praticar atos jurídicos. Um princípio comporta simultaneamente aplicações e, de ordinário, exceções. O conceito é algo um pouco mais abstrato e mais geral ainda. Dir-se-á, por exemplo, que existe o conceito de ato de disposição e o de ato de administração. Precisar-se-á, então, que pode alguém praticar ato de disposição antes de atingir a maioridade, mas que, para os atos administrativos, pode haver uma certa capacidade antes dessa idade.

Resta examinarmos o padrão. Em que consiste ele? O Diretor Roscoe Pound define-o como escala média da conduta social correta.

São, portanto, padrões: o bom pai de família, o homem razoável dos ingleses, ou, ainda, num plano mais geral, a noção de razoável, os inconvenientes normais da vizinhança, o interesse sério, etc. São estes os exemplos que os adeptos do padrão costumam mencionar.

Aparece, destarte, como noção bastante vaga, baseada sobre o que de ordinário sucede numa sociedade, sendo, no fundo, de natureza sociológica.

O Relator lembra o êxito que obteve a proposição do Diretor Roscoe Pound junto a certos autores de língua francesa, sendo de assinalar, entre os mais preeminentes, o insigne “comparatista” Edouard Lambert e um de seus discípulos prediletos, predestinado, portanto, a uma brilhante carreira: Al-Sanhoury. Escreveu este uma tese sobre *As restrições contratuais à liberdade individual do trabalho e a jurisprudência inglesa*, defendida em Lyon, no ano de 1925, objetivando mostrar com exemplos concretos a validade dos padrões como instrumentos de direito. O Diretor Hauriou tem-se mostrado igualmente favorável à noção de padrão, bem como o Sr. Stati, o qual lhe consagrou uma tese.

Antes de citar outros autores que se manifestaram reservados e até infensos à noção em referência, o Relator lembra o elogio do padrão apresentado por Al-Sanhoury. Nos direitos primitivos, declara este, não há vestígio de padrão. Só existem regras muito precisas. Preceitua, assim, a lei sálica: “Se alguém chamar um outro de “raposa”, pagará três moedas de ouro”. Não se dá ensejo a nenhuma discussão quanto às razões que teriam levado a um dos litigantes a proferir o insulto: pelo simples fato de havê-lo proferido deverá ele pagar três moedas de ouro. Por razões naturais, recorda Al-Sanhoury, o direito progrediu por via de raciocínio. A partir de regras inferiram-se princípios e destes se extraíram deduções. Construiu-se desse modo um sistema lógico. Este não passava, todavia, de estado intermediário. Consoante Al-Sanhoury, “no apogeu do desenvolvimento de um sistema jurídico” se produz uma mutação. Utiliza-se instrumento de trabalho mais sábio: é o padrão, regra diretiva que o autor define deste modo: “uma grande linha de conduta que permite certa liberdade de ação e adaptação muito mais flexível às circunstâncias variáveis da vida social”.

Al-Sanhoury constata a presença de padrões já no direito romano clássico (o *bonus pater familias*, a falta). Mas, diz ele, são mais encontradas no *common law* inglês e no *common law* estadunidense. É uma noção para a qual ele prevê ampla aceitação futura.

Segundo o mesmo autor, "o padrão correspondente à crescente complexidade da vida e à insuficiência evidente das regras para tudo prover e tudo disciplinar".

O padrão ensejaria, destarte, permanente adaptação do direito à vida social mutável. O Relator salienta o otimismo dessa visão e pondera que ela evoca a contestação atual da sociedade e em particular da racionalidade. Efetivamente, Lambert e Al-Sanhoury vêem no padrão o triunfo da intuição sobre a lógica e sobre o silogismo. A promoção do padrão relaciona-se com a luta pela liberdade do juiz frente ao texto de lei. Mas, até o presente, declaram Lambert e Al-Sanhoury, o juiz, para conquistar sua liberdade, recorre a ficções ou a uma interpretação que deforma as regras. São práticas deploráveis. Não cabe ao juiz falsificar a lei, mesmo no intuito de modernizar o direito. É ao legislador que incumbem proporcionar ao juiz o instrumento que permita ao próprio direito adaptar-se constantemente às circunstâncias sociais variáveis. O Relator evoca a idéia de um "direito flutuante", que se adapta por si mesmo à evolução da sociedade e que ele compara ao marco oscilante (o curso do marco, à época do relatório, dependia unicamente da lei da oferta e da procura).

Contudo, os preconizadores do padrão tinham compreendido que ele não poderia substituir todas as regras, e que estas conservariam seu valor nas áreas em que se busca antes de tudo a segurança.

Haviam se dado conta, outrossim, de que o padrão apresenta certos inconvenientes ou perigos. Mas nenhum destes lhes pareceu decisivo. Reconheciam que, por certo, o padrão abre a porta ao arbítrio do juiz. Mas, sem os padrões, o juiz deforma a lei, o que não é menos negativo. Também é verdade que os padrões emperram o desenvolvimento científico do direito, porquanto tornam inúteis os raciocínios e as construções. É fácil replicar que o direito não tem por objetivo ser exercício intelectual. Tem-se igualmente admitido que o padrão permitiria ao juiz criar regras. Mas trata-se de regras que o juiz modificaria na medida

das necessidades da sociedade. Enfim, à assertiva de que o padrão atenta contra a separação dos poderes, é fácil responder que, em qualquer hipótese, possui o magistrado certo poder de fato, sendo preferível lhe seja tal poder abertamente delegado pelo legislador de modo que possa, pelo padrão, atender as necessidades sociais face a carência do legislador.

O Relator constata, entretanto, que certos autores se têm manifestado de modo menos favorável ao padrão. Jean Dabin observa que na realidade não há antinomia entre regras e padrões. Maury mostra-se muito reservado ante o empirismo em que o padrão se baseia. Lembra a escola do direito bom, da equidade, do juiz bom, doutrinas que não deixam de causar-lhe apreensões. Teme o arbítrio do juiz e a incerteza do direito. O Diretor Ripert participa desse temor. Mas recentemente, o Professor Keeton, em sua obra "Venturing to do Justice", retomou o estudo da noção de padrão, apresentando suas vantagens e inconvenientes de forma extremamente diferenciada.

O Relator pondera que a evolução dos últimos anos não tem sido favorável à noção de padrão. Para demonstrá-lo, recorda a história da regulamentação francesa da usura.

O primeiro texto sobre a matéria é a lei de 3 de setembro de 1807: "Os juros convencionais não poderão exceder, em matéria cível, de 5%, nem, em matéria comercial, de 6%, tudo sem retenção".

Encontramo-nos aí na presença de regra bem nítida. Pelo segundo quartel do século XIX, numa época marcada pelo liberalismo econômico, escandalizava a restrição da taxa de juros em matéria comercial, pelo que esta foi suprimida em 1886, mantendo-se todavia, a regra, em matéria cível.

Conseqüentemente, a regra apresentava-se como sendo demasiadamente rígida. Eis por que o decreto de 8 de agosto de 1835 adota um padrão. Um empréstimo é considerado usurário quando é contraído a "uma taxa efetiva superior à metade da taxa média estipulada nas mesmas condições por mutuantes de boa fé, através de operações de crédito que comportem riscos idênticos ao empréstimo em referência".

A prática, no entanto, tem revelado que esse texto dá ensejo a grande fraqueza de parte de certos juizes. Acabou-se admitindo como legítimos empréstimos com taxa superior a 100% por ano, desde que o empréstimo avarretasse excessivos riscos.

Desta sorte o legislador considerou necessário reagir contra tal técnica e voltou-se a editar regras precisas. Leia-se o início do primeiro capítulo da lei de 28 de dezembro de 1966: "Constitui taxa usurária todo empréstimo convencional a uma taxa efetiva global que exceda, no momento em que a concordância se expressa, de mais de um quarto da taxa efetiva média em uso, no decurso do trimestre precedente, nos bancos e estabelecimentos financeiros registrados pelo Conselho Nacional do Crédito para operações da mesma natureza e de riscos análogos...". Voltou-se, portanto, a uma regra bem precisa. Importa acrescentar que esse texto apenas estabelece limites previstos pela lei e que o ilícito da usura se configura tão logo se transponha qualquer um desses limites. Ademais, completam a lei um decreto, quatro resoluções e numerosos avisos ministeriais. Na atualidade, as taxas variam de acordo com as circunstâncias, mas são sempre precisas; o teto, por exemplo é uma taxa de 16,62%. O direito francês tem-se, pois, afastado do padrão. Doravante, uma taxa de 16,62% é admissível para empréstimos de certas categorias, mas configura-se a usura tão logo esta se eleve a 16,63%. O padrão cedeu lugar a um "barème" (livro de cálculos feitos).

A seguir explica o Relator por que a expressão "unificação do direito" carrega, por seu turno, um problema. Está visto que a unificação do direito pode ser efetuada através de leis uniformes, conforme se tem procedido há muito tempo. Entretanto, uma certa unificação se deriva de leis-modelo e códigos-modelo, semelhantes àqueles que têm sido adotados nos Estados Unidos. Também se verificou certa unificação nos Princípios Fundamentais de Legislação promulgados na União Soviética. No âmbito do Mercado Comum, os esforços de aproximação, coordenação, harmonização, não conduzem a unificação rigorosa.

Contudo, constituem passos muito importantes nessa direção. O Relator recorda que o Sr. René David vai mais longe, considerando que pode haver unificação quando se adota atitude comum acerca do direito, e, por exemplo, quando se aceita um sistema, um conjunto de métodos e de conceitos. Pode haver unificação pela introdução de vocábulo comum (*Incoterms*), ou ainda pela apresentação uniforme com soluções diferentes; ou por leis-modelo, confrontadas por organismo internacional, ao qual se comunicariam as variações; ou por contratos-tipo, que podem até ser elaborados por organização corporativa, por firma, pela

Comissão Econômica para a Europa ou por outro organismo, tal como o COMECON, etc. A unificação do direito é, portanto, área considerável que assume aspectos mui variados.

O Relator salienta que essa diversificação dos meios de unificação não cria, na espécie, nenhuma dificuldade relevante. O problema da utilização do padrão na obra de unificação, seu interesse e seus perigos, se lhe afiguram como sendo mais ou menos idênticos àqueles que se observam em qualquer tipo de unificação que se queira objetivar. Quer se trate, para exemplificar, de lei uniforme, de lei-modelo, ou de contrato-tipo, o padrão apresentaria as mesmas vantagens e os mesmos inconvenientes.

Em compensação, entende o Relator que existe a tendência de se apreciar de modo diversificado a utilidade do padrão, dependendo do modo de encarar leis uniformes ou modelos que conferem direitos às pessoas frente a outras pessoas (direito privado na concepção continental), ou que conferem direitos a uma pessoa frente à sociedade. Propõe ele por isso uma subdivisão da segunda parte da pesquisa.

No que concerne às leis uniformes "do direito privado" (lei sobre as diferentes formas de transporte, sobre a venda, sobre o cheque etc.), ao Relator parece que o emprego dos padrões facilitaria um consenso, ainda quando elas objetivem menor unificação real.

Para exemplificar, volta ao problema da taxa de juros. O critério, adotado pelo legislador de 1935, havia permitido que os juízes tolerassem taxas verdadeiramente chocantes. O arbítrio do juiz opõe-se à certeza do direito. Ora se esse arbítrio já é perigoso num sistema interno, em que uma Corte Suprema pode exercer certo controle, muito mais perigoso se torna ele numa obra de unificação internacional, se não existir, acima dos juízes nacionais, jurisdição supranacional que assegure certa unidade na interpretação. O padrão abre a porta ao arbítrio e, se os juízes franceses são soberanos na discricionariedade interpretativa do padrão, os juízes alemães e ingleses, por sua vez, o interpretam de maneira totalmente diversa com idêntica soberania. Como falar-se, assim, em unificação? O Relator dispõe-se a ilustrar com dois exemplos essa idéia, que ele mesmo qualifica como bem modesta.

O primeiro é tirado dos transportes aéreos e da Convenção de Varsóvia, de 1929. Fixa este limite à responsabilidade, mas seus redatores acharam que o limite deveria inexistir em determinados casos. Para os franceses tratava-se antes de tudo do dolo e, para os juristas da *common law*, da *willful misconduct*. Os franceses pensavam também em força maior. Daí numerosas dificuldades e, finalmente, surgiu uma regra que estabelece padrão e realiza uma unificação apenas relativa: a limitação de responsabilidade será afastada em caso de dolo, ou de uma falta que, conforme a lei do respectivo tribunal, é considerada equivalente ao dolo.

Para os franceses esta fórmula visa à falta grave, mas os tribunais se sentem bastante embaraçados frente a essa noção de falta grave nos transportes aéreos. Daí a existência de movimento internacional com o fito de substituir o padrão por regra. O protocolo de Haia, de 1955, detesta se o dano resultar de ato ou de omissão do transportador ou de seus prepostos, seja com a intenção de provocar um dano, seja temerariamente e com a consciência de que um dano provavelmente daí resultaria.

Certa margem de discricção é deixada ao juiz, porém muito menor do que a existente. O Relator põe ênfase sobretudo em outro exemplo: a lei uniforme sobre a venda internacional de mercadorias elaborada em Haia, no ano de 1964.

Trata-se de documento de 101 artigos e os autores têm sido severamente criticados por haverem redigido texto assim longo. Na verdade, o Relator entende que teria sido fácil incluir no texto muito menos artigos e, em última análise, poder-se-iam suprimir 100 artigos dos 101 existentes. Sugere ele o seguinte texto: "A parte que descumpra suas obrigações constantes de um contrato de venda internacional pode incorrer na rescisão do contrato sempre que for justificada tal medida. Além disso, deve ela indenizar a outra parte do dano resultante para esta do descumprimento da obrigação". Para o Relator, tal texto não pode quase suscitar oposição. Abrange o conjunto do problema pelo fato de estar redigido em termos de padrões. No fundo, todavia, ele não produz ne-

nhuma unificação real. Os redatores da lei uniforme pensaram com muita procedência que antes de mais nada seria imperioso definir-se a noção de venda internacional, o que já não é nada simples, em seguida regulamentar de modo distinto as obrigações do vendedor e as do comprador, e, quanto aos primeiros, dever-se-ia ainda regulamentar separadamente as contravenções concernentes à data de entrega, o lugar de entrega e a coisa em si mesma, etc. Quando se procura, assim, estabelecer regras precisas, a tendência é escrever uma centena de artigos a fim de reduzir o arbítrio judicial.

O Relator esclarece que a Comissão que elaborou o texto frequentemente se questionara sobre a possibilidade de reduzir-lhe as dimensões, através da aplicação, ao texto, dos princípios gerais. Chegara mesmo a tentar esse trabalho. Desistiu do intento ao ser submetido o projeto a juristas ingleses. Disseram estes que os textos de sentido geral não seriam cumpridos da mesma maneira no Reino Unido como no Continente. Assim, após haver condensado o texto, a Comissão reelaborou-o com fórmulas detalhadas. Eliminou o mais que pôde, não somente os padrões, mas até mesmo os princípios, de molde a precisar de maneira segura os direitos e as obrigações das partes. Esta precisão, aliás, tem facilitado as transações, afastando oposições de princípio. Destarte a delegação alemã insistia muito na noção de falta, que a delegação inglesa rejeitava perentoriamente. Somente se conseguiu acordo depois que se abandonaram os conceitos e os princípios para chegar-se a dar soluções as mais aproximadas da precisão.

Não significa isto que a lei uniforme elaborada em Haia não recorra jamais ao padrão. Ela admite, por exemplo, a noção de prazo razoável ou mesmo de prazo curso.

Seria inviável outra maneira de proceder, visto que o texto regula a venda internacional das mercadorias em geral e os prazos para reclamação não podem evidentemente ser os mesmos em se tratando de frutas cítricas, essencialmente deterioráveis, ou de carvão.

Nos textos que regem acordos bilaterais entre pessoas, o Relator entende que a utilização do padrão é de certo modo o pior procedimen-

to possível. Exemplifica ainda com o artigo 5.º, alínea 2, da lei sobre a formação do contrato de venda (e não sobre a venda em si mesma), igualmente elaborado em Haia, no ano de 1964. Recorda que se questionou sobre a revogabilidade ou não da oferta e que o artigo 5.º, alínea 2, contém a resposta: "Após ter chegado ao destinatário, a oferta é revogável, salvo se a revogação não é feita de boa fé ou de conformidade com a lealdade comercial, ou se a oferta contiver prazo de aceitação ou declarar que é firme ou razoável". No caso de a oferta estipular prazo, ou quando ela for qualificada, a solução é inegavelmente boa. Em comparação, a solução do princípio contém um padrão de aplicação muito esbatido, que pode levar a interpretações bem diferentes. Se um vendedor oferecer mercadorias a determinado preço e alguém fizer proposta de compra das mesmas a preço superior, suponhamos duas horas após a sua oferta, ou dois dias, ou duas semanas, pode ele revogar sua primeira oferta para vender as mercadorias a preço mais elevado? O texto de-
veras não responde a essa interrogação. O juiz decidirá, mas é de recear-se que ele dê solução diferente nos diferentes países.

Todavia, entende o Relator que os perigos do padrão na unificação do direito perderão sua importância na medida em que se consiga assegurar a interpretação uniforme das leis uniformes, quer pela instituição de uma jurisdição supranacional, quer através de iniciativas como as que são realizadas por "Unidroit", sob a direção do Conselheiro Matteucci.

Segundo a opinião do Presidente Cassin, no que tange aos direitos do homem, os padrões podem ser extremamente fecundos.

Eis por que são facilmente encontrados em documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem ou a Declaração Europeia dos Direitos do Homem. Textos dessa natureza não podem estabelecer regras precisas e concretas que sejam aceitáveis pelo conjunto das nações. As regras precisas estariam em dependência demasiado estreita de um contexto de regras de direito, de processo e de jurisdição, que variam muito de país a país. As Declarações de Direitos não podem, portanto, ser expressas a não ser por grandes princípios gerais ou por padrões. Elas vedam, por exemplo, a discriminação baseada na raça, no sexo, na cor, na religião, nas opiniões políticas ou nas origens sociais.

Esses princípios e esses padrões podem, na realidade, suscitar dificuldades de aplicação. A experiência foi feita na Alemanha e nos Estados Unidos, mesmo no que respeita à igualdade entre o homem e a mulher.

Mesmo na França do século passado ocorreu que Alphonse Allais pretendesse inscrever-se no exame de habilitação para a profissão de "parteira" (*sage femme*), argumentando que não existe proibição legal de um homem prestar esse exame.

Inobstante as dificuldades de sua aplicação prática, o padrão continua sendo extremamente fecundo nessa área, pelo menos na medida em que existe, ou existirá, um órgão como a Suprema Corte, que imponha aos diferentes Estados o acatamento do padrão. Nesse caso, com efeito, ter-se-ia realizado, quando não uma unificação total de regras em todos os detalhes, ao menos uma unificação mínima acerca de exigências fundamentais.

Para a compreensão do que se produziria e do que em certa medida já foi produzido nesse campo na Europa, o Relator mostra o exemplo dos Estados Unidos. Na Constituição daquele país depara-se com certo número de padrões que defendem os direitos do homem, em particular a décima quarta Emenda, contendo disposição pela qual "ninguém pode ser privado de sua vida, de sua liberdade ou de sua propriedade sem garantias legais suficientes" (*without due process of law*).

A fórmula é tipicamente um padrão, que se revelou de riqueza concreta incomum, por haver órgão que vela por sua aplicação, que é a Suprema Corte. Finalmente, em nome desse padrão, a Suprema Corte controla todos os órgãos do Estado, quer se trate do Legislativo, quer do Executivo ou do Judiciário, e ela os controla em todas as áreas. Entre mil outros exemplos, pode recordar-se que ela julgou inválidas condenações proferidas com aplicação estrita do processo penal de um Estado, quando entendia que esse mesmo processo não estaria garantindo suficientemente os direitos do homem.

Tais são, portanto, as conclusões que, em termos provisórios, o Relator apresenta, lembrando, porém, que essencialmente faz um apelo aos participantes no sentido de que o tema se torne objeto de construção coletiva. Na área do direito privado o padrão não passaria de alter-

nativa para pior, ao passo que, na área dos direitos humanos, em se querendo construir um mundo mais fraterno e mais justo do que o mundo atual, ser-lhe-ia assinalado futuro altamente promissor.

Após ter agradecido ao Relator, o Presidente passa a palavra ao Sr. Drago. Este enaltece a obra de Al-Sanhoury, lembrada pelo Relator, e que se tornou insigne presidente do Conselho de Estado do Egito.

A discussão se inicia com uma intervenção do Sr. Attalah. Após prestar homenagem a Al-Sanhoury, bem como a Edouard Lambert, afirma que o Código Egípcio contém grande número de padrões. Isto se deve, sem dúvida, à influência de dois juristas que ele mencionou, mas também à herança muçulmana. Efetivamente, contém esta dois padrões principais: o ser razoável e a equivalência. Ele próprio acredita firmemente na utilidade do padrão, que não abre necessariamente a porta ao subjetivismo, uma vez que assenta em fundamentos objetivos.

O Diretor Malmström, por seu turno, mostra a utilidade dos padrões, pelo menos no direito interno. Afirma que os sistemas jurídicos escandinavos utilizam muito essa técnica, a qual se lhe afigura inevitável e fecunda para o desenvolvimento do direito. Encontram-se, assim, no direito escandinavo, regras bastante numerosas que permitem aos juízes suprimir a aplicação de uma regra convencional, se a aplicação dessa regra, na espécie, é contrária os bons costumes, ou injusta. Trata-se aí de padrão que não poderia ser substituído por regras mais precisas. Na área da unificação do direito, em compensação, é certo que essa técnica pode ser muito mais perigosa. Pode ela ser meio para realizar acordo quanto ao texto e não quanto ao fundo.

O Diretor Tallon observa que há, no direito das comunidades européias, fenômeno pelo menos parecido com aquele do padrão: é o das diretivas. A diferença é que o padrão é de certo modo uma diretiva dada ao juiz, ao passo que a diretiva das comunidades européias é um objetivo fixado pelo executivo comunitário para os Estados-Membros. Feita esta comparação, importa salientar que a diretiva é instrumento privilegiado de comparação das legislações do Mercado Comum, mas não é menos verdade que esse padrão é difícil de manejar, o que a experiência tem provado. O Presidente Panchaud preliminarmente pondera que os códigos e as leis suíças fazem largo uso do padrão. Mostra também o

interesse que apresenta o exame comparado das legislações para conferir conteúdo concreto ao padrão. A esse respeito, a coexistência de legislações que consagrem, para a solução do mesmo problema, padrões e regras precisas, pode servir de orientação para o juiz nos países que adotaram o padrão. O autor da intervenção salientou, além disso, de maneira extremamente profícua, que não convém colocar no mesmo plano a regra, o princípio, o conceito e o padrão. Os três primeiros termos situam-se numa posição de certo modo hierárquico umas com relação às outras. O padrão é algo diferente. A regra, com efeito, faz apelo a noções não jurídicas, por exemplo o nascimento, a morte, os anos, os dias, as coisas, o transporte, etc. Mas ocorre também que a regra faz apelo a noção mais complexa, notadamente o comportamento dos seres humanos (comportamento do pai em relação aos seus filhos, comportamento do comerciante, uso comercial, etc.). A dificuldade que o padrão traz para os juristas provém do fato de ele definir comportamento jurídico fazendo apelo a comportamento não jurídico.

O Professor Jauffret contesta algumas conclusões do Relator. Sustenta preliminarmente que as regras podem, também elas, ocasionar graves divergências de interpretação em matéria internacional. Propõe como exemplo a importância de uma menção de aval sobre a letra de câmbio. A seguir interroga-se ele se a utilização de padrões nos textos, definindo os direitos humanos, não seria uma das razões impeditivas de sua ratificação. Os países prefeririam que se precisassem suas obrigações de modo muito concreto a aceitar regras gerais que se lhes afiguram como perigosas.

Também o Diretor Rotondi se insurge contra o que ele chama de "pessimismo" do Relator. Lembra a concorrência desleal, o invento genial e a jurisprudência francesa, incorporada no texto revisado pela Convenção de Paris de 1926. A fórmula segundo a qual o ato de concorrência desleal é ato contrário ao bom uso em matéria de comércio foi quase universalmente adotada. Ter-se-ia podido crer que ela teria gerado dificuldades se fosse transportada para outros países. Nada disto ocorreu, particularmente no que respeita à Itália. Não se deve hesitar, portanto, em introduzir, nos textos internacionais, padrões que complementem as regras.

Também o Diretor Limpens pensa que os padrões são inevitáveis. Há no direito regras precisas e formais, mas também existe uma zona marginal que deve ser abarcada pelo direito, conquanto seja totalmente destituída de precisão. Esses padrões jurídicos são menos inquietantes do que pensa o Relator. Não raro servem como denominador comum entre muitos países. Certamente corre-se o risco das divergências de interpretação. Entretanto, os países escandinavos têm constatado que tais Cortes não sejam necessárias, porquanto as leis dos mesmos praticamente não têm dado causa a interpretações discrepantes. Os países do "Bénélux" (Bélgica, Holanda e Luxemburgo) instituíram Corte reguladora, mas não seria isso meter a carroça na frente dos bois? Como tal Corte, os padrões não apresentam perigo menor do que o inerente ao direito interno.

O Sr. Marsh, Law Commissioner, constata, por seu turno, que a técnica dos padrões é indispensável em todos os sistemas de direito. Mostra de modo vivo como eles podem ser combinados com regras muito precisas ou diretivas, exemplificando com o projeto da Law Commission para decidir sobre conseqüências financeiras da dissolução do casamento. A idéia geral é evidentemente a de que se deve fazer justiça entre os dois antigos cônjuges. Mas, para evitar o arbítrio judicial, a esse padrão se acrescentaram diretivas flexíveis que orientam o juiz no uso do seu poder em casos determinados. Em matéria de unificação e de harmonização do direito, técnicas semelhantes a essas poderiam ser de interesse.

Numa eloqüente intervenção, a Sra. Questiaux chama atenção sobre as normas que figuram na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na falta de regras jurídicas que estejam em vigor em todos os países ou que sejam aceitas por todos, os redatores dessa Declaração tomaram como ponto de referência o essencial, isto é, os sentimentos mais profundos dos homens mais simples. Procuraram pesquisar o que há de comum nas pessoas mais simples de todos os países e, a partir destas concepções morais, no sentido bem simples do termo, redigiram textos como se impusessem obrigações de resultado. Evidentemente essa técnica deixa a desejar. As Nações Unidas ocupam-se com assuntos de diplomacia, que refletem interesses

diversos e opiniões públicas versáteis. Mas a vida é isto mesmo. Ora, existe vínculo direto entre as normas da Declaração e a opinião pública. Isto permite apelar-se para esta, a fim de que exerça pressão sobre os Estados, objetivando que as normas se traduzam pouco a pouco em regras jurídicas. Todo este trabalho não se pode realizar a curto prazo. Não raro, a opinião pública se impacienta e reclama iniciativas destinadas a impor a aplicação das normas. Isto não é sempre possível de imediato. É de mister, todavia, que normas e regras avancem paralelamente.

O Conselho Matteucci pensa que é imperioso estabelecer discrimine entre os diferentes padrões. Alguns deles abrangem conceitos que refletem sobretudo a área moral, social ou a prática comercial. É impossível evitá-los. Trata-se, por exemplo, dos conceitos de homem razoável, de boa fé, de lealdade comercial. Tais conceitos são insubstituíveis. Em compensação cumpre evitarem-se o mais possível conceitos estritamente jurídicos, tais como a noção de falta, de força maior, de falta grave, ou de dolo. São estas, efetivamente, noções que podem ser e que na prática são interpretados de modo diferente pelas diferentes nações. Convém substituí-los por regras, ou então defini-los de forma muito precisa. Não podem desempenhar, num documento internacional, papel mais relevante do que o de solução de compromisso, espécie de válvula, que permita dar solução flexível. O Conselheiro Matteucci salienta, também ele, o interesse que uma unificação limitada dos acordos internacionais apresenta. Cita o exemplo do Código Tcheco de Comércio Internacional, de 1963. Enfim, reforça as sugestões que o Presidente Panchaud havia formulado com o fito de limitar os inconvenientes do emprego de padrões em leis uniformes. Entende inviável, no presente, a criação de uma Corte Internacional de interpretação das leis uniformes em âmbito mundial. Não vê possibilidade de os juizes nacionais poderem por seu turno, procurar conhecer as interpretações dadas em outros países. É importante, pois, haver repertórios de jurisprudência que abranjam as leis uniformes para facilitar aos juizes o conhecimento das interpretações feitas em outros países.

O Presidente Grisel tenta circunscrever a questão à área do direito público, mas vê-se forçado a fazer distinção entre duas espécies de

padrão. Em primeiro lugar aponta padrões assaz parecidos com os do direito privado. São os que se vislumbram nas relações que o Estado mantém de certo modo em nível administrativo inferior: concluindo, por exemplo, contratos administrativos, ou obrigando-se através de promessas, ou propiciando orientação (é o caso do agente do fisco encarregado de mostrar ao contribuinte qual é o montante de seus impostos). Nestas áreas conta o princípio da boa fé. O mesmo sucede quando o Estado consigna por erro prazo de recurso demasiado curto. Em compensação, na área das liberdades individuais, depara-se com padrões que são de certo modo superprincípios: princípios que ultrapassam aqueles que figuram num catálogo das liberdades individuais. Assim há o princípio segundo o qual o Estado não pode prejudicar nenhuma das liberdades inscritas na Constituição, salvo por força de lei, ou ainda o princípio que justifica tal prejuízo se e enquanto determinado fim deve ser alcançado. Trata-se aí de padrões subjacentes às regras constitucionais. Seu alcance varia, aliás, conforme a óptica política segundo a qual é visualizada.

O Professor Winizky manifesta sua desconfiança acerca da noção de padrão. Acha ele que é útil distinguir, por um lado, os princípios gerais e, por outro, as regras ou as normas, e que isto é suficiente. Através de alguns exemplos brilhantemente apresentados, alerta ele contra palavras que não teriam significado preciso, sobretudo num documento internacional. A seu ver, a unificação necessita de princípios gerais, que se devem combinar com as regras. Por outro lado, salienta a utilidade, para a unificação do direito, de certos instrumentos de trabalho, tais como coletâneas de jurisprudência.

O Professor Hamson manifesta-se um tanto cético quanto à idéia de padrão. Aprovando o ponto-de-vista inglês, rejeita ele a distinção entre direito privado e direito público. Prefere distinguir entre a matéria que se presta para uma expressão precisa e aquela que não se presta para tanto. Por outro lado, o receio do arbítrio do juiz parece-lhe defluir de óptica tipicamente francesa ou, de qualquer modo, muito pouco britânica. Na Grã Bretanha prepondera, ao contrário, a preocupação de libertar o juiz dos embaraços da regra jurídica. Foi o que fez a lei de 1957, relativamente à responsabilidade do ocupante de imóvel. Estabeleceu ela o padrão do homem razoável e adiantou algumas sugestões de elementos

a serem considerados para verificar se as partes se haviam comportado de modo razoável. Essa lei reduziu consideravelmente a litigação. Configurava, pois, um progresso transformar as regras em padrão. O problema se situaria, pois, no esforço por distinguir as áreas que necessitam de precisão e em que a precisão é possível obter-se daquelas que, pelo contrário, devem ser redigidas segundo padrões. Em matéria comercial, necessita-se não raro de regras precisas, bem como em matéria de circulação viária. Em compensação, o padrão enseja o predomínio de grandes idéias, desde que o direito seja submetido ao controle de tribunal de amplo poder. Citou-se a esse respeito a Suprema Corte dos Estados Unidos. Percebe-se a necessidade de se conferir maior dinamismo, nesse campo, à ação do Conselho de Estado francês. O padrão permite controlar as decisões tomadas por numerosos órgãos. Sua importância se encontra, ao que parece, em ascensão porquanto se observa a multiplicação das Cortes em escala de organização regional mais ou menos grande (Bénelux, Europa, etc.). O padrão permitiria, pois, se não a unificação, pelo menos a elevação dos direitos a certo nível de unidade.

O Professor René David insurge-se, também ele, contra a predominância que se deu à idéia de segurança sobre a idéia de justiça. Vê nisso resquício de ideologia do século XIX, que reduzia o direito à lei, não passando esta de um conjunto de regras. A reação atual se lhe afigura saudável. Inegavelmente, em algumas áreas a segurança é essencial. Em outras, pelo contrário, por exemplo na família, há necessidade de assegurar-se a coexistência, e é então que se evidencia a utilidade do padrão. O padrão permite ademais vencer-se o isolamento de quantos cooperam para a formação do direito. Assegura a colaboração do legislador, do juiz, da doutrina, da opinião pública, etc. Convém que se reabilite a jurisprudência e o costume, obra de cooperação de todos os juristas. Teme-se o arbítrio do juiz, mas é de temer-se ainda mais a cegueira ou a imprevisão do legislador. Como, aliás, deixar de socorrer-se dos padrões, como evitar os conceitos de falta, de urgência, de circunstâncias atenuantes, mesmo de direito, etc.? Na realidade, tudo é padrão. O padrão reintroduz a vida e a moral no direito. Em matéria internacional, participa ele da opinião do Professor Jauffret, que ponderou haverem as regras suscitado não menores dificuldades de interpretação do que os padrões. Além disso, não convém exagerar esses problemas. Mes-

mo em direito interno é difícil assegurar-se a unidade de jurisprudência. O problema da interpretação uniforme das leis uniformes é em larga medida um falso problema. A maior dificuldade que emerge da unificação do direito é a de ratificação das convenções internacionais. É desolador constatar que uma lei tão técnica como a referente ao cheque e à letra de câmbio tenha merecido apenas número muito limitado de ratificações. Mais desolador ainda é constatar o pouco zelo com que se procura pôr em vigor uma lei importante como a lei uniforme sobre a venda internacional. Em termos enérgicos, o Professor René David lamentou a falta de espírito internacional e a demissão dos juristas, que, embora estejam perfeitamente cônscios da necessidade de um regime internacional de vendas internacionais, não conseguem vencer a estreiteza de visão dos políticos. O resultado é que os comerciantes contornam as leis e submetem seus litígios à arbitragem com cláusula de composição amigável, para que se faça uma justiça baseada simplesmente em padrões de boa fé.

O Professor Hazard salienta a importância dos padrões no direito constitucional. Se os Estados Unidos, diz ele, continuam sempre com a sua primeira República, talvez se deva isso ao fato de a sua Constituição comportar padrões. A seu ver, a dificuldade principal é encontrar padrões internacionais. Os padrões, com efeito, ressaem da cultura dos povos. Concebem-se, destarte, padrões nos Estados Unidos ou no Continente, mas um tribunal internacional (e o orador aduz exemplo particularmente chocante) fez mal em aplicar certos padrões porque não existe ainda cultura internacional suficiente. Seria tarefa dos comparatistas descobrir os padrões internacionais.

O Reitor Houin não pensa que o problema que se arma com o emprego de padrões na unificação internacional seja diferente daquele que existe com relação ao direito interno. Menciona como exemplo o divórcio. Este pode ser concedido quando a continuação da vida conjugal se torna insuportável. Existe, aí, para a Corte de Cassação, questão de fato que escapa ao seu controle. Com efeito, as soluções que serão dadas dependerão muito da personalidade do magistrado. De modo semelhante, dizia-se outrora que os magistrados que eram donos de automóvel não decidiam de modo idêntico ao daqueles que não possuíam carro. O

padrão leva, portanto, necessariamente, à subjetivação do direito, quer se trate de direito interno, quer se trate de direito unificado. O problema apresentado seria um falso problema.

O Professor Rivero pensa que a noção de padrão é essencialmente fugaz, nebulosa, incerta. Ele toma, como parte de referência, ora o comportamento médio de indivíduos médios, ora regra vaga, de consistência metafísica e que praticamente não se consegue concretizar, configurando princípio muito geral. Contrariamente ao orador que o precedeu, pensa ele que o emprego do padrão é mais perigoso no âmbito internacional do que em direito interno. É Narciso contemplando-se em águas claras e em águas turvas ou agitadas e de cores diversas: a imagem que a água devolve não é a mesma. Quanto ao saber se é necessário editar regras precisas ou formular o direito em termos mais vagos, trata-se de problema essencialmente político, cuja solução depende do objetivo de reforçar a autoridade do legislador ou a do juiz. De maneira geral, é mais fácil realizar-se acordo sobre os padrões, mas o acordo pode ser mais aparente do que real, a menos que haja juízes supranacionais.

O Professor Zajtay salienta que não seria o caso de tomar-se posição a favor ou contra os padrões, nem mesmo de opor as regras jurídicas aos conceitos, aos princípios e aos padrões. Na verdade, os conceitos são elementos da regra jurídica, e certas regras não existem sem princípios e padrões. O esforço dos juristas deve dirigir-se à unificação de sistemas jurídicos, de sistemas que comportam a um tempo regras, princípios, padrões.

O Professor Szabo mostra como os padrões podem ser fonte de regras de direito. Cita o exemplo impactante da convenção dos direitos do homem. Fixa esta padrões mínimos em relação aos direitos do homem, o que obriga os Estados que a ratificam a introduzir um conjunto de regras nos seus direitos nacionais. Há, portanto, uma forma de unificação indireta das normas. Não convém, por outro lado, pôr em confronto direito privado e direito público. A noção de padrão deve ser a mesma nas duas áreas.

O Reitor Malmström pensa que a noção de padrão é interessante do ponto-de-vista pedagógico. Na prática há, no entanto, muitos graus na precisão ou na generalidade das regras. Convém, pois, pesqui-

sar as áreas em que a precisão se impõe. Voltando à técnica evocada por Marsh e Hamson, que consiste em criar regra suficientemente vaga, combinada com certas diretivas, mostra ele que isto seria, na verdade, pelo menos inicialmente, o objetivo dos trabalhos preparatórios. Eles contêm indicações e exemplos úteis. Todavia, após certo período, a situação mudou e é útil, em lugar de se tomarem em consideração os trabalhos preparatórios, examinar-se a jurisprudência que responde mais diretamente às necessidades sociais. Faz suas as considerações do Presidente Panchaud sobre a conveniência de o juiz utilizar-se do direito comparado para conhecer as diferentes maneiras de interpretar um padrão. Ele próprio, no Conselho da Europa, havia conseguido que se reunisse uma conferência de Diretores de Faculdades de Direito e havia proposto se fizesse também uma conferência de presidentes de altas jurisdições, a fim de dar-se aos juizes a possibilidade de confrontar suas idéias e apreciar a utilidade do direito comparado.

O Professor Blagojevic sustenta com brilho que o padrão efetivamente não se opõe à regra, sendo esta mais ou menos vaga, e que o padrão sempre existiu. No seu entender, o padrão possui, no plano nacional, igual valor ao que lhe é atribuído no plano internacional. Em compensação, continua sendo útil distinguir direito privado de direito público, ainda que, há trinta e cinco anos, se estabeleceram 280 critérios de distinção e o número deles se acha duplicado no presente. É inevitável o uso de padrões no plano internacional, mas não há juiz em situação bastante independente para aplicá-los de modo objetivo.

O Presidente pergunta ao Relator se deseja externar mais algumas observações muito breves. Este agradece a todos os participantes por terem trazido para o estudo do tema idéias diversas, profundas, e certamente exatas, ainda que por vezes opostas umas às outras. Salienta que ele se revelara um tanto desconfiado relativamente ao padrão por causa do excessivo otimismo de Lambert e Al-Sanhoury e que a discussão permitiu reconduzir a apreciação do padrão a um justo equilíbrio. Presta homenagem especial àqueles oradores que, assim como a Sra. Questiaux, os Srs. René David e John Hazard, salientaram o caráter educativo do direito e a importância que os padrões proclamados em escala internacional poderiam ter na psicologia dos povos.

RCGE, Porto Alegre, 4(9): 35-54, 1974

DA IRRESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE ANÔNIMA POR DECISÕES NULAS OU ABUSIVAS DA ASSEMBLÉIA GERAL

ARNOLD WALD

Doutor em Direito pela Universidade do Brasil. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. Advogado no Estado da Guanabara.

No momento em que o projeto de Código Civil pretende reformular e modernizar a estrutura da sociedade anônima, uma das questões que merecem ser discutidas e, talvez, até ensejar a elaboração de norma legislativa específica, é o problema da responsabilidade da empresa pelas decisões da Assembléia Geral. Trata-se, na realidade, de situação pouco comum até agora na prática forense, pois as sociedades fechadas desconheciam, praticamente, os conflitos entre maioria e minoria como, também, não ensejavam a responsabilidade civil dos diretores e administradores em geral, pois as soluções eram sempre “domésticas” e familiares, não ocasionando pleitos judiciais.

2. A recente e progressiva democratização da empresa e a abertura das sociedades anônimas, que teve como catalisador a concessão de incentivos, estão transformando o quadro geral anteriormente existente e já agora interessa ao direito pátrio uma definição das consequências jurídicas dos eventuais abusos praticados pela maioria em assembléia geral. A matéria tem ensejado algumas monografias no exterior, mas não despertou, até o momento, a atenção dos nossos estudiosos do direito. Parece-nos que a responsabilidade extracontratual por decisões majoritárias da assembléia não deve recair sobre a empresa, mas sim sobre os próprios acionistas que deliberaram abusivamente.

3. A tese que ora sustentamos parte do fundamento legal de que inexistente qualquer texto legal que estabeleça a responsabilidade da empresa pelas decisões tomadas nas suas assembléias gerais. Efetivamente,

RCGE, Porto Alegre, 4(9): 55-64, 1974

a empresa se responsabiliza, em virtude de textos legais específicos, pelos atos de seus representantes ou mandatários (diretores, administradores) e dos seus prepostos. Mas, inexistente qualquer norma que considere a empresa responsável pelas decisões da maioria dos seus acionistas. A própria lei das sociedades anônimas reconhece que é a DIRETORIA o órgão de ADMINISTRAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DA SOCIEDADE (art. 116), estabelecendo os casos de responsabilidade dos diretores (artigos 121 e 122) e não havendo qualquer referência à responsabilidade da empresa por atos da assembléia.

4. O princípio geral vigente no direito brasileiro é o da responsabilidade pessoal, de tal modo que a responsabilidade pelo fato de outrem depende sempre de norma legal expressa. Não existindo tal norma, não há como responsabilizar a empresa pelo ato de seus acionistas em assembléia geral.

5. A lei, a jurisprudência e a doutrina reconhecem que, enquanto os administradores são mandatários ou representantes da sociedade (sujeitos às normas do mandato), ao contrário, a Assembléia Geral deve ser considerada nem como mandatária, nem como preposto da empresa. (V. RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, Librairie Générale, 1939, tomo I, pág. 258, n.º 206).

6. A tendência doutrinária é no sentido de atribuir à Assembléia Geral poderes exclusivamente deliberativos e não executivos, considerando-a como sendo o órgão soberano da empresa, o Poder Legislativo cuja atuação depende, para concretizar-se, do Executivo (Diretoria).

7. A doutrina salienta a soberania de Assembléia Geral e seu caráter democrático, como também o fato de que as suas decisões dependem, para a sua execução, da Diretoria e daí se admitir a irresponsabilidade da empresa pelas decisões majoritárias dos acionistas, pelos mesmos motivos pelos quais se rejeita a responsabilidade do Estado pelos atos legislativos.

No mesmo sentido se manifestam ANTONIO GONÇALVES DE OLIVEIRA ("Responsabilidade do Estado por ato legislativo", *parcer in Revista Forense*, vol. 95, da pág. 56 a 58) e THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (*Tratado de direito administrativo*, 3a. ed., 1955, vol. I, pág. 437).

8. Na realidade, em todos os países, os autores e os tribunais rejeitam a responsabilidade civil da empresa por atos da Assembléia Geral, preferindo, conforme o caso, admitir, em tais hipóteses, a responsabilidade da diretoria que cumpriu a deliberação da maioria ou dos acionistas que votaram a favor da decisão ilegal ou irregular.

9. No Brasil, é essa a posição de MIRANDA VALVERDE e de PONTES DE MIRANDA. Enquanto o primeiro manda responsabilizar culpado, o segundo entende que poderá caber ação de responsabilidade contra os diretores conforme as circunstâncias de cada caso. Ensina TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE que:

"A ação de responsabilidade civil é independente da ação anulatória do ato ou operação que causou o prejuízo. O ato ou a operação pode ser válido, e, no entanto, causar injustificado prejuízo ao acionista ou à sociedade. O ato ou operação pode ser ratificado, e, contudo, haver prejuízo dele decorrente e legalmente ressarcível. A assembléia geral pode, com efeito, ratificar atos ou operações praticados pelo diretor, que causaram a um ou alguns acionistas prejuízos. Nada impede, entretanto, que os prejudicados reclamam do autor do dano a respectiva indenização." (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, obra citada, 3a. ed., vol. III, p. 115).

PONTES DE MIRANDA considera, por sua vez, a responsabilidade do diretor, regulamentada no art. 157 da Lei das sociedades anônimas, como conseqüências eventual, mas não necessária, da anulação da assembléia geral prevista no art. 156 do mesmo diploma, conforme se verifica pela citação seguinte do eminente mestre do direito pátrio:

"A ação por nulidade ou anulabilidade do ato da assembléia geral é proposta contra a sociedade por ações.

A eficácia da sentença na ação de nulidade ou de anulação proposta por acionista é desconstitutiva a favor de todos os interessados (4a. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de agosto de 1950, *R. do T.*, 190, 180).

A doação a fundações e outras vantagens que não sejam, por sua natureza, elemento constituto da sociedade por ações,

podem ser anuladas, e a prescrição é conforme o art. 156 e parágrafo único. A responsabilidade civil, se há os pressupostos, é conforme o art. 157 e parágrafo único.” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo LI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966, pág. 118, parág. 5362).

10. TULLIO ASCARELLI entende que a Diretoria é responsável quando aplica deliberação ilegal ou irregular da Assembléia Geral, considerando que, em tal hipótese, o terceiro prejudicado

“pode contar com a responsabilidade pessoal dos administradores que executaram uma deliberação ilegal.” (TULLIO ASCARELLI, *Sociedades y asociaciones comerciales*, tradução em espanhol, Buenos Aires, Ediar S. A., 1947, pág. 322).

11. Os tratadistas franceses JEAN ESCARRA e JEAN RAULT consideram que a inobservância de exigências legais no tocante a publicidade e, em particular, com referência às convocações das assembléias gerais envolvem responsabilidade da diretoria (JEAN ESCARRA, EDOUARD ESCARRA e JEAN RAULT, *Les sociétés commerciales*, Paris, Sirey, tomo IV, 1959, n.º 1573, pág. 313).

12. No mesmo sentido se manifesta L. RETAIL, quando expõe que:

“La nullité d'une décision adoptée par l'assemblée dans des conditions irrégulières entraîne la responsabilité civile, soit du conseil d'administration, soit du bureau de l'assemblée selon que la cause de nullité incombe à l'un ou à l'autre de ceux-ci. Il appartient à l'intéressé de prouver que le fait dommageable résulte de la nullité alléguée. La réparation doit être proportionnelle au dommage, il appartient aux juges du fait d'en déterminer le montant. L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse d'être recevable lorsque la cause de nullité a cessé d'exister soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et en outre que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue” (art. 8 et 42 da lei de 1867). (L. RETAIL, *Administration et gestion des sociétés commerciales*, 2a. edição, Paris, Sirey 1947, vol. I, pág. 315, n.º 263).

13. Em estudos monográficos, RENÉ DAVID, JEAN BERGIER e PIERRE COPPENS, entendem que, na hipótese de decisão irregular ou ilegal da assembléia geral, a responsabilidade cabe aos acionistas que deliberaram, devendo sobre eles incidir a respectiva indenização. O eminente comparatista francês já defendia essa tese no seu primeiro trabalho, publicado em 1928, afirmando que:

“Sous cette condition de faute, CHAQUE ACTIONNAIRE SERA RESPONSABLE QUI AURA VOTÉ UNE DÉCISION PRÉJUDICIALE ET ILLICITE...” (RENÉ DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Paris, 1928, pág. 168).

14. Em tese intitulada *L'abus de majorité dans le société anonymes — étude de droit commercial comparé*, publicada na Suíça em 1933, JEAN BERGIER também defende a responsabilidade individual ou pessoal do acionista pelas decisões tomadas em assembléia geral, mostrando como seria injusto responsabilizar a sociedade por tais deliberações. Além de outros argumentos jurídicos, o jurista suíço invoca os princípios gerais da justiça e da economia processual alegando que, se a sociedade fosse responsabilizada, ela deveria ter ação regressiva contra os verdadeiros culpados, que são os acionistas majoritários que votaram abusivamente na assembléia geral, sendo mais lógico que se responsabilize diretamente os verdadeiros causadores do prejuízo, tanto mais que inexiste qualquer norma jurídica impondo a responsabilidade da sociedade em tal hipótese. Acrescenta que os minoritários somente serão cabalmente indenizados se o ressarcimento for feito pelas pessoas que votaram na assembléia, pois o pagamento da indenização pela sociedade importa realmente em empobrecê-la, diminuindo o valor do seu patrimônio e conseqüentemente o de todos os seus acionistas, inclusive o dos minoritários que assim não terão a “restitutio in integrum”, a fim de restabelecê-los no “statu quo ante”, na situação em que estariam se o dano não tivesse ocorrido.

15. Numa das melhores monografias sobre o assunto, o Professor PIERRE COPPENS, da Universidade de Louvain, baseando-se nas lições de JEAN RAULT e de JEAN PERCEROU, conclui que:

“L'indemnité sera due, en principe, par les membres de la majorité qui auront usé avec mauvaise foi de leur pouvoir

de vote." (PIERRE COPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, 2a. ed., Louvain, 1955, pág. 117).

Entende o autor belga que, em tais hipóteses, a responsabilidade deve recair sobre os acionistas pessoalmente, ou solidariamente sobre os acionistas e os diretores que permitiram ou facilitaram a prática do ato danoso. Chega a esta conclusão invocando as lições de Copper-Royer e acórdãos da jurisprudência francesa recente. Em seguida, indaga da possibilidade de responsabilizar também a sociedade pelos atos da maioria dos acionistas e responde, negativamente, a esta indagação, nos seguintes termos:

"Pourrait-on faire supporter l'indemnité due aux actionnaires lésés, par le patrimoine de la société plutôt que par celui des associés majoritaires et les cas échéant, celui des administrateurs complices ou négligents?"

Une réponse négative s'impose au premier abord. Elle est commandée par deux considérations fondamentales:

1) Le manquement à la bonne foi, le détournement de pouvoir sont des fautes personnelles aux votants et l'on voit mal comment ces errements pourraient être imputés à la personne morale.

2) Lorsque l'indemnité est mise à la charge de la société, elle diminue de son montant la valeur de l'actif social et pourtant celle de toutes les participations. Les dissidents et absents payeraient donc, par la dépréciation partielle de leurs parts, une fraction de l'indemnité destinée à les dédommages." PIERRE COPPENS, obra citada, pág. 118 in fine e 119).

16. COPPENS ainda invoca decisões da jurisprudência belga que se enquadram na tese, por ele defendida, da responsabilidade individual dos acionistas que compõem a maioria votante pelos prejuízos causados à minoria. Resumindo decisão do Tribunal de Bruxelas, esclarece o autor que:

"Un arrêt récent de la Cour de Bruxelles donne au problème de l'abus de majorité, une technique nouvelle de solution. La répression de l'abus de pouvoir de la majorité se base sur le concept de la fraude entendue dans son sens le plus large: la fraude n'est pas comprise comme synonyme de dol, mais

comme une notion équipollente à celle de détournement de pouvoir.

Cet arrêt consacre le droit pour un actionnaire, agissant individuellement, de s'en prendre en justice à d'autres actionnaires, lorsque ceux-ci ont abusé de leur droit de vote, et pris, dans leur intérêt particulier, des mesures contraires à l'intérêt social." (PIERRE COPPENS, ob. cit., pág. 157).

17. Na Alemanha, reconheceu-se que o princípio que deve dominar no tocante aos atos praticados em assembléia geral é o da responsabilidade individual do acionista pelos danos decorrentes do seu voto, desde que tenha havido de sua parte culpa ou dolo (V. SONNTAG, *Die Aktiengesellschaften in Kampfe zwischen Macht und Recht*, Berlim, 1918).

18. No mesmo sentido, a lei húngara sobre sociedades, de 1930, esclarece que:

"La majorité engage sa responsabilité lorsque'elle prend des résolutions dont elle sait qu'elles préjudicient manifestement aux intérêts essentiels de la société."

19. ISAAC HALPERIN, no seu Manual de sociedades anônimas referente ao direito argentino, esclarece que, no caso de anulação de assembléia geral, a responsabilidade pelos danos decorrentes recairá, conforme o caso, sobre os acionistas e os diretores, verificando-se a culpa de cada um deles e, na hipótese de não ser comprovada a existência de maior culpa de um ou de alguns deles, a indenização deverá ser paga por todos, na proporção das ações que possuírem. Efetivamente, ensina o mestre da Universidade de Buenos Aires que:

"Si se declara la nulidad de la decisión impugnada, la sentencia será eficaz erga omnes, incluso contra los terceros que trataron con la sociedad sobre la base de la decisión nula.

Es un efecto reflejo de la sentencia, que afecta a estos terceros aun cuando no hayan sido partes en la causa. Tales terceros podrán perseguir en responsabilidad a quienes ejecutaron ese acto nulo, en resarcimiento de los danos."

Los accionistas o directores condenados al resarcimiento de los daños podrán repetir contra los demás responsables, según la medida de la responsabilidad de cada uno en la adopción o ejecución de las decisiones impugnadas. Entre los accionistas, a falta de prueba de una mayor responsabilidad personal, la acción recursoria perseguirá la contribución en proporción al número de acciones de que cada uno es titular.

Tengase en cuenta que el accionista será responsable si la decisión votada viola la ley o los estatutos, o la infracción ha sido expresamente aceptada por él. Los directores serán responsables por los vicios derivados de infracciones de la convocación y formalidades a cargo del directorio, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su calidad de accionistas o como autoridades de la asamblea." (ISAAC HALPERIN, Manual des sociedades anônimas, 5a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1971, pág. 361 e 363).

20. A recentíssima lei argentina das sociedades comerciais, que acaba de entrar em vigor em 3 de outubro de 1972, reconhece expressamente essa responsabilidade do acionista, consagrando de modo explícito, no seu art. 254, o princípio que a doutrina e a jurisprudência já sufragavam anteriormente. É o seguinte o texto do art. 254 da Lei argentina n.º 19.550 sobre sociedades comerciais:

"Art. 254. Responsabilidad de los accionistas. — Los accionistas que votaram favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia."

21. Em concluso, descabe, no caso, a responsabilidade da empresa por não existir lei que a torne responsável pelas deliberações da maioria dos acionistas, e, sem texto legal específico, não se admite, no direito pátrio, responsabilidade pelo fato de outrem. Assim, não sendo a assembleia geral nem mandatária ou representante nem preposto da empresa, as decisões nela tomadas pela maioria não envolvem responsabilidade da sociedade, especialmente se da decisão não adveio qualquer lucro, benefício ou enriquecimento.

22. A matéria é pacífica no direito brasileiro, não havendo a respeito qualquer divergência nem na jurisprudência, nem na doutrina. É assim uníssono o entendimento de acordo com a qual, **sem mandamento legal expresso, não ocorre responsabilidade por fato alheio**, não podendo, pois, a empresa responder pelo voto preponderante dos seus acionistas.

23. Para não nos alongarmos a respeito da matéria, que não provoca qualquer divergência, basta recordar a lição de AGUIAR DIAS que esclarece a posição do direito brasileiro nos seguintes termos:

"No sistema de responsabilidade civil fundado na culpa, o dano só pode acarretar obrigação de reparar para aquele que o pratica. Cada um responde pessoalmente pelos seus atos. Para os partidários da doutrina objetiva, pois, o fato de reconhecerem os seus adversários que existe, ao lado da responsabilidade por fato próprio, uma responsabilidade por fato de outrem, significa a aceitação de casos de responsabilidade sem culpa. Postos em frente desse argumento, os subjetivistas alegam que se trata de um domínio de exceção, o que, do seu ponto de vista, não deixa de ter justificativa.

.....
Interessa-nos pouco, nesta altura, reabrir a discussão sobre os fundamentos da responsabilidade civil. Assim, até porque é indiscutível a filiação do Código Civil ao sistema de culpa a questão deve ser estudada em função dos princípios subjetivos. Se, em consideração ao raciocínio de que, quem é chamado a responder por ato ilícito de outrem, muitas vezes permanece pessoalmente responsável, porque, de sua parte, faltou ao dever de vigilância sobre o autor do dano, ocorre que, em outros casos, essa responsabilidade representa de fato derrogação aos princípios subjetivos, razão pela qual a enumeração do art. 1.521 do Código Civil só se pode entender como limitativa e não simplesmente enunciativa, o que não importa, entretanto, em restringir o conteúdo do dispositivo." JOSÉ DE AGUIAR DIAS, Da responsabilidade civil, 3a. ed., Rio, Forense, 1954, pág. 519/21)

24. Não havendo texto legal que atribua responsabilidade à empresa pelo voto dos acionistas majoritários, descabe qualquer ação contra ela, em virtude da anulação de deliberação da assembléia geral. Tal entendimento se impõe "a fortiori" quando se reconhece que na legislação brasileira a responsabilidade pelo fato de outrem depende de enumeração de caráter taxativo e não exemplificativo e que inexistente qualquer dever de vigilância da empresa sobre os seus acionistas ou qualquer responsabilidade de escolha pela sociedade dos mesmos acionistas, o que exclui as hipóteses de culpa, provada ou presumida, *in vigilando* ou *in eligendo*.

Acresce que, como vimos, aplicando-se o princípio básico da responsabilidade civil, cada acionista deve responder pelo prejuízo causado pelo seu voto, como têm entendido a doutrina, a jurisprudência e a legislação de vários países. A ausência de texto legal neste sentido no Brasil não significa a irresponsabilidade do acionista que decorre, ao contrário, da aplicação, ao caso, do princípio geral contido no art. 159, do Código Civil, segundo o qual:

"AQUELE QUE POR AÇÃO OU OMISSÃO VOLUNTÁRIA, NEGLIGÊNCIA OU IMPRUDÊNCIA, VIOLAR DIREITO, OU CAUSAR PREJUÍZO A OUTREM, FICA OBRIGADO A REPARAR O DANO."

25. Parece-nos, todavia, oportuno incluir no Código Civil disposição expressa sobre a matéria para sancionar mais eficientemente, no futuro, os eventuais abusos da maioria, determinando-se que:

"Responsabilidade dos acionistas: Os acionistas que votarem favoravelmente a resoluções nulas, anuláveis ou abusivas, respondem ilimitada e solidariamente pelos prejuízos decorrentes, sem prejuízo da eventual responsabilidade dos diretores, administradores e membros do Conselho fiscal.

Parágrafo único — A sociedade não responderá perante terceiros pelos danos causados por deliberação nula ou abusiva da assembléia geral, salvo se em virtude da mesma, tiver obtido qualquer lucro ou vantagem."

DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL EM TEMA DE PROVA *

CLOVIS DO COUTO E SILVA

Professor Titular da Faculdade de Direito da U. F. R. G. S. Membro da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil. Advogado no Estado do Rio Grande do Sul.

Há uma justificação importante para o tema, pois todos sabem que o Código Civil dispôs em muitos artigos a respeito da prova dos atos jurídicos, e o Anteprojeto de Código Civil, por igual, em vários dispositivos também se refere ao mesmo assunto. Mais ainda: o anterior e o atual Código de Processo Civil disciplinam a mesma matéria.

O problema está em saber se, afinal, a prova dos fatos jurídicos e dos atos jurídicos pertence ao direito processual ou ao direito substancial. Não é possível admitir, pelo menos em linha de princípio, que dois diplomas legislativos federais disponham sobre a mesma matéria, sem levar em conta a natureza jurídica desses preceitos.

São raros os trabalhos dedicados ao tema, e com o advento do novo Código de Processo Civil, não consta que a matéria tenha sido analisada. A importância está não só na exata localização dos preceitos sobre a prova, como também por ser elemento necessário para a aplicação do direito estrangeiro. Os autores do direito internacional privado não se tem preocupado muito com o assunto, embora a natureza jurídica das regras sobre a prova se constitua num dos aspectos fundamentais da teoria da qualificação.

(*) Conferência proferida no Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, 3 de junho de 1974.

1. Direito Material e Processo

O Código Civil Brasileiro, antes de dispor sobre a prova dos atos jurídicos, trata da forma e, na época em que foi editado, os Códigos de Processo Civil eram estaduais. As regras sobre prova tinham uma política unificadora, justificável ao tempo em que os diplomas de processo eram estaduais e, portanto, cada Estado poderia dispor como bem entendesse sobre a matéria. O argumento vale para os demais setores do Código Civil que tratam especificamente de matéria processual. E para não enumerar muitos exemplos, basta citar a habilitação matrimonial, que é processo da jurisdição voluntária, e, apesar disto, insere no Código Civil. Muitas explicações foram dadas para justificar o fato, sendo que uma delas é a de que no caso o direito processual está de tal modo vinculado ao direito material, que não convém regravá-lo fora do Código Civil. A maioria dos Códigos Cíveis atuais procura afastar de seu corpo de normas tudo o que não seja pertinente ao direito material. Estabelecidas estas premissas, é necessário desde logo saber se os preceitos sobre prova pertencem ao direito substancial ou ao processual.

Para resolver o problema, é necessário definir ambos os setores de nosso direito. Para iniciar o raciocínio não posso deixar de mencionar o que me parece ser direito material e processual.

Tentando definir o direito material, pode dizer-se que é aquele que disciplina uma ordenação da vida; que regula, em última análise, os direitos subjetivos, as pretensões, as ações e as posições jurídicas. Tudo, enfim, que resulta dos atos lícitos e ilícitos das pessoas. E a composição ou satisfação desse direito pode ser feita voluntariamente, e na maioria dos casos o é, porque uma das partes reconhece que tem o dever de prestar, e adimple. Mas, em outros casos, tal não sucede porque uma delas não quer, ou não pode, isso não importa, satisfazer o dano ou cumprir a obrigação. É preciso que o Estado vá dirimir aquilo que se denomina de litígio e, pelo menos, a solução cogente dele não pertence ao direito material. O direito processual não está totalmente fora do direito substancial, porque em toda a ordenação vital está prevista a hipótese de não ser cumprido o ordenamento posto. Sem otimismo exagerado, embora se admita que em vários casos as próprias partes cumpram o que combinaram, ou satisfaçam os danos que causaram, é pre-

ciso prever que em muitos outros tal não sucederá. A existência de litígio e portanto o próprio litígio, está no plano geral do Direito Material. É uma possibilidade ínsita em toda ordenação, embora a solução cogente dele seja objeto do direito processual, porque os princípios que a comandam são outros, e há necessidade de que um órgão estatal venha dirimir a controvérsia.

Cria-se, em conseqüência, um conjunto de regras e princípios, destinado a resolver litígios, que se denomina de Direito Processual, embora nem todo Direito Processual, reversamente, tenha por finalidade a solução de litígios.

Em outras situações, é o próprio Estado que se sente no dever de proteger, acautelar ou controlar certas atividades.

No exercício de funções controladora e supervisora de atos e relações jurídicas, pratica o juiz atos jurisdicionais, embora não haja litígio. Chama-se a esta atividade, de jurisdição graciosa, ou voluntária, em que se dá ao juiz uma posição diversa (1), uma vez que inexiste a vinculação e a limitação que emerge necessariamente do litígio, como sucede nos casos de jurisdição contenciosa.

Sabemos que há uma distinção entre as regras do direito material, de que fluem os deveres e os direitos substanciais, e o litígio e a cautela pois estes últimos pertencem à uma outra esfera do direito, ao direito público, e a uma outra disciplina, a do Direito Processual Civil.

As normas do direito processual civil dirigem-se, em conseqüência, predominantemente à atividade dos órgãos do Estado e determinam como devem proceder para reparar o ilícito, dirimir o litígio, auxiliar os que pedem a aplicação do direito, e documentar ou controlar os assuntos privados mais importantes.

Por esse motivo, é que o direito processual tem uma função ancilar do direito material e supõe a sua existência (2).

(1) Código de Processo Civil art. 1.107.

(2) Sobre a distinção entre direito material e processual, vd. Gustav Böhrer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, I (1950), pág. 94 e segs.

2. A Forma dos Atos Jurídicos:

Em conexão com a prova está a forma dos atos jurídicos. A forma é a maneira como se exterioriza uma ação humana. Quando se afirma que o ato ou o negócio jurídico independem de forma, o que é regra no nosso sistema (3), quer se dizer que os negócios jurídicos, embora isto seja paradoxal, precisam de uma forma, ainda que esta não seja taxativamente especificada pela lei. Os negócios jurídicos feitos verbalmente, os concluídos tacitamente, todos eles têm uma forma, quando se imagina que a forma nada mais é do que a fenomenologia do negócio jurídico, o modo como a ação humana se exterioriza, como ela é conhecida pelos interessados e terceiros. Ainda que fosse verbal, ou mesmo tácito, o elemento constitutivo do acordo, ainda assim o ato jurídico se manifestou através de uma forma. Por vezes, há cautela maior, e exige o ordenamento a escritura pública até mesmo para substância do ato.

O art. 134 do Código Civil exara a seguinte regra:

“É, outrossim, da substância do ato a escritura pública,

I — Nos pactos antenupciais e nas adoções;

II — Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a dez cruzeiros, excetuado o penhor agrícola.”

Estas regras dizem respeito à substância do ato jurídico, e, em interpretação literal, seria de concluir que o ato realizado sob outra forma seria inexistente. Todavia, assim não é em todos os casos.

(3) Código Civil, art. 129.

A compra e venda feita em escrito privado, de imóvel de valor superior ao estipulado no art. 134, II, é compra e venda nula (plano de validade) e não inexistente, podendo converter-se em pré-contrato de venda.

Em outras hipóteses, a forma é, na verdade, elemento de substância, de tal sorte que, não cumprida a regra, o ato não é simplesmente nulo; ele não existe. Uma letra de câmbio que não preencha os requisitos da Lei n.º 2044 não é título nulo apenas. É mais do que isso, não é letra de câmbio. Por igual, um casamento que não se realize perante o juiz, ressalvado o caso de casamento nuncupativo, não é casamento. Nestes dois exemplos, a ordem jurídica considera a forma como requisito absoluto. Quando for mero atributo do ato, de modo que se possa pensar ou admitir a sua existência, ainda que sem a forma imposta pela lei, ou pela vontade das partes, a forma é mero requisito de validade (4). O negócio jurídico existe, mas é nulo. Verifica-se, assim, que a forma, por vezes, é elemento da existência, ou de validade dos negócios jurídicos. Tudo está em distinguir quando ela realmente diz respeito à substância do ato, e quando dele é mero atributo. A importância dessa distinção é tanto maior quanto se admite a doutrina da conversão dos negócios jurídicos.

No particular, convém lembrar que nossa doutrina e jurisprudência adotam a possibilidade de um ato jurídico nulo, por defeito de forma, converter-se em outro, salvando-se, assim, o interesse das partes. O Anteprojeto do Código Civil acolheu esta solução, e regrou expressamente a figura (5). Em consequência, as regras do art. 134 do Código Civil precisam ser revistas com maior rigor conceitual, porque, pelo menos nos atos translativos de direitos reais de valor superior ao previsto no art. 134, inciso II, do Código Civil, a escritura pública não é requisito de substância.

(4) Art. 145, inc. III, do Código Civil W. Flume, *Das Rechtsgeschäft* (1965), pág. 245.

(5) Art. 171: Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim, a que visavam as partes, permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Não só isto. Quando a forma é requisito de existência e tem, portanto, a característica de algo absoluto (fim em si mesmo) ela não permite nenhuma relativização ou limitação. Ao contrário, quando a forma é mero atributo (meio assecuratório de certos fins), cuja inobservância pode resultar a nulidade, cumpre examinar se a finalidade de que resultou a exigência de certa forma não deveria ser limitada em razão de outros fins postos pelo ordenamento jurídico (6). Por exemplo: se alguém conscientemente realiza um ato nulo por defeito de forma, pode invocar tal circunstância? Ou, se alguém aprova a prática de um ato, pode depois invocar que a sua aprovação careceu da forma necessária, para, com esse procedimento, prejudicar terceiros, embora se verifique que, apesar da inobservância da forma, se garantiu o que a lei através da forma visava proteger? Parece que seria o caso de impedir o exercício da pretensão mediante uma "exceptio doli generalis" ou aplicação do princípio da boa fé.

3. Relação entre a forma e a prova dos atos jurídicos

Já foi mencionado que o princípio fundamental é o de que os negócios jurídicos não dependam de forma específica, princípio que se convencionou chamar de liberdade de forma. As regras sobre a forma dos atos jurídicos pertencem ao direito material, de modo igual como os princípios sobre a forma dos atos processuais se incluem no direito processual. Todavia, há no Código Civil regras sobre prova, e no art. 141, do Código Civil, afirma-se que "salvo os casos expressos, a prova testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não passe de dez cruzeiros."

Esta disposição restringe o princípio da livre apreciação da prova, que é tipicamente processual, (7) pois o ato que infringiu o art.

(6) Flume, op. cit., pág. 247. Importante, para esta posição, é o voto vencido no acórdão prolatado na Apelação Cível n.º 17.849 Rev. de Jurisprudência (TJ-RS) ... 40/217.

(7) Código de Processo Civil, art. 131.

141, embora se tenha como existente, não é suscetível de prova. Porém, não é possível sustentar a opinião, perfilhada por alguns grandes juristas, de que as regras que limitam a liberdade de forma sejam também restrições ao princípio da livre apreciação, porque, as disposições sobre forma são preceitos de direito material que têm de ser aplicados pelo juiz e a sua aplicação, como de qualquer outra norma de direito substancial, não pode constituir lesão à sua livre apreciação. A decretação da inexistência, ou da invalidade de um ato jurídico, por defeito de forma, não restringe o princípio da livre apreciação da prova, pois se trata de requisito que ao direito material cabe estabelecer e ao juiz aplicar.

Vislumbra-se lesão à livre apreciação na disposição do art. 141 do Código Civil, que determina que a prova de atos jurídicos acima de certo valor não possa ser feita por testemunhas.

O negócio jurídico existe, e é válido, não sendo, entretanto, suscetível de prova meramente testemunhal. A disposição do art. 141 provém das Ordenações Manoelinas (8), e foi adotada posteriormente pelo direito francês, tendo sido recebida pelo Código Napoleônico, e também pelo Statute of Frauds, do direito inglês, em 1677.

Criou-se com a inclusão de preceitos sobre a prova em geral no Código Civil napoleônico o que se denominou de "direito material probatório," e dentre esses preceitos está o de que não é admissível a prova somente testemunhal de atos jurídicos de valor superior ao de determinada tarifa. Esta última regra, na verdade, constituiu-se em restri-

(8) Liv. 3, tit. 45 pr. Esta disposição está nas Ordenações Filipinas L3, tit. 59. Pode dizer-se, portanto, que é a primeira disposição de ordem geral em que aparece a regra, sendo anterior à Ordonnance de Moulins, pois o Código Manoelino foi publicado em 11 de março de 1521.

A Ordonnance de Moulins de 1556, a que corresponde o art. 1431, do Código Napoleônico, determinava em seu art. 54, que "de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres" seriam lavrados contratos na presença de notários, testemunhas, não se admitindo nenhuma prova testemunhal contra tais documentos, sobre o que se tenha convencionado antes ou depois. O fundamento da regra era o propósito de desonerar os juizes de uma maior investigação, o que sucederia no

ção ao princípio da livre apreciação da prova. O negócio jurídico existe e é válido, apenas o ordenamento jurídico lhe cortou a acionabilidade da pretensão (9).

No sistema germânico, adotou-se em maior extensão o princípio da livre apreciação das provas, tanto que a Lei de Introdução ZPO, de 30.1.1877, no art. 14, 2,2, revogou todas as disposições que "excluíam certos tipos de meios de prova ou somente os admitiam com limitações" (10). Em consequência, regras semelhantes às do art. 141 do Código Civil foram derogadas, e tais preceitos existiam sobretudo na Renânia, onde estava em vigor àquela data, o Código Civil napoleônico (11).

Modificação singular ocorreu com a edição do novo Código de Processo Civil que incluiu em seu corpo todas as disposições sobre prova, inclusive aquelas, como as do art. 141, que são, ao mesmo tempo, embora indiretamente, regras sobre forma.

O novo Código de Processo Civil, em seu art. 401, exarou a seguinte disposição: "A prova testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados."

caso de admitir-se prova testemunhal. Pensou-se que ela se constituiria em medida verdadeiramente eficaz para abreviar a duração dos processos. Como a Ordenança de 1556 parecia não contemplar nenhuma exceção ao princípio da impossibilidade de provar por testemunhos contratos de valor superior a 150 libras, sobreveio a Ordonnance de 1667, em que se estabeleceram exceções, sendo a mais importante a que determina ser suficiente para permitir a prova testemunhal a existência de escrito que constitua início de prova (vd. Christian De Wulf, *Trust an Civil Law* (1965) pág. 89 e segs.)

(9) Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs I* (1964) pág. 108.

(10) Staudinger, *Kommentar zum bürgerlichem Gesetzbuch I*, (1912) § 125, pág. 488.

(11) Aliás, é interessante notar que essa disposição (art. 1341) já não vigorava no direito comercial desde 1861, porque o art. 47 da Lei de Introdução ao Código Geral de Comércio alemão, de 24 de Junho de 1861, já a derogara (Grotensend, *Rheinisches Zivilgesetzbuch* (1879) pág. 246).

A regra do art. 401 é assim regra de direito processual, limitadora da livre apreciação da prova, mas, ao contrário das demais regras exclusivamente sobre prova, ela é indiretamente norma sobre forma dos atos jurídicos, uma vez que as partes são assim constrangidas, para eficácia do ato jurídico, a realizá-lo por escrito. Apesar disso, está certa, a meu ver, a localização do preceito no Código de Processo Civil. Todavia, há temperamento: a impossibilidade de provar por testemunhas contratos cujo valor exceda ao décuplo do maior salário mínimo do País, excepciona-se desde que haja "início de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; ou se o credor não pode ou não podia moral ou materialmente obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel" (12). Como se vê, a enumeração não é taxativa, e submete o juiz ao casuismo, sobretudo quanto ao conceito não perfeitamente definido de "impossibilidade moral."

Procuraram-se combinar as necessidades de segurança no intercurso contratual, com as exigências específicas de certos casos, onde a documentação do contrato se revelasse como impossível, seja à luz da moral, ou mesmo materialmente, em face de certas peculiaridades.

4. Direito material probatório e o princípio da livre apreciação

Antes de examinar mais detalhadamente o princípio da livre apreciação, convém estabelecer se o direito probatório é direito material ou processual.

(12) Art. 402. A hipótese mais importante não está entretanto, prevista expressamente, mas pode deduzir-se do texto do aludido art. 402. Como se sabe, a adoção do preceito no Código de Processo Civil, faz com que vigore para todo o direito substancial. No direito privado, sempre houve a tendência de afastar aquela limitação para os contratos comerciais, em razão de suas peculiaridades. Entre nós, a exceção de que a impossibilidade material é permissiva de prova meramente testemunhal ganha importância nos contratos concluídos por meio de telefone, já que estes, por impossibilidade material, não são documentados. A sua vez, nosso Código Civil os considera como contratos "entre presentes" (art. 1.801, I, 2a. alínea). Por força do art. 402 do atual Código de Processo Civil tais contratos podem ser provados por testemunha ainda que de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no País.

Não foram muitos os autores que estudaram o problema uma vez somente que nos sistemas latinos é que os Códigos Civis expõem ainda hoje sobre os diversos meios de prova, e o valor de alguns deles.

Como a legislação a respeito do direito privado e do direito processual entre nós é de competência federal, claro é que a discussão perdeu em muito o seu interesse prático no direito interno. Todavia, quando se cogita de fazer uma codificação, seja de direito processual, seja de direito civil, transparece a necessidade do exame deste problema, para mais perfeita colocação da matéria. É certo que quando se cuidou de editar a Lei de Introdução ao ZPO, de 30.1.1877, houve-se que preceitos como os do art. 141 do nosso Código Civil se constituíam em restrição ao princípio da livre apreciação da prova. Não faz muito, Ernst Rabel (13) sustentou, e a meu ver com razão, que regras como as dos arts. 1341, do Código Civil napoleônico, ou 141, de nosso Código Civil, não são preceitos sobre forma dos atos jurídicos, em seu sentido próprio, mas pura limitação à prova. Foi certamente adotando esse pensamento que o Código de Processo Civil grego (14), mantendo o axioma romanístico de limitação da prova testemunhal para atos acima de certo valor, incluiu a regra em seu conteúdo, de modo igual ao que sucedeu com o atual Código de Processo Civil brasileiro.

Não encontrei, nos trabalhos realizados para a feitura do novo Código de Processo Civil, o exame desta matéria. Parece certo que nosso diploma processual, ao adotar a solução do Código de Processo Civil como limitadora à livre apreciação judicial e, conseqüentemente, qualificou-a como disposição de natureza processual. Feita esta resumo da digressão, vejamos o que ocorreu com o novo Código de Processo Civil.

Em linha de princípio, não temos provas plenas, semi-plenas ou pleníssimas, que o direito medieval possuía em grande quantidade. Mas há inegavelmente predomínio da prova documental sobre a testemunhal. Por outro lado, não constitui como já se afirmou, limitação ao

(13) Das Recht des Warenkaufs, I, pág. 108.

(14) Arts. 300, 1; 304, e 305.

princípio da livre apreciação as regras sobre invalidade dos atos jurídicos por defeito de forma, porque estas são realmente de direito material, e o defeito se insere no próprio negócio jurídico.

Não se contemplando os defeitos formais como restrição ao princípio anteriormente aludido, os códigos processuais poucas regras têm que o limitam.

Ainda hoje, em muitos códigos de processo civil e também no nosso, há disposições sobre provas consideradas absolutas; por exemplo, regras que determinam que documentos particulares assinados fazem prova plena de que as declarações nele contidas foram emitidas pelo signatário (15). Tais disposições tornam-se, todavia, desnecessárias já que sobre o resultado das provas deve decidir o juiz segundo sua livre convicção, originada pelo conteúdo da controvérsia (16). Por esse motivo, é que não se deve dar até mesmo à confissão o valor de prova plena já que nem sempre reflete a verdade. Esta concepção provém do direito processual penal, no qual se tem hoje que a confissão do acusado não é prova cogente de sua culpa. Constitui, apenas, um indício, pois o réu pode ter confessado com a finalidade de ocultar o verdadeiro autor do crime (17). A doutrina tradicional sustenta que onde vigora o princípio do contraditório, como no processo civil, a confissão não é meio de prova, mas libera à outra parte do ônus de provar os fatos sobre o que ela recai.

Resulta esta conclusão de que no processo onde há contraditório supõe-se que cada uma das partes dê o melhor de seus esforços para provar os fatos que constituem o fundamento do pedido. Se houve confissão, ela não é apenas mero indício, como no processo inquisitório,

(15) ZPO §§ 416, 417 e 418; nosso Código de Processo Civil, art. 400, incisos I e II.

(16) K. Engisch, Einführung in das juristische Denken (1956) pág. 53. O art. 400, I, do Código de Processo Civil adota com grande amplitude a confissão e a prova documental, determinando ao juiz que indefira a inquirição de testemunhas.

(17) K. Engisch, op. cit., pg. 51.

mas manifestação de que o que a outra parte alega é verdadeiro, desaparecendo, na parte abrangida pela confissão, a controvérsia, motivadora do próprio processo. Como não existe interesse superior ao das próprias partes, compreende-se que não haja necessidade do prosseguimento da verificação probatória, uma vez que uma delas admitiu, tendo para isso ampla disponibilidade, os fatos argüidos. Posto nesses termos o problema, a confissão teria as características de prova plena. Mas, como julgar, se de outros elementos do processo resultar claro que não é veraz a confissão? Certamente que neste caso o juiz não estará adstrito à confissão, o que importa afirmar que ela não deve ser obstáculo à aplicação do princípio da livre apreciação da prova (18). ;O problema é tanto mais importante porque pode servir como linha divisória entre os processos contenciosos e os de jurisdição voluntária.

No de jurisdição voluntária tem o juiz, em princípio, de fundamentar sua decisão com base na verdade objetiva, material, não bastando a simples verdade formal. Em consequência, mais amplo são os seus poderes, de modo que a confissão, bem como outros atos das partes, não vinculam o juiz (19).

Quanto ao processo contencioso, o novo Código de Processo Civil, ao ampliar os deveres das partes, sobretudo criando-lhe o dever de veracidade e os de agir conforme a boa-fé, diminuiu a importância dos atos das partes, não sendo decisiva a própria confissão, quando verificar-se que ela não se harmoniza com os demais elementos probatórios.

Claro é que razões de segurança levam, por vezes, a lei a impor ao juiz restrições à sua liberdade de interpretar os fatos da prova e, por isso, é difícil encontrar um código de processo civil que tenha em toda a sua amplitude o princípio de livre apreciação. Primeiro, porque se con-

(18) Moniz de Aragão, Comentários ao Código de Processo Civil, v. II n.º 533 (1973), pág. 457.

(19) Bärmann, "Echtes Streitverfahren" in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP 154 (1955), pág. 399.

fundamente a livre apreciação com a livre fundamentação. Todavia, quanto maior a liberdade de apreciação, tanto mais minuciosa há de ser a decisão nos seus fundamentos, e na exposição das razões por que não valorizou, por exemplo, a confissão de uma das partes.

Depois, porque tradicionalmente, pelo menos quanto à confissão, há a tendência de se lhe dar valor equivalente ao de prova legal. Assim, por exemplo, nosso Código de Processo Civil, para desfazer os efeitos da confissão, exige ação anulatória (20). Esta regra, tanto quanto a do art. 400, inciso I, libera a outra parte do ônus de provar mas não a transfirma em prova plena, pois em matéria de ação rescisória, a anulação da confissão é só admissível quando a decisão tiver nela o seu único fundamento.

(20) O artigo 350 afirma que "a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes." No artigo 352, tem-se que: "a confissão quando emanar de erro, dolo ou coação pode ser revogada: (I) por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; (II) por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença da qual constitui fundamento único." Esta disposição, mais ampla do que a do nosso anterior Código de Processo Civil, provém do direito português (Decreto Lei 47.690 de 11 de maio de 1967), incorporada ao novo Código Civil denomina a figura, com impropriedade de técnica, de revogação da confissão. A confissão é ato em sentido estrito, mera declaração de ciência, e não de vontade, e, portanto, irrevogável. No nosso sistema, entretanto, proposta a ação de anulação, tem ela o efeito de suspender o processo (art. 265, IV), a) até o julgamento, diversamente do que sucedia sob o império do anterior Código de Processo Civil.

No direito português, o art. 566 do Código de Processo Civil determina que tais ações de anulação, ou mesmo de nulidade (confissão de um louco), não impedem o prosseguimento da causa em que a confissão se fez (vd. Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado I, (1967) pág. 234). Nosso Código de Processo Civil regulou somente os casos de anulação da confissão, deixando de fazê-lo quanto às hipóteses de nulidade. Em consequência, temos outro problema. Como tratar as hipóteses de nulidade da confissão; necessitam elas também de ação específica? Neste caso, o Código de Processo Civil não exigiu ação própria, podendo produzir-se a prova no próprio processo.

A dificuldade está em que, tendo havido confissão, o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas (art. 400, inciso I), o que poderá causar embaraço ao confitente.

Resumindo, parece-me que a restrição mais importante a livre apreciação juricial é o preceito que impede se possa provar somente por testemunhas contratos de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no País. Como restrição ao princípio sumo do direito processual civil, o lugar próprio para inseri-la é o Código de Processo.

5. Direito processual material e prova:

Um dos temas mais árduos para o processualista é o do direito processual material. Há muitos que negam a sua existência, mas parece fora de dúvida que, desde Goldschmidt, é forçoso admiti-lo.

A delimitação do direito processual material supõe a análise do conceito do processo e também de suas relações ou semelhanças com o direito substancial. Já se afirmou que a possibilidade de litígio é algo de conatural à toda ordenação e que as normas processuais se dirigem predominantemente, mas não exclusivamente, a órgãos do Estado.

A medida, portanto, em que se criam deveres éticos às partes, tais deveres pertencem ao processo, mas são, por igual, mandamentos de conduta. Constituem eles uma "Lebensordnung" e conseqüentemente se inserem no direito material processual. Reduzem, por igual, os poderes dos figurantes na relação processual, que, na conformidade de uma concepção estritamente liberal, teriam autonomia sobre a matéria do litígio, impondo-lhes, por exemplo, o dever de veracidade, ou mais amplamente, os de agir conforme a boa-fé. A autonomia das partes integra assim a disciplina ou o âmbito do princípio do contraditório. Quanto maior for a autonomia das partes, tanto menor serão os poderes do juiz na condução do processo.

O aspecto que tem servido para obscurecer o exame do princípio da controvérsia é o da perene contraposição entre processo inquisitório e o em que impera o contraditório. Não é habitualmente examinada a existência de formas mistas, e a concepção de processo que poderiam ensejar.

Aliás, os processualistas, no geral, preocupam-se sobretudo com o problemas dogmáticos da disciplina, com o que se poderia chamar de cúpula do edifício processual, mas não atentam, salvo raras exceções, para os fundamentos vitais em que ela se embasa.

Neles estão o princípio do contraditório e o da livre apreciação, que plasmam o caráter político-jurídico do processo, revelam a sua filosofia, e até mesmo a inclinação cultural. Seria suficiente, para esse efeito, ponderar os critérios legais destinados a aferir a verdade processual: se for importante a prova testemunhal, aumentam as regras penais a respeito do falso testemunho. Caso contrário, desoneram-se os juizes com uma sumária análise da prova, porque, é forçoso convir, a maioria dos particulares não realiza seus atos jurídicos pensando como deveria prová-los em juízo, muitas vezes não os produzindo em documento.

O Código de Processo Civil (21) exara a regra de que compete às partes e seus procuradores expor os fatos em juízo, conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defensas cientes de que são destituídas de fundamentos; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

O dever de veracidade provém do Código de Processo Civil austríaco (22), transferindo-se posteriormente para o Código de Processo Civil germânico (23). As disposições do nosso Código de Processo Civil são entretanto, mais amplas, do que as disposições similares dos Códigos anteriormente referidos.

A interpretação do art. 14 de nosso Código de Processo Civil não é, entretanto, matéria despida de dificuldades. Cuida-se de saber até que ponto o direito material processual, no qual sobressaem os deveres de veracidade e de agir conforme a boa-fé, limita o princípio da contro-

(21) Art. 14.

(22) § 178

(23) § 138

vérsia e conseqüentemente a autonomia das partes no processo. Absoluta autonomia não é de admitir-se, e o abuso processual tem de ser reprimido severamente. Todavia, quando se trata de fazer a exegese do dever de veracidade e o da boa-fé corre-se o risco de limitar totalmente a autonomia das partes. Parece que esta posição, tanto quanto à primeira, não pode ser admitida. É fácil concluir que a solução estaria numa posição intermediária.

Entretanto, não adianta muito em termos de ciência do direito afirmar que duas posições não são corretas, quando não se consegue fixar os limites daquela que se adotou. Tanto mais importante é a conclusão, quando se cuida de precisar limites de conceitos éticos, substanciais, dependentes de concreção, e, por isso mesmo, de conteúdo não inteiramente definido.

Não se pode perfilhar a opinião de Paul Natz (24) de que, em face de dispositivos que consagram o dever de veracidade, não há liberdade de disposição das partes, quanto aos fatos a serem levados a juízo. Eles teriam de ser verdadeiros e, segundo o § 138 do ZPO germânico, completos.

Não se poderiam mencionar fatos lacunosos, com o fito de favorecer à parte.

A concreção do dever de veracidade, levada a extremos, no campo processual, tenderia a "tutelar" o comportamento dos figurantes em juízo, e a dar ao juiz uma posição extremamente forte dentro do processo. Aliás, quando, por lei de 27 de outubro de 1933, se exarou o princípio constante no § 138 do ZPO houve profunda reação porque, aplicado em toda a sua amplitude, se deveria concluir que as partes já não teriam o poder de disposição sobre o conteúdo do processo.

Para chegar a esta solução seria necessário atribuírem-se ao juiz outros poderes, superiores, aliás, aos que lhe foram conferidos pelos arts. 125 e segs. do Código de Processo Civil. O princípio da con-

(24) Die Verhandlungsmaxime, Ein Beitrag zur Zivilprozessreform AcP 23 (NF), pág. 287.

trovérsia foi, no que ele tem de essencial, mantido. Claro é que estão proscritos todo o tipo de abuso processual. As formas ativas são mais atingidas pelo preceito vedatório do que as omissivas.

Assim é que as partes não devem expor fatos em juízo que não estejam conformes com a verdade, levando-se em conta as diferentes perspectivas e o subjetivismo inerente à auto-apreciação dos fatos.

Não são obrigadas a expor outros ou maior número de fatos, ou circunstâncias, além dos que já haviam mencionado, ou submeter-se a outras provas que não as requeridas (25). Tudo isto depende do arbítrio das partes.

Autores há que entendem não haver sentido na pesquisa da verdade apenas formal. A que se deve perseguir teria de ser sempre a real; e se para isso houvesse necessidade de armar os juizes com maiores poderes, o perigo seria ainda menor do que tê-los como mero assistentes do debate processual, sem lhes conceder a oportunidade de decidir segundo a verdade material, porque somente a proteção dos direitos privados realmente existentes interessa à coletividade.

Já se viu, porém, para que lugares levam estas teorias, quando não se atenta para o fato de que os princípios processuais são também garantias da liberdade, contra o arbítrio dos órgãos dos três poderes do Estado. A posição do juiz no processo contencioso, tal como regulado no Código de Processo Civil, não é mais a do processo estritamente liberal, mas também não o armou de poderes iguais aos do juiz do processo de jurisdição voluntária. Tornou-se muito importante o direito processual material e conseqüentemente novos poderes foram delegados, ou tomaram nova dimensão os que já lhe haviam sido cometidos pelo anterior Código de Processo Civil. Não cabe aqui mencionar todos os poderes de que estão investidos. Resta, porém, um juízo de valor a respeito deste aspecto capital da reforma. Ela suporia juizes com uma certa inclinação, em face do processo, e uma disponibilidade de espírito e de tempo, para manejá-lo convenientemente. Como os processos se avolumam,

(25) G. Böhmer, op. cit., pág. 113.

e não há tempo para uma participação vital no drama forense, há o risco (sem uma reforma da estrutura judicial dotada de fins precisos, de que os dispositivos mais importantes caíam em imediato desuso.

É necessário, também, preparar os juizes para aplicação do novo Código de Processo Civil, pois as normas se dirigem preponderantemente a eles.

6. Prova e direito internacional privado:

No nosso direito interno, a questão de saber o que é direito substancial ou processual em matéria de prova tem menor importância prática, porque a legislação sobre direito privado e processual é federal. Ao direito internacional privado interessa o problema, pois é preciso qualificar a natureza jurídica do preceito para fins de aplicação do direito estrangeiro.

Se determinado preceito for qualificado como de direito processual, ainda que no País cuja legislação se cuida de aplicar seja havido como pertencente ao direito material, não incide o direito estrangeiro, pois as regras processuais se submetem à "lex fori". A qualificação, portanto, de certas regras como de direito material ou processual ganha importância no direito internacional privado. Mais complexa ainda é a solução quando houver preceitos de "natureza dúplice", que sejam de direito processual e de direito material.

Não se pode ter uma visão radical do direito material ou do direito processual, e não admitir a existência de figuras mistas. Sob esse ângulo, o problema do art. 141 do Código Civil, que é regra sobre processo — como já se mencionou várias vezes — e ao mesmo tempo indiretamente disposição sobre forma (direito material), torna-se extremamente importante.

As figuras do direito material e do direito processual não constituem uma substância (Substanzbegriff), sem nenhuma comunicação,

pois há algumas que pertencem a ambas as esferas. Aliás, há no direito civil, para exemplificar, conceitos que são de direito obrigacional e real, como a "dominificação" de certas relações de créditos, resultante, no geral, da eficácia do registro de imóveis. O exemplo comum de um ato jurídico dotado de natureza mista é o pré-contrato registrado. Em consequência, há quem sustente não importar tanto, para classificação, o conceito de substância, mas o de função (Funktionsbegriff) que certas relações jurídicas têm de exercer para disciplinar eficientemente certas relações sociais (26).

Ernst Rabel salienta a importância para efeitos de qualificação, da regra do art. 141 do Código Civil brasileiro, e dos outros ordenamentos romanísticos que dispuserem de modo igual, para aplicação dos princípios do direito internacional privado (27), pendendo para sua natureza processual.

Parece-me que se deve obedecer, no caso, ao critério de predominância do aspecto processual, pois visa-se desonerar o juiz de uma verificação mais ampla da controvérsia, função esta que levou à edição do preceito.

Ainda outro argumento leva à mesma conclusão: a impossibilidade de provar não atinge nem ao plano de existência, nem ao de validade dos negócios jurídicos, mas, apenas, a mero elemento da eficácia, à acionabilidade.

Para chegar a esta conclusão, aplicou-se não só o critério da "lex fori" que é o prevalente na praxe (28), mas também o esposado pelos autonomistas, isto é, o daqueles autores que sustentam que o direito internacional privado possui conceitos próprios, libertos dos da "lex

(26) vd. Olof Brunn, Die Rechtsstellung des Vermächtnisnehmer, AcP 154 (1955), pág. 144.

(27) Op. cit., I, pág. 112. No direito inglês desde o caso Leroux v Brown (1852), afirma-se a natureza processual de regras que exigem prova escrita para contratos acima de certa tarifa (Graveson, Conflict of Laws (London, 1960) pág. 397)

(28) Alexander N. Makarov, Internationales Privatrech und Rechtsvergleichung, in Rondini, Inchieste di Diritto Comparato II (1973) pág. 477.

fori". Como se sabe quem primeiro adotou essa posição autonomista foi o próprio Ernest Rabel. Aliás, este parece ser o critério correto quando no direito interno o preceito estiver inscrito tanto no direito substancial, quanto no direito processual.

Examinando-se sob este ângulo a natureza da regra que exclui a prova testemunhal para contratos de valor superior a determinada taxa, fora dos conceitos da "lex fori", ainda assim se chegaria à conclusão de que é de direito processual e não de direito material, porque ela limita um princípio universalmente aceito como de direito processual, muito embora muitas legislações estrangeiras a tenham no elenco das disposições de direito substancial.

AS "CONDIÇÕES DA AÇÃO" E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

WALTER EDUARDO BAETHGEN

Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da U.F.R.G.S. Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado no foro de Porto Alegre.

1. O Código de Processo Civil dispõe, no artigo 267 e seu inciso VI, que o processo se extingue, **sem julgamento de mérito**, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Já no artigo 301, inciso X, o Código põe a cargo do réu o ônus de, na contestação, **antes de discutir o mérito**, alegar a "carência de ação".

E no artigo 268:

"Salvo o disposto no art. 267 n. V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação."

A idéia das "condições da ação" não é nova (1) mas, no Código, a sua formulação é baseada em LIEBMAN, embora a redação do artigo 267, VI, admita outras condições, além das três clássicas que são enumeradas.

Não é de estranhar essa filiação a LIEBMAN face à escola formada pelo eminente professor italiano, quando de sua permanência no Brasil, lecionando na Faculdade do Largo de São Francisco. Entre os seus alunos, dos mais brilhantes por certo, formou-se o autor do projeto, Professor Alfredo Buziad.

Mas, sem dúvida, o novo Código, no particular, merece mais detido exame, para um perfeito enquadramento do problema.

2. LIEBMAN expôs sua concepção da ação em conferência pronunciada na Universidade de Torino a 24 de novembro de 1949 e, dedicada a Carnelutti, foi transcrita nos "Scritti Giuridici in onore di F. Carnelutti" vol. II, págs. 425 a 454, com o título "L'Azione nella Teoria del Processo Civile". Foi reproduzida, ainda, com o mesmo título, no volume de 1950, páginas 47 a 71, da Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Recentemente, foi incorporada aos "Problemi del Processo Civile", págs. 22 a 53.

A teoria de LIEBMAN parece-nos filiada à lição de EMILIO BETTI (2), constituindo uma tentativa, não dizemos de conciliação, mas de adoção das teorias do direito abstrato de agir, sem fugir a certos conceitos próprios das teorias opostas, do direito concreto de agir. Isto é também perfeitamente explicável, eis que LIEBMAN, por sua vez, foi aluno de CHIOVENDA, e difícil será a quem ouviu e sentiu o mestre, desfazer-se totalmente de suas idéias.

3. Não é demais, portanto, recordar as linhas gerais da teoria de LIEBMAN.

Para o emérito Professor ordinário da Universidade de Milano e diretor da "Rivista de Diritto Processuale", os pontos de vista do autor e do réu são contrastantes mas se colocam num mesmo plano e apresentam como que duas visões de um mesmo objeto (3).

O mesmo, entretanto, não acontece com o juiz que opera num plano superior ao das partes.

Daí se infere a consequência de que, no plano do direito material, as relações se situam e se refletem em duas dimensões, enquanto que, no plano do direito processual, é preciso determinar também uma terceira dimensão.

Observa LIEBMAN que as divergências doutrinárias em torno do conceito da ação derivam justamente do plano desde o qual é analisada. (4)

Ora, a única solução possível é a visão unitária do direito. O denominador comum das diversas teorias é a relação entre direito e ação. Mas não dois direitos diversos e sim o **direito em dois sentidos diversos**.

Adotando a lição de PEKELIS (5) observa que "direito subjetivo e ação não são dois direitos diversos pela diversidade de seu conteúdo e da sua direção, mas ao contrário, constituem o **direito em dois sentidos diversos**" (6)

Não se pode aceitar, portanto, segundo o eminente processualista, nenhuma concepção da ação que venha a dar o primado quer ao direito subjetivo, quer ao direito de ação.

Não adere LIEBMAN à posição do direito concreto de agir, mas também faz críticas à teoria abstrata, em sua forma tradicional. Admite que haja um poder abstrato, mas genérico e indeterminado, sem relação com um suposto concreto (consequência imediata e direta da capacidade jurídica geral). Mas isto, segundo pensa, não é ação, e sim a sua base, o seu pressuposto de direito constitucional. (7)

A ação — define LIEBMAN — é a situação subjetiva consistente no poder de atuar a condição em virtude da qual o órgão do Poder Judiciário se põe em movimento, segundo o direito processual, dentro de um sistema de regras internas que disciplinam a função daquele órgão. (8)

Ação e sujeição são correlativas, ambas conexas com o exercício da atividade jurisdicional. Também o autor, propondo a ação, está sujeito aos efeitos do processo.

Considerada a ação, segundo LIEBMAN, como direito subjetivo instrumental (9), dirige-se ela contra o Estado, embora não ocorra uma obrigação do Estado, justamente porque a ação é instrumental, meramente impulso ou iniciativa para o desenvolvimento daquilo que é função pública própria do Estado, no exercício da qual o próprio Estado é interessado. (10)

O conteúdo da ação será, então, a verificação do efeito consistente no ato ao qual o Estado condiciona o exercício efetivo do poder jurisdicional.

Assim, somente o autor é o interessado em propor a ação. Mas, uma vez proposta a ação, coincidem o interesse do autor e o interesse do Estado. (11)

Para Liebman a ação não é concreta porque o juiz apreende os fatos segundo a sua convicção e aplica a lei segundo a interpreta.

O caráter abstrato, porém, não vai entendido como nas teorias correntes a respeito (12). Ou melhor: LIEBMAN entende que a ação não compete a qualquer um. Ao contrário, ela deve referir-se a um pressuposto de fato determinado e exatamente individuado. (13)

Revela neste particular o eminente processualista a sua filiação à tese de BETTI que condiciona a ação a “una concreta ragione fatta valere in giudizio”. (14)

A ação é, pois, condicionada a certos requisitos, que devem verificar-se, caso a caso, a saber, o interesse de agir, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica. (15)

Na falta de qualquer uma destas condições, ocorre a chamada “carência de ação” e o juiz deve negar-se a prover sobre o mérito. Neste caso — afirma LIEBMAN — não há um verdadeiro exercício de jurisdição, mas somente o uso das formas para chegar-se àquele resultado preliminar que impede e exclui o verdadeiro exercício da função jurisdicional. (16)

4. A teoria de LIEBMAN, como toda a tentativa de conciliar o inconciliável, sofreu as críticas irresponsáveis que lhe foram opostas, destacando-se a do eminente Professor VICTOR FAIRÉN GUILLÉN, da Universidade de Valencia (17), e, entre nós, a do Prof. CALMON DE PASSOS, cuja posição doutrinária é conhecida. (18)

Negando LIEBMAN o caráter jurisdicional a toda a atividade que se desenvolve no processo e da qual resulta a carência de ação, está negando, do mesmo passo, o caráter jurisdicional da chamada “sentença meramente processual” ou “sentença inibitória” na terminologia do direito espanhol.

Nega o caráter jurisdicional de atos que efetivamente se realizaram no processo, como integrantes da relação processual, e em decorrência da incidência da lei processual que os previa *in abstracto*.

No processo brasileiro atual, tudo o que se fizesse no processo até a sentença que decreta a sua extinção por algum dos motivos do artigo 267, VI, não seria atividade jurisdicional.

Neste caso cabe apelação. Mesmo que a carência seja decretada *initio litis* (artigo 295, incisos I, II, III e parágrafo único, inciso III),

ainda assim cabe a apelação, citando-se o réu especificamente para contraditá-la (art. 296). Pode a causa ir, eventualmente, até o Supremo Tribunal Federal e, segundo LIEBMAN, não terá havido jurisdição.

O eminente mestre italiano não explica, porém, de que natureza seriam os atos praticados no processo, face à incidência da lei processual.

De modo que, face a esta conclusão, a crítica que, em resumo, se faz a LIEBMAN é a mesma que se faz à teoria do direito concreto de agir: seria necessário construir duas teorias gerais do processo civil, duplicando-se inutilmente o tema, a saber:

(a) processos a base de ação, quando se verificam as condições;

(b) processos sem jurisdição e sem base em ação (19) quando, em certo momento, se verifica faltarem as condições.

Tudo isso, porém, levaria a um absurdo, pois não haveria a possibilidade de se saber, *a priori*, qual a teoria aplicável a certo caso, eis que somente dentro da relação processual é que se teria a oportunidade de verificar a existência ou inexistência das condições da ação.

5. Mais recentemente, em trabalho datado de 1966, o Professor FAIRÉN GUILLÉN nos informa que, felizmente, LIEBMAN teria voltado atrás neste particular. (20)

Esta retificação, entretanto, não nos parece muito perentória já que, ao aditar a reedição do famoso “verbete” de PEKELIS, no *Novissimo Digesto Italiano*, edição de 1957, vol. II, páginas 46 e 47, nada esclarece a respeito de tal mudança de opinião.

Ainda, ao editar, em 1962, a coletânea de trabalhos sob o título “*Problemi del Processo Civile*”, fez LIEBMAN incluir na mesma, o trabalho já acima citado, ou seja, *L’Azione nella Teoria del Processo Civile*, que ocupa naquela coletânea as páginas 22 à 53, e onde, à página 47, repete a afirmação de que quando falta qualquer das condições da ação, não há verdadeiro exercício de jurisdição, repetindo que as chamadas condições da ação são pressupostos para o exercício do poder jurisdicional. (21)

Note-se mais que os "Problemi", segundo nota introdutória dos editores, constituem "la testimonianza di una fedeltà e di un assiduo lavoro durato lo spazio de trentacinque anni".

Já em seu Manuale di Diritto Processuale Civile, volume I, acrescenta uma série de observações bastante ilustrativas.

Assim, à página 35:

"Questo potere d'agire è il presupposto e la garanzia costituzionale che rendono sicuro l'esercizio dell'azione, tutte le volte che se ne presenti la necessità. Ma quando dell'azione manchino i requisiti, il giudice deve rifiutarsi di esaminare la domanda nel merito, la potestà giurisdizionale non ha ragione di essere **ESERCITATA** e il meccanismo processuale ha girato a vuoto, senza dar luogo ad alcuna pronuncia sulla domanda."

À página 37:

"Perciò l'azione, oltre ad essere un diritto strumentale, perché è soltanto il diritto al provvedimento giurisdizionale, cioè al mezzo che deve procurare la tutela, non alla tutela stessa; è anche un diritto in cui è implicito un elemento ipotetico e aleatoria, perché si esercita a proprio rischio, con un risultato che sarà conforme al proprio interesse soltanto se concorreranno tutte le altre condizioni volta per volta necessarie e per se stesse estranee all'azione."

À página 39 do mesmo "Manuale" conclui muito perentoriamente:

"L'azione dipende perciò nella sua existência da alcuni requisitos constitutivi, che si chiamano "condizioni dell'azione" e che é necessario individuare con precisão."

E inicia o trabalho para a individuação e precisão dos conceitos ensinando:

"Le condizione dell'azione, poco fa menzionate, sono l'interesse ad agire, la legittimazione e la possibilità giuridica. Esse sono, come già accennato, i requisiti di existência dell'azione, e vanno perciò accertate in giudizio (anche se, di solito, per implicito) preliminarmente all'esame del merito. Solo se ricorrono tutte queste condizioni, può considerarsi esistente l'azione e sorge per il giudice la necessità di provvedere sulla domanda, per accoglierla o respingerla. Esse possono perciò anche definirsi come le condizioni di ammissibilità del provvedimento sulla domanda, ossia come condizioni essenziali per l'esercizio della funzione giurisdizionale nei riguardi di una concreta fattispecie dedotta in giudizio" (pag. 40)

Poder-se-ia entender que, este último período, LIEBMAN está admitindo que as condições da ação somente constituem pressupostos para o exercício da jurisdição, naquilo que tange à decisão de mérito, o que não afastaria um exercício de jurisdição também quando o juiz nega-se a pronunciar-se sobre o mérito, pela não ocorrência, no caso, de qualquer das condições.

Essa interpretação colocaria a doutrina de LIEBMAN, no particular, dentro da verdade dos fatos.

6. Nosso posicionamento é mais radical: entendemos inseparáveis os conceitos de ação, jurisdição e processo (salvo, evidentemente, aqueles chamados "processos" que pelo próprio conceito não são jurisdicionais).

A ação é direito constitucional amplo e garantia de liberdade do indivíduo (Constituição Federal, art. 153 inc. IV). O exercício do direito de ação provoca o nascimento da relação processual (a formação do processo, diz o artigo 263 do Código de Processo Civil) na qual o Estado, na pessoa do órgão próprio, se obriga à prestação jurisdicional.

O processo, portanto, é consequência inarredável do exercício do direito de ação. Proposta a ação, tudo o mais se resolve dentro da relação processual e com eficácia de ato jurisdicional: se ocorrerem, ou não, as chamadas "condições da ação", é algo que o juiz vai decidir dentro do processo formado e sua decisão, conforme o caso, terá a eficácia

de determinar o prosseguimento do processo ou a extinção do mesmo. Sempre, porém, com eficácia de ato jurisdicional, de ato emanado do poder jurisdicional do Estado.

Enfim, é no processo que se decide sobre o próprio processo.

Estes conceitos, postos assim sem qualquer intuito de elaboração sistemática, tem o efeito de lembrar que, sc em 1877 DEGENKOLB afirmava que era preciso encontrar uma teoria da ação baseada em critério único, que explicasse tanto a ação julgada procedente como aquela julgada improcedente (22), hoje o problema é mais amplo eis que, no conceito odierno de ação é preciso estabelecer um critério único, científico, que explique tanto a ação julgada procedente, a ação julgada improcedente, e, ainda, aquela que origina processo que termina sem que o juiz sequer se pronuncie sobre o mérito do pedido do autor.

Esta terceira espécie é ocorrência de todo o dia: a lei processual a regula amplamente (art. 267 do Código de Processo Civil). Nela a função do juiz é a mesma que desenvolve quando resolve o mérito: aplica a lei (processual) ao caso; ou, em outras palavras, estabelece a regra particular para o caso (a pretensão do autor) tendo como instrumentos a lei processual que incide e o fato na lei previsto *in abstracto*. O processo é, ainda aqui, expressão de uma **realidade jurídica**, mesmo quando o juiz, tomando a norma processual como “juízo de valor” relativa ao modo de ser dessa realidade, profere a sentença *meramente* processual. (23)

7. Passemos à tentativa de melhor precisar o nosso pensamento, antes de concluir sobre a interpretação dos artigos 267, VI e 268 do Código.

A teoria do direito abstrato de agir deve supor, modernamente, dois elementos:

(A) o **direito de ação** — fundamental, com base constitucional, que permite o acesso de qualquer um ao Poder Jurisdicional do Estado para obter, pelo meio do direito processual, a cessação de um estado de insatisfação, mediante o recebimento pelo Estado, o encaminhamento pelos meios do processo e a solução de uma pretensão processual. (24);

(B) a **afirmação de ter direito** e de pretender, através do processo, um determinado efeito jurídico conseqüente ao direito afirmado (pretensão processual).

Os dois elementos são inseparáveis, tanto assim que o direito de ação se manifesta e concretiza, operando a “formação” do processo (artigo 263 do Cód. de Proc. Civil) com a entrega da petição inicial e esta, a petição inicial, instrumento do exercício do direito de ação, tem como requisito, além do pedido, a indicação “do fato e do fundamento jurídico do pedido” (artigo 282, III e IV do Cód. de Proc. Civil).

Assim, temos na petição inicial:

(a) a indicação dos fatos, ou melhor, a **afirmação** de ter ocorrido um determinado pressuposto de fato ao qual se refere a lei, em abstrato, fazendo dele decorrer um efeito jurídico;

(b) a indicação do fundamento jurídico do pedido, ou seja, a **afirmação** da norma legal, ou outra fonte de direito, que prevê o fato afirmado e os efeitos jurídicos decorrentes.

O **pedido** (art. 282, IV, Cód. de Proc. Civil) contém todo o efeito jurídico específico que o autor pretende obter do Judiciário por via do processo, **face à AFIRMAÇÃO de ter direito**.

É o que se denomina a “pretensão processual”, ou seja, a **afirmação de ter direito e querer obter pelo processo os efeitos dele decorrentes**.

Manifestando — ou declarando — a “pretensão processual” ao órgão específico do Estado, pelo instrumento que é a petição inicial, o indivíduo (25) exercita o direito de ação (art. 153 inciso IV da Constituição Federal).

Do exercício do direito de ação nasce a relação processual que contém em seu bojo a **pretensão processual**, como objeto do processo, ou seja, como aquilo sobre que vai se pronunciar o juiz.

Os dois elementos — ação e pretensão — são indistacáveis, pois sempre que se exercita o direito de ação, se pede ao Judiciário as conseqüências jurídicas de algo que se **afirma** ser o próprio direito.

Por outro lado, a "pretensão processual" somente tem eficácia se veiculada em juízo através do instrumento da petição inicial, com o exercício do direito de ação. (26)

Pouco importa se a pretensão corresponde, ou não, a uma **CONCRETA** relação de direito material. Para a explicação do processo e do direito de ação, basta que se **AFIRME** uma relação de direito e se peça o reconhecimento e a efetivação, por sentença, dos efeitos dessa relação jurídica até então meramente afirmada.

O processo forma-se (considera-se proposta a ação, diz o artigo 263 do Cód. de Proc. Civil) com a simples apresentação da petição inicial: o seu despacho ou a sua distribuição. São mínimos, assim, os requisitos para a formação da relação processual. (27)

Formado o processo, isto é, estabelecida a **relação processual** (28), o Estado, o autor e o réu estão desde logo vinculados a ela e às suas conseqüências. E também os terceiros intervenientes, como litisconsortes ou oponentes.

O autor, pelo seu próprio ato de afirmar direito e pedir as conseqüências jurídicas dele emanadas.

O réu, porque a relação de direito, embora simplesmente afirmada, é relação interindividual, e o Estado não poderia tornar certo se deve, ou não, ocorrer a conseqüência jurídica pretendida pelo autor, a não ser com a presença, na relação processual, da outra parte interessada. Porque a conseqüência jurídica, acaso declarada na sentença, vai operar na esfera jurídica alheia. É o réu desde logo vinculado, antes mesmo da citação, porque há efeitos jurídicos processuais que se operam, a seu cargo, independentemente da citação. Os efeitos do artigo 219, entretanto, é que somente se produzem após a citação (art. 263). E além dos efeitos do artigo 219, também o efeito processual principal do chamamento para a participação na relação processual. (29)

Mas a vinculação, *latu sensu*, é desde a formação do processo, pois somente assim se explicam todos os atos que se praticam, inclusive com eficácia executiva, com influência direta na esfera jurídica do réu, antes da citação. (v. gr. a reintegração liminar na posse, artigo 928 do Cód. de Proc. Civil).

O Estado se vincula ao processo como devedor da prestação jurisdicional, por efeito de regra constitucional que está em caráter amplíssimo no artigo 153, inciso 4.º da Constituição Federal (30) norma

esta que constitui todo o fundamento do direito de ação, com o direito do indivíduo de acesso ao órgão específico do Estado para obter a solução de tudo aquilo que o indivíduo entenda e afirme ser o seu direito. Outras normas constitucionais completam o quadro da definição do processo como "garantia constitucional"; do processo, enfim, como garantia da liberdade do indivíduo (31). A razão última desta regra constitucional está na vedação da justiça privada, encarada primitivamente como constituindo o direito do indivíduo de defender o seu direito pela própria força (32) e hoje vedada em lei, salvo casos especiais, e caracterizada no Código Penal como delito. (33)

Se o Estado veda ao indivíduo o exercício arbitrário das próprias razões; se lhe retira o "agir", no sentido comum da palavra; tem de lhe dar em troca o "direito de ação" através do qual o indivíduo que não pode mais "agir" tem o direito de fazer o Estado "agir". (34)

Formada a relação processual pelo exercício do direito de ação ("proposta a ação", no sentido do artigo 263 do Cód. de Proc. Civil) o Estado coloca-se nessa relação em posição de **sujeito passivo**, devedor da prestação jurisdicional: — o Estado tem a obrigação jurídica de dar sentença, embora, com a vedação da justiça privada e a moderna elaboração do conceito de soberania, não se tenha o Estado obrigado a dar sentença de **determinado conteúdo**, nem sequer a dar sentença de mérito. (35)

Pode concluir-se que, mesmo sendo a jurisdição função própria do Estado, tem este o dever de julgar e, conseqüentemente, responde quando falta a esse dever. (36)

A jurisdição encarada do ponto de vista do **DEVER** do Estado, não exclui, porém, a sua perspectiva, essencial para a explicação do processo e da sentença, da mesma jurisdição como emanção do "imperium", como **PODER** de julgar.

2.ª PARTE

8. A conotação **jurisdição como PODER-DEVER do Estado** é de suma importância para a compreensão do processo na sua totalidade.

A jurisdição, assim como é **DEVER** do Estado frente ao indivíduo, é, ao mesmo tempo, função própria do Estado — **PODER** — um dos meios do Estado atingir a sua finalidade institucional (37), mas função essa:

- (a) que o Estado somente exerce através do processo; com a nota característica de que;
- (b) o processo somente se forma através da iniciativa da parte (arts. 2 e 262 do Cód. de Proc. Civil). (38)

O exercício do direito de ação, que impulsiona a atividade jurisdicional do Estado, significa também **sujeição** ao processo, ou seja, sujeição em termos de vinculação das partes às conseqüências da sentença que venha a ser pronunciada sobre a **pretensão** (sentença de mérito), mas também sujeição ao próprio direito processual que incide.

Daí a conseqüência de que o processo pode extinguir-se (dir-se-ia melhor: terminar) de dois modos, o que está, de resto, explicito nos artigos 267 e 269 do Cód. Proc. Civil, a saber:

- (a) sem julgamento de mérito;
- (b) com julgamento de mérito.

A possibilidade de extinguir-se o processo sem julgamento de mérito e, não obstante, ocorrer no caso o cumprimento da prestação jurisdicional do Estado, com atendimento (39) da pretensão processual, decorre justamente da jurisdição encarada como PODER.

Quando o Estado é chamado a pôr fim ao estado de insatisfação do indivíduo, convém seja observado o devido processo legal (due process of law).

Dizemos convém, porque as regras de processo nem sempre são cogente: em muitos casos elas se impõem em obediência a princípios de ordem pública; mas muito comumente, atingido o fim sem a observância da regra processual, o processo vale e é eficaz (art. 244 do Cód. de Proc. Civil).

De qualquer modo o Estado, face ao seu "imperium", impõe uma forma (40) a ser observada pelo indivíduo que exercita o direito de ação para obter a prestação jurisdicional. Reserva-se o Estado, também, o poder de dizer quando tal forma será imprescindível ao ponto de, não observada, resultar sentença nula; e quando poderá ser relevada, dentro ou fora da relação processual, ao ponto de, não observada, o vício ser encoberto pela sentença, ou resultar sentença válida mas rescindível, ou, mesmo, resultar sentença totalmente válida.

A análise dessa forma legal, apresenta os seguintes aspectos:

- (a) Formas que dizem respeito à próxima existência do direito de ação em exercício.
- (b) Formas relativas à maior ou menor perfeição do processo para atingir o seu fim.
- (c) Formas pelas quais se insere a "pretensão processual" no processo, tornando-a apta a ser declarada conforme ou não conforme com o modelo previsto, **in abstracto**, pelo direito objetivo.

As primeiras se referem a algo anterior ao processo, ou seja, apontam os defeitos que impedem a formação do processo. Como o processo se forma com o despacho da petição inicial ou a sua distribuição, onde houver mais de uma vara (art. 263 do Cód. de Proc. Civil), nesta primeira etapa bastam as formas mínimas que levem ao despacho da petição ou a sua distribuição.

São requisitos para a formação do processo, ou, em outras palavras, para o exercício do direito de ação, a petição inicial escrita (no processo civil) contendo a afirmação de ter direito e o pedido, endereçada a órgão jurisdicional.

CALMON DE PASSOS acrescenta o requisito da capacidade de ser parte (41). Nem sempre a incapacidade de ser parte impede a formação do processo e muitas vezes ter, ou não, capacidade de ser parte é matéria amplamente discutida dentro do processo formado e sujeito à solução jurisdicional.

Formado o processo, com o despacho da petição inicial ou a sua distribuição, tudo passa a acontecer dentro da relação processual e mediante o exercício da atividade jurisdicional do Estado.

O simples despacho indeferitório da petição, por inépcia, por exemplo, é regido, como fato que aconteceu, pela lei processual que o previu. E há eficácia jurídica, inclusive de poder o autor apelar e dever, em tal caso, ser chamado o réu a contraditar a apelação. E a apelação deverá subir ao Tribunal para ser julgada. (arts. 295 e 296 do Cód. de Proc. Civil).

Daí por diante, estabelecem-se como que "degraus" dentro do processo, galgando-se os quais pode chegar-se à situação em que o juiz deverá pronunciar-se sobre o mérito. São situações de cargas e expect

tativas (42) contidas dentro da relação processual global. São fatos que ocorrem; atos que se praticam ou deixam de praticar-se. O processo abandona a perspectiva estática da relação jurídica, para assumir os aspectos dinâmicos das situações processuais e cinemáticos dos fatos processuais sucessivos visando um fim comum.

Estes requisitos de "progressão" até a possível sentença final têm sido classificados como envolvendo as duas categorias, a saber:

- (a) pressupostos processuais; (43)
- (b) condições da ação.

Em essência, não há diferença entre ambos: são, como já se mencionou, requisitos que a lei declara **convenientes** para a boa marcha do processo e para que este evolua no sentido de permitir a sentença de mérito.

A distinção entre ambas as categorias está em que, no tocante aos pressupostos processuais, cogita-se de observar formalidades de perfeição do próprio processo, especialmente para a garantia das partes; enquanto que as condições da ação dizem respeito a algo diferente, ou seja, ao modo pelo qual se inseriu a pretensão processual dentro do processo.

Em seu julgamento o juiz não declara a existência ou inexistência de **situações substanciais**, mas verifica a existência ou a falta de **AFIRMAÇÃO DE UMA SITUAÇÃO TUTELAVEL** (CORRADO FERRI, Rivista di Diritto Processuale, 1966, pág. 424; MANDRIOLI, La rappresentanza nel processo civile, pág. 66 e segs.)

As chamadas "condições da ação" constituem, assim, pressupostos relativos à pretensão processual e ao modo de sua inserção no processo.

Como o objeto do processo é uma **AFIRMAÇÃO** de ter direito e desejar os efeitos jurídicos decorrentes do direito afirmado (pretensão processual), a lei processual regula o modo pelo qual essa **AFIRMAÇÃO** e esse pedido de produção de efeitos devem ser postos no processo.

A expressão "condições da ação" é usual, mas, no sentido do Código, não pode assumir o aspecto extremo de referir-se a pressupostos de "existência" do "direito de ação", mas, apenas, a pressupostos para a obtenção da sentença de mérito.

Ou isso é certo; ou aderimos à noção de que não há jurisdição quando se pronuncia a "carência de ação"; ou, finalmente, admitimos atividade jurisdicional provocada por algo mais que não seja o exercício do direito de ação.

9. No Código —artigo 267, VI — diz-se que o processo se extingue, **sem julgamento de mérito**, quando não concorrer qualquer das condições da ação, ou seja, no caso da chamada "carência de ação". (44)

Parece-nos perfeita a construção do Código, negando a qualidade de mérito às condições da ação.

Vejamos: — quando alguém, promovendo a ação, faz **afirmação** de ter direito e de querer, através de sentença, a produção dos efeitos jurídicos específicos de tal direito afirmado, o **julgamento de mérito** é aquele pelo qual o juiz declara (põe a claro) que a afirmação do autor e os efeitos desejados correspondem exatamente aos que a regra jurídica incidente estabeleceu **in abstracto**.

Mas, note-se, declaração essa, do juiz, derivada da verificação da efetiva ocorrência do suporte fáctico afirmado e da constatação de que a regra jurídica, que o juiz conhece (*Iura novit curia*), faz derivar do fato verificado, a consequência jurídica específica pedida pelo autor. (45)

É como se a **PRETENSÃO PROCESSUAL**, objeto do processo, fosse um determinado "modelo". O mérito seria a verificação se esse "modelo" se encaixa no "modelo" legal, ou o "modelo" previsto da norma jurídica.

Já a decisão sobre as "condições da ação" não se preocupa com o pressuposto de fato, **senão enquanto constitui ele mera "afirmação"**. Não vai além. Não **constata**, pelo sistema probatório, se na realidade aquilo que é afirmado é também real, concreto. O julgamento sobre as "condições da ação" toma como objeto **apenas a afirmação** do autor, e, não havendo assim juízo sobre a sua correspondência ao modelo legal, não se pode falar em julgamento de mérito (46)

A finalidade do julgamento sobre as "condições da ação" é, assim, o de constatar se a "pretensão processual" foi inserida, como objeto, na relação processual, de modo a possibilitar o futuro exame de sua

concordância — o seu “encaixe” — com o modelo legal. É um juízo, segundo certa doutrina italiana, sobre se a pretensão pode ser “acolhida” ou “admitida” como matéria ou objeto do processo.

O tema permanece no campo do processo, porque as “condições da ação” são previstas na lei processual (V. gr. o artigo 3, sobre o interesse processual; o artigo 6, sobre a *legitimatío ad causam*; os artigos 282, III e 129, sobre a possibilidade jurídica).

A decisão sobre as “condições da ação”, portanto, é aplicação de lei PROCESSUAL que incide, sobre fato ocorrido, que é a afirmação do autor.

10. No artigo 267, VI, dizendo o Código:

“quando não concorrer qualquer das condições da ação, COMO a possibilidade jurídica, a legitimidade e o interessa processual”,

deixou claro que as três categorias mencionadas não esgotam todas as condições da ação.

Como a falta das condições tem a denominação técnica de “carência de ação” (47) — expressão, de resto, adotada no Código, artigo 301, inciso X — chegamos à conclusão que a carência de ação pode ser motivada pela falta da ocorrência da possibilidade jurídica, da *legitimatío ad causam*, do interesse processual OU de outras condições não expressamente mencionadas no Código.

A jurisprudência foi pródiga, principalmente logo após a promulgação do Código de 1939, em definir casos de “carência de ação”, embora aquele Código não eontivesse a sistemática tal como se apresenta no atual.

Por isso, ocorreram erros, tais como de considerar caso de carência de ação o julgamento sobre a prescrição. (48)

Outras condições apareceram: a falta de objeto (49); a falta de título de propriedade na reivindicação (50); a prematuridade do direito pleiteado (51); o fato de se tratar de contrato de prazo inferior a cinco anos na renovatória de locação (52); a falta de título de propriedade na ação de imissão na posse (53); a carência da ação executiva (54) a impropriedade da ação (55); a falta de documento fundamental (55-A).

Cabe à jurisprudência, assim, caso a caso, a análise das hipóteses em que possa ocorrer a falta de “condição da ação” e a definição, como tal, de certas circunstâncias que dizem respeito à admissibilidade da “pretensão processual”, apta a ser objeto de futuro julgamento de mérito.

11. No tocante às condições nominadas, ou seja, as três clássicas de LIEBMAN, que o Código adotou expressamente no artigo 267, VII, podem ser assim definidas:

— a possibilidade jurídica é o enquadramento, em abstrato, da pretensão processual no ordenamento jurídico (56);

— a legitimidade a que se refere o inciso VI do artigo 267, é a *legitimatío ad causam*, ou seja, a correspondência, na pessoa que pede em juízo, ou frente a quem se pede, da sua qualidade de sujeito ativo ou passivo, respectivamente, na relação de direito material afirmada (57). O problema da *legitimatío ad causam* é sumamente complexo, pois ocorrem os casos vários da chamada “legitimação extraordinária”, inclusive a “substituição processual”. Aqui nos interessam porém, somente as linhas gerais do instituto. (58)

— finalmente, o interesse processual é a necessidade da tutela específica pleiteada (59). Também oferece sérios problemas teóricos o chamado “interesse processual”. Mas, em suas linhas gerais, basta a idéia de que está o instituto intimamente ligado ao elemento “tutela específica”, ou seja, a utilidade do pronunciamento pretendido para a satisfação da pretensão do autor. (60)

12. Dispõe o artigo 268 do Código de Processo Civil que, salvo o caso do inciso V do artigo 267, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação.

O que impede a possibilidade de êxito de nova ação sobre a mesma pretensão é a circunstância desta ter sido objeto de decisão que tenha DECLARADO corresponder a afirmação do autor, ou não corresponder a afirmação do autor, a uma relação jurídica concreta. É essencial, portanto, para que ocorram os efeitos impeditivos da coisa julgada material que, além da coisa julgada formal (isto é, ter havido a terminação da relação processual de que se cogita) some-se mais o ele

mento de DECLARAÇÃO suficiente na sentença, que torne juridicamente certo que aquilo que o autor afirmou como sendo o seu direito ou (a) é realmente o seu direito; ou, (b) não é seu direito.

Entenda-se: se alguém afirma em juízo ser titular de determinado direito e pede as conseqüências jurídicas que a norma jurídica faz derivar desse direito afirmado, se o juiz chega a pronunciar-se a respeito **declarando** que o autor tem razão (é procedente aquilo que pede) ou não tem razão (improcede aquilo que pede), ocorre com a sentença, não mais sujeita a recursos, a chamada coisa julgada material. Razões de interesse público levam a ditar a regra segundô a qual a pretensão uma vez decidida, não o será uma segunda vez. São, ainda, razões de ordem prática — a necessidade da estabilidade das relações jurídicas — que justificam o princípio da coisa julgada material. Já SAVIGNY (System, VI, 259) dizia que o instituto da coisa julgada **nada tem de absoluto ou de necessário**. Rigorosamente, com efeito, pareceria um critério de maior justiça permitir sucessivos exames da questão em conflito, com a tendência ao aperfeiçoamento sempre crescente da decisão. (61)

A estabilidade das relações jurídicas, entretanto, principalmente daquelas que foram levadas ao exame do Judiciário, determina a adoção de critérios pelos quais se impede, em regra, os sucessivos exames da mesma pretensão. É o mesmo princípio, de resto, que justifica a existência de prazos prescricionais e de decadência. (62)

Ora, constituindo as chamadas “condições da ação” pressupostos que dizem respeito tão somente à correta inserção da pretensão processual na relação de processo, o seu julgamento não leva a uma declaração se a afirmação, contida na pretensão, corresponde ou não ao modelo prescrito, em abstrato, na lei, ao ponto de poder o juiz declarar que procede, ou improcede, a pretensão.

Não poderia a lei, assim, pela falta de qualquer das condições, impedir a propositura de nova ação, ou, como diz o Código, obstar “a que o autor intente de novo a ação”.

13. Esta expressão “o autor intente de novo a ação” bem demonstra que o Código está filiado à teoria do direito abstrato e que as condições

da ação não são, na verdade, condições de “existência” do direito de ação, mas apenas condições para a admissibilidade de um pronunciamento de mérito.

Por outro lado, não havendo na decisão referida no artigo 268 — salvo a do inciso V do artigo 267 — nenhum elemento **declaratório** sobre a correspondência entre a pretensão afirmada pelo autor e uma relação jurídica concreta, não se cogita, no artigo 268, de nenhum problema relacionado com a coisa julgada material.

Permite-se que, ocorrida embora a **extinção do processo** pela falta de alguma das condições da ação, venha o autor a usar novamente do direito constitucional de ação, aberto o acesso ainda ao Poder Judiciário, para formular **novamente** a pretensão, mediante afirmação de ter direito.

É evidente que, se desejar colocar-se em **situação** favorável no sentido de obter sentença de mérito, deverá corrigir o erro acaso havido na inserção da pretensão na relação anterior, extinta. Ou fazer referência a outro fato; ou invocar direito que tenha sido posteriormente promulgado. Enfim, a vida oferece uma infinidade de circunstâncias através das quais poderá vir o autor novamente a juízo com oportunidade de, já então, ser considerada “admissível”, em tese, a sua pretensão.

Certas circunstâncias, como a legitimatio e o interesse, podem **não ocorrer** em um momento e **ocorrer** em momento seguinte.

Outras, como a possibilidade jurídica, podem no futuro depender de lei nova que venha a acolher como direito aquilo que antes era desprezado.

Se o autor, entretanto, repetir pretensão de modo idêntico à anterior, poderá ocorrer que venha novamente a ver extinta a relação processual sem julgamento de mérito, pela carência de ação.

“Intentar de novo a ação”, no artigo 268, para nós significa, dentro da sistemática anteriormente exposta, que o direito de ação é, evidentemente, sempre o mesmo (direito de acesso ao judiciário) podendo variar a pretensão processual, segundo as novas circunstâncias **de fato ou de direito**, ou mesmo, segundo a vontade do autor.

Perfeitamente enquadrada, portanto, dentro da melhor doutrina, a nosso ver, a posição doutrinária, espelhada no artigo 268 do Código de Processo Civil. (63)

3.^a PARTE

14. Tanto os pressupostos processuais como as chamadas “condições da ação” são elementos tendentes à constituição de um direito à sentença de mérito; são etapas que se vencem, situação por situação, no sentido da parte colocar-se na melhor das expectativas relativamente à sentença de mérito.

O autor deve observar as condições da ação, se desejar colocar-se, dentro da relação processual, em situação favorável para obter sentença sobre a pretensão.

O réu, por sua vez, deverá na contestação, antes de abordar o mérito, a carência de ação (art. 301, X, Cód. de Proc. Civil), ou seja, a falta de alguma das condições da ação.

Em muitos casos, o próprio juiz, *ex-officio*, deve pronunciar a falta das condições. (art. 267, § 3.^o)

Depende o julgamento sobre a falta das condições da ação, portanto, da provocação a respeito, dentro da relação processual: assim como acontece com os pressupostos processuais, a extinção do processo somente ocorrerá se houver:

(a) **exceção do réu**, nos termos do artigo 301, X, do Cód. de Processo;

(b) **pronunciamento ex-officio do Juiz**, face à autoridade que lhe confere o artigo 267 § 3.^o do Código.

Daí se conclui que o direito subjetivo da parte ao **pronunciamento de mérito** é, sem dúvida, por razões de conveniência, subordinado a certos requisitos ou pressupostos que convém sejam cumpridos. Mas também é de concluir-se que a falta de cumprimento nem sempre é relevante para o fim de excluir-se sentença de mérito, válida e eficaz.

Melhor explicando: para que se impeça o pronunciamento de mérito, quando faltam as condições da ação, é preciso que ocorram pelo menos uma das duas circunstâncias acima apontadas, a saber, a exceção, ou o pronunciamento *ex-officio*.

Isso significa que as condições da ação (assim como os pressupostos processuais) para que tenham efetivamente **eficácia extintiva do processo sem julgamento de mérito** (art. 267, *caput*, do Cód. de

Proc. Civil), devem ser, necessariamente, objeto de discussão e declaração, quanto à sua existência ou inexistência, **DENTRO DA PRÓPRIA RELAÇÃO PROCESSUAL**. Essa declaração é, fora de dúvida, pleno exercício de **jurisdição**, pois a extinção de um processo formado somente poderia advir de sentença da mesma natureza daquela que viesse a pronunciar-se sobre o mérito: tanto é ato jurisdicional, cumprimento da prestação jurisdicional do Estado, a sentença que decide sobre a pretensão do autor, como aquela que declara que tal pretensão não está em condições de ser decidida. O nosso sistema processual não distingue, em termos de teoria processual, as duas situações. Ambas envolvem incidência de lei, verificação de fatos, e aplicação de lei. Às vezes, lei processual; outras vezes, lei de direito material. São, ambas, atividades ínsitas à **jurisdição** como poder-dever do Estado, tanto a atividade **in procedendo** quanto a atividade **in iudicando**.

O Código vigente dá tratamento idêntico às duas situações, salvo quanto ao efeito da coisa julgada. Mas a coisa julgada, ao contrário do que tem pretendido ALLORIO, não é o elemento que caracteriza a jurisdição (64) pois muitas sentenças de mérito há que, por deficiência do elemento declaratório, não fazem coisa julgada material. E a elas não se poderia negar o caráter de atos jurisdicionais.

A jurisdição-PODER, — donde deriva a atividade do Juiz **in procedendo**; e a jurisdição-DEVER, donde deriva a atividade **in iudicando**, são substancialmente, atividade jurisdicional, cumprimento, ambas, de função própria do Estado no exercício de sua soberania.

Embora a sentença que extingue o processo pela não ocorrência de qualquer das condições da ação não impeça que o autor venha, de novo, a “intentar de novo a ação” (art. 268), aquela sentença constitui, não obstante, ato jurisdicional, e mais, ato de cumprimento do dever jurisdicional, do Estado, enquanto através do elemento “imperium” contido na jurisdição, aplica a lei processual que incide. (65).

É certo, não se pode negar, que as duas soluções, a saber, a decisão de mérito e aquela que extingue o processo sem julgamento de mérito, têm um significado prático bastante diverso.

Mas as decisões sobre as condições da ação, que se poderiam dizer “*litis ingressum impeditentes*” — supõe também um juízo, não sobre se a pretensão é fundada, ou não, mas sobre a admissibilidade da pretensão naquele dado processo. No dizer de LIEBMAN, é uma decisão

que, embora deixando de lado o mérito, tem sempre um efeito prático próprio que atinge direta e imediatamente o objeto do processo por tornar possível ou impossível um juízo sobre o mérito. (66)

15. EM CONCLUSÃO: Em termos de teoria processual, as chamadas "condições da ação" constituem:

(a) exceção processual, cuja procedência determinará a extinção do processo sem julgamento de mérito e com a possibilidade para o autor de intentar de novo a ação;

(b) impedimento ao prosseguimento do processo, se ocorrer o pronunciamento *ex-officio* do juiz, nos termos do § 3.º do artigo 267 do Código de Processo Civil. Também neste caso poderá o autor intentar de novo a ação. (67)

Em ambos os casos, quer julgando procedente a exceção, quer determinando *ex-officio* a extinção do processo, a sentença é cumprimento de prestação jurisdicional do Estado.

Não ocorrendo a exceção ou o pronunciamento *ex-officio*, — embora ocorra a falta de alguma das condições da ação — a sentença de mérito proferida no processo, conforme o caso, será:

(a) plenamente válida e eficaz, quando o defeito pode ser encoberto pela própria sentença; (68);

(b) válida e eficaz, mas rescindível, se houver incidência de algum dos itens do artigo 485; (69)

(c) nula, em casos extremos, quando ferida a ordem pública. (70)

N O T A S

- (1) HELLWIG, Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig, 1905, págs. 59 e segs.; CHIOVENDA, Istituzioni di Diritto Processuale Civile, Napoli, 1947, I, págs. 59 e segs.
- (2) E. BETTI, Ragione e Azione, in Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 9, 1932, págs. 205 a 237, especialmente pág. 209. Cfr. também, DIRITTO PROCESSUALE CIVILE ITALIANO, Roma, 1936, págs. 63 e seguintes. Consulte-se LIEBMAN, "L'Azione" in Scritti Giuridici in onore di F. Carnelutti, vol. II, pág. 442 notas 1 e 2.
- (3) Scritti cit., pág. 427.

RCGE, Porto Alegre, 4(9): 85-114, 1974

- (4) Scritti cit., pág. 429.
- (5) PEKELIS, Novissimo Digesto Italiano, 1957, voz Azione (Teoria Moderna) págs. 29 a 46 do vol. II.
- (6) Scritti cit. pág. 430.
- (7) Scritti cit. pág. 444.
- (8) Scritti cit. pág. 447: "L'azione è appunto la situazione soggettiva che consiste nel potere di porre la condizione, in virtù della quale l'organo si pone in movimento in obbedienza alle regole interne che disciplinano la sua funzione".
- (9) Scritti cit. pág. 447.
- (10) Op. e loc. cit. A explicação não responde à questão relevante de necessitar uma "função própria do Estado" da iniciativa do indivíduo.
- (11) Scritti cit., pág. 448.
- (12) Especialmente as concepções de DEGENKOLB, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig, 1877 e ALFREDO ROCCO, La sentenza civile, Milano, 1906 (2a. edição em 1962). Entre nós, especialmente a magnífica monografia de CALMON DE PASSOS, A ação no Direito Processual Civil Brasileiro, editora Progresso.
- (13) Scritti cit. pág. 448: "fattispecie determinata ed esattamente individuata".
- (14) BETTI, Ragione e Azione, in Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. de 1932, págs. 205 e segs.
- (15) Enquanto que em CHIOVENDA, sustentáculo da teoria do direito concreto de agir, as condições são a inexistência do direito, a legitimidade das partes e o interesse de agir, em LIEBMAN, passando-se a um campo do direito abstrato, a condição "existência do direito" é substituída pela "possibilidade jurídica".
- (16) Scritti cit., págs. 448/449.
- (17) FAIRÉN GUILLÉN, Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1955, páginas 61 e segs., especialmente páginas 79 e 80.
- (18) CALMON DE PASSOS, A Ação citada, passim., e "Em torno das Condições da Ação — a Possibilidade Jurídica, in Revista de Direito Processual Civil, ed. Saraiva, 4.º volume, 1964, págs. 57 a 66. Ainda, os recentes Comentários ao Código de Processo Civil, Edição Forense, vol. III, pág. 266.
- (19) Processo "sem ação" envolveria uma contradição dentro da própria teoria de LIEBMAN, que define a ação como instrumento para impulsionar a atividade jurisdicional do Estado.

RCGE, Porto Alegre, 4(9): 85-114, 1974

- (20) FAIRÉN GUILLÉN, Temas del Ordenamiento Procesal, Madrid, 1969, Tomo I, página 307, in verbis: "Em nuestro citado trabajo partíamos de la necesidad de demostrar que el derecho de acción siempre llevaba implícito un interés; ello lo hizo necesario especialmente, el hecho de que coetáneamente el Professor LIEBMAN denegaba el carácter de jurisdiccional a cierta actuación de los jueces, declarando la "carencia de acción". la qual nos llevaba al peligro de que no se considerasen como procesos aquellos que terminam con una sentencia de "absolución en la instancia" — posteriormente, el citado Professor y amigo, há rectificado aquella posición —"
- (21) "Condizioni che si richiedono per l'esercizio della potestà giurisdizionale" (Problemi citado no texto, pág. 47).
- (22) DEGENKOLB, Einlassungszwang und Urteilsnorm, págs. 5 e segs. Sobre a visão da ação como direito subjetivo processual garantia essencial do homem vivendo em sociedade. Cfr. MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action en justice, in Archives de Philosophie du Droit, Tomo IX, 1964, págs. 2/5 e segs.
- (23) Sobre a perspectiva "não instrumental" do processo, por nós adotada no texto, cfr. FOSCHINI, Sistema del Diritto Processuale Penale, Milano, 1965, I, pág. 4 e 399 e segs.
- (24) Sobre o conceito de "satisfação jurídica" e, portanto, de estado de insatisfação, veja-se FAIRÉN GUILLÉN, Temas, 1, 355 e seguintes.
- (25) "Indivíduo" *latu sensu*, também o Estado e todos, pessoas ou não, que tenham capacidade de ter direitos na ordem civil (Cfr. artigos 7 e 12 do Código de Processo Civil).
- (26) A "insatisfação", porém, pode cessar por outros meios extra-processuais. A respeito, o notável livro de ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Proceso, autocomposición, autodefensa, México, 1970, *passim*. Como em ciência social lidamos com realidades através de processos de "verbalização" (ORESTANO, in Enciclopedia del Diritto, vol. IV, pág. 812), preferimos reservar o termo "pretensão processual" para aqueles casos em que se impõe o processo, ou pela ocorrência de conflito de interesses; ou por exigência da subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio, mesmo sem resistência, embora essa resistência possa ser afirmada pelo autor; ou, finalmente, naqueles casos de processo necessário. Quanto a estes últimos, cfr. CALAMANDREI, Opere Giuridiche, vol. I, pág. 145; MANDRIOLI, Corso di Diritto Processuale Civile, Torino, 1973, vol. I, pág. 7.
- (27) Consulte-se, a respeito, CALMON DE PASSOS A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro, págs. 48 e 49.

- (28) Falando-se de processo como "relação processual" encara-se o problema apenas sob uma "perspectiva". O processo pode ser também visado como complexo de "fatos jurídicos", notadamente "atos jurídicos"; ou como "situação jurídica", ou complexo de "situações jurídicas". A respeito, FOSCHINI, ob. cit. págs. 14 e segs.
- (29) A participação do réu no processo é a nota característica, de resto, da concepção de DEGENKOLB (Einlassungszwang und Urteilsnorm cit., págs. 4 e seguintes).
- (30) PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969, vol. V, pág. 107: "Direito individual está, aí, pelo que pode ser *res in iudicium deducta*. Dada a existência do art. 75 do Código Civil, que fez corresponder ação a todo direito, a acionabilidade processual dos direitos individuais está assegurada constitucionalmente, não só *in abstracto*, como em termos de garantia de *status quo*. Sobre o judicial control, arts. 119, III, a), b) e c), e 116."
- (31) A respeito do assunto consulte-se ADA PELLEGRINI GRINOVER, As Garantias Constitucionais do Direito de Ação. No direito comparado, as teses insertas no excelente volume orientado por MAURO CAPPELLETTI e DENIS TALLON, sob os auspícios da Unesco, edição bilingüe (Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Milano, 1973). Ainda: GIOVANNI CONSO, Costituzione e Processo Penale.
- (32) CRÉMIEU, La Justice Privée, Son Évolution dans la Procédure Romaine, Paris, 1908.
- (33) Código Penal, artigo 345: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite..." Lei 1.004 de 21.10.1969, art. 359.
- (34) PEKELIS, vb. Azione (Teoria Moderna) in Novissimo Digesto Italiano, vol. II, pág. 33.
- (35) Além das disposições constitucionais citadas (nota 30 *supra*) as leis ordinárias costumam conter disposições definidoras do dever do Estado de julgar, notando-se o artigo 128 do Código de Processo Civil em que se declara que "O juiz DECIDIRÁ a lide nos limites em que foi proposta". A respeito, ensina PONTES DE MIRANDA: "Quando monopolizou a justiça, prometeu (o Estado) prestá-la a quem a tivesse, e também isso não se pode eliminar. Não depende da opinião dos juristas existir, ou não, a pretensão à tutela jurídica. Se não existisse, não teria o Estado dever de julgar; e tem-no. Tem mais: tem a obrigação de julgar, se alguém exerce o direito correspondente àquele dever." (Comentários ao Código de Processo Civil, 2a. edição, vol. I, pág. 175). É sugestivo lembrar que as Convenções Internacionais costumam conter cláusulas como as que se vê no artigo 2.º do Acordo de Garantia de Investimentos entre Brasil e Estados Unidos da América, assinado em Washington em 6 de fevereiro de 1965 e aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 69, de 1965, no qual se diz: "Ressalva-se que por denegação de justiça, nos termos do artigo VI, § 3.º, se en-

tende: a inexistência de tribunais regulares, ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar, de parte da autoridade competente; o retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna." Sobre o panorama histórico da obrigação do Estado de julgar e da responsabilidade dos magistrados consulte-se PERTILE, Storia del Diritto Italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla Codificazione, vol. VI "Storia della Procedura"; e, no direito romano, LABOULAYE, Essais sur les lois criminelles des Romains, 1845.

- (36) O "Correio do Povo" de 5 de outubro de 1973 noticiou que o Estado de Minas Gerais, em cumprimento a decisão do Supremo Tribunal Federal, iria pagar aos herdeiros e à viúva de um dos irmãos Naves, vítimas do famoso erro judiciário do Araguaí, a soma de 72 mil cruzeiros.
- (37) No sentido da impossibilidade de se conceber um direito tendo como objeto uma atividade própria do Estado, cfr. SEGNI, Scritti Giuridici, vol. I, pág. 217, nota.
- (38) O princípio *ne eat iudex sine actore* sofre, em nosso direito processual inexplicáveis exceções. Não somente aquilo que Moniz de Aragão chama de simples "arranhão" (Comentários ao Código de Processo Civil, edição Revista Forense, vol. II, pág. 366) mas algo muito mais grave, por exemplo, no processo do trabalho, em que o artigo 874 da Consolidação das Leis do Trabalho admite o processo de revisão da sentença coletiva por iniciativa do próprio Tribunal que prolatou a sentença; e, mais ainda, no processo penal sumário por contravenção (artigos 26 e 531 e segs. do Código de Processo Penal) ou por delitos culposos de homicídio ou lesões (Lei 4.611 de 2 de abril de 1965) em que a iniciativa pode ser do juiz, através de portaria. Em doutrina, tais disposições que conferem a iniciativa ao juiz para o impulso inicial do processo, são de todo condenáveis. O projeto José Frederico Marques corrige o defeito e postula a regra, no artigo 7.º, de que "Não se admite procedimento criminal *ex officio*. A relação processual penal, para constituir-se, depende sempre de acusação do Ministério Público, nos casos de ação penal pública, ou do ofendido, quando se tratar de ação penal privada." Face ao direito vigente, duas soluções se oferecem. Ou admitir a inconstitucionalidade destas normas que atribuem ao juiz o impulso inicial do processo, por ferirem o princípio da "imparcialidade", que é o dado mais característico da jurisdição; ou admitir que a atividade do juiz, enquanto promove a ação, é atividade administrativa, que cessa logo que o processo está instaurado, passando o mesmo juiz, desvestido já da qualidade de órgão da administração, a exercer, imparcialmente, a jurisdição. É a solução de VANNINI, a que se reporta TOURINHO, Processo Penal, vol. I, pág. 389. Cfr. a respeito, ainda, ANDRIOLI, Appunti di Procedura Penale, pág. 296 e segs.
- (39) Atendimento está no texto no sentido do Estado receber a pretensão do autor, canalizá-la pelos meios do direito processual, e afinal decidir sobre o mérito ou sobre o próprio processo.
- (40) A forma, segundo o belíssimo ensinamento de JHERING, sempre foi, desde os primórdios do direito romano, garantia de liberdade do indivíduo (L'Esprit du Droit

Romain, trad. Meulenaere, Tomo III, § 50, pág. 163 — edição anastática da edição de Paris 1886-1888) A página 164 lê-se a frase famosa: "Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la soeur jumelle de la liberté."

- (41) A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro, pág. 48.
- (42) GOLDSCHMIDT, Der Prozess als Rechtslage, Berlin, 1925, págs. 146 e segs.; Teoria General del Proceso, Madrid, 1936, págs. 64 e segs.
- (43) Para o nosso ponto de vista sobre a Teoria dos Pressupostos Processuais cfr. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, ano 1971, págs. 143 a 149.
- (44) No direito italiano, embora discutível o problema, segundo o ponto de vista prevalente sobre o conceito de ação, a idéia predominante é a de conferir eficácia de coisa julgada ao pronunciamento sobre as "condições da ação". Cfr. a respeito o excelente estudo de CORRADO FERRI, da Universidade de Pavia, "Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata" in Rivista di Diritto Processuale, vol. XXI, 1966, especialmente pág. 423. Cfr. também BATTAGLINI-NOVELLI, Codice di Procedura Civile, Milano, 1971, pág. 436.
- No direito norte-americano as decisões interlocutórias não têm efeito de coisa julgada, embora possa ocorrer o caso em que se decida sobre a jurisdição com vinculação das partes ao decisório. Cfr. HARVARD LAW REVIEW, vol. 65, ano 1952, pág. 835: "Interlocutory decrees and orders ordinarily have no res judicata effect, although a judgment upon such an order may dispose of the suit, as on the ground that the court lacks jurisdiction of the subject matter, and will bind the parties, by way of direct estoppel, on the specific point decided" (Williams v. Jackson, 1941). Quanto à posição da jurisprudência espanhola, consulte-se GORDILLO, Concepto del Derecho Procesal, pág. 50, nota 57.
- (45) Nem por isso deve equiparar-se a sentença de mérito, ato eminentemente humano, a um frio raciocínio de lógica formal. A respeito consulte-se: CALAMANDREI, La genesi logica della sentenza civile, in Opere Giuridiche, vol. I, pág. 11 e segs. CALOGERO, La logica del Giudice e il suo controllo in cassazione, Padova, 1937; CORRADO VOCINO, Sulla c.d. "attuazione della legge" nel processo di cognizione, in Studi in onore di Enrico Redenti, vol. II, págs. 589 a 692.
- (46) Neste particular, discordamos da crítica do Prof. CALMON DE PASSOS em seu escrito "Em torno das Condições da Ação — A Possibilidade Jurídica" in Revista de Direito Processual Civil, vol. n.º 4.º, 1964, págs. 57 a 66, quando não vê, (pág. 62) diferença substancial entre o pronunciamento a respeito do que foi "afirmado" e o pronunciamento a respeito do que foi "provado".
- (47) LIEBMAN, "L'Azione" in Scritti citado, II, 448: "Mancando una di queste condizioni, si ba quella che, con esatta espressione tradizionale, si qualifica di carenza di azione".

- (48) Houve desde logo a tendência a emendar o erro, cfr. ALEXANDRE DE PAULA, O Processo Civil à luz da Jurisprudência, vol. XXVI, ementas 33.381-A e 33.381-B.
- (49) Ob. cit. ementa 33.396-J, vol. XXVI.
- (50) Ob. cit. ementa 33.397, vol. XXVI.
- (51) Ob. cit. ementa 31.651-I, vol. XXIV.
- (52) Ob. cit. ementa 32.124, vol. XXIV.
- (53) Ob. cit. ementa 32.391-A, vol. XXV.
- (54) Ob. cit. ementas 33.285-D, vol. XXVI e 31.631-C, vol. XXIV.
- (55) Ob. cit. ementas 31. 553, vol. XXIII e 31.656, vol. XXIV.
- (55-A) Ob. cit. ementas 31.647, vol. XXIV e 31.674, vol. XXIV.
- (56) "Possibilità giuridica, che è l'ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale" (LIEBMAN, Scritti cit. pág. 448. Ainda: BUZOID, Agravo de Petição, p. 88, nota 21.
- (57) "Legittimazione ad agire, che è l'appartenenza dell'azione a colui che la propone e in confronto alla controparte". (LIEBMAN, ob. e loc. cit.)
- (58) Cfr. LOPES DA COSTA. "A Carência de Ação, especialmente com relação à Legitimação para a Causa" in Revista de Direito Processual Civil, ed. Saraiva, 1962, vol. 3.º, págs. 3 e segs.
- (59) "Interesse ad agire, che è l'interesse dell'attore ad ottenere il provvedimento domandato" (LIEBMAN, ob. e loc. cit.)
- (60) Cfr. MONIZ DE ARAGÃO, Comentários ao Código de Processo Civil, ed. Revista Forense, vol. II, págs. 439 e segs.
- (61) CHIOVENDA, Ensayos de Derecho Procesal Civil, vol. III, pág. 194.
- (62) É elemento essencial para a caracterização da coisa julgada material que a sentença tenha **DECLARADO** (posto a claro) e **DEFINIDO** a pretensão do autor, após um processo regular que permita ao juiz elementos para aquela declaração e definição (cognição suficiente), elementos estes bastantes para o juiz dizer que a **AFIRMAÇÃO** do autor, contida na inicial, corresponde, ou não, ao "modelo" previsto em abstrato no ordenamento jurídico. Ai onde a lei processual não ofereça tais elementos ao juiz, a sentença, embora de mérito, não faz coisa julgada material. Sobre o

assunto, além dos excelentes ensinamentos de PONTES DE MIRANDA (Tratado da Ação Rescisória), consulte-se: FAIRÉN QUILLÉN, Temas cit., vol. II, pág. 827, in verbis: "No habiendo sido la cognición completa, la cosa juzgada tampoco puede serlo; el litigio no ha sido resuelto por completo sino en un plano limitado." Ainda, HARVARD LAW REVIEW, vol. 65, pág. 836, nota 121: The typical judgment on the merits is entered after a full trial of the issues through pleadings, presentation of evidence and arguments by both sides". No mesmo sentido, LIEBMAN, Sobre el juicio ejecutivo, in Estudios en honor de Hugo Alsina, pág. 400. Em nosso direito é explícita a respeito a regra do artigo 468 do Cód. Proc. Civil.

- (63) As opiniões variam a respeito do problema de constituirem, ou não, as condições da ação matéria de mérito. É evidente que a solução depende, antes de tudo, da posição doutrinária adotada face ao próprio conceito de ação. Veja-se acima a nota 44. A incerteza quanto à orientação por vezes reflete-se em um mesmo autor. Assim, PONTES DE MIRANDA, na 1.ª edição de seus Comentários ao Código de Processo Civil (de 1939), diz o seguinte: "A falta de interesse (art. 2.º) ou a própria ilicitude não é para ser apreciada in limine; é matéria de mérito; diz respeito ao direito material; entra na classe das merita causae; a declaração quanto àquela falta ou àquela ilicitude pertence à procedência da ação: é prejudicial metida no mérito, inseparável dele" Edição Forense, 1949, vol. V, pág. 247. — Já na 2.ª edição, edição Forense, 1949, vol. V, pág. 247. — Já na 2.ª edição, edição Forense, 1960, vol. XI, pág. 366, ensina o seguinte: "A falta de interesse (art. 2.º) (aliter a ilicitude) é para ser apreciada in limine; não é matéria de mérito; não diz respeito ao direito material; não entra na classe dos merita causae; a declaração quanto àquela falta não pertence à procedência da ação; não é prejudicial metida no mérito, inseparável dele". Sobre o problema, com amplas citações, consulte-se BUZOID, Agravo de Petição, págs. 81 e segs. e CALMON DE PASSOS, A ação, cit., págs. 42 e segs. Para a análise da coisa julgada da sentença que decide sobre a "legitimatio" especialmente MONACIANI, Azione e Legittimazione, p. 324.
- (64) ALLORIO, Problemas de Derecho Procesal, B. Ayres, 1963, vol. I, pág. 15: "La idea de la jurisdicción en sentido propio, o sea de la jurisdicción de declaración de certeza, inseparable de la presencia del efecto declarativo, que identifico con la cosa juzgada, ausente, por el contrario en la administración."
- (65) De resto, alguns autores admitem como incluídos no objeto do processo os pressupostos de admissibilidade da demanda. Segundo HABSCHIED, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, p. 147, a afirmação processual (Verfahrensbehauptung) constitui parte integrante do objeto do processo. Contra: HENCKEL, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg, 1961, pág. 194. Sobre a teoria do objeto do processo, mais amplamente, veja-se BLOMEYER, Zivilprozessrecht, Berlin — Göttingen — Heidelberg, 1963, págs. 196 e segs.; SCHWAB, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, München, 1954, passim NIKISCH, Zivilprozessrecht, Tübingen, 1950, § 42, p. 161; e especialmente, no sentido do texto, LENT, Zeitschrift für Zivilprozess, 65, 318.

- (66) LIEBMAN, "Parte" o "capo" di sentenza, in Rivista di Diritto Processuale, vol. XIX, 1964, pág. 54.
- (67) Espelha a disposição citada a prevalência da jurisdição como poder, como acontece em outros casos, como, por exemplo, o do artigo 129.
- (68) Assim, a não ocorrência do interesse processual, despercebida a matéria dentro da relação processual, leva a sentença de mérito que encobre o defeito. O mesmo pode acontecer, em certos casos, com a falta de legitimatio ad causam, dada a complexidade com que se apresenta, na vida, essa condição.
- (69) A falta de possibilidade jurídica, na maioria dos casos, despercebida na relação processual, dará lugar a sentença de mérito válida, mas rescindível pela causa do artigo 485, V, do Cód. Proc. Civ. Tal seria o caso de cobrança de dívida de jogo, assim AFIRMADA na inicial.
- (70) Em casos excepcionais, como, v. gr., o pedido de divórcio a vínculo, a impossibilidade jurídica não declarada na relação processual levaria ao resultado de sentença nula, por ferir a ordem pública (art. 175 § 1.º da Constituição Federal).

A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Juiz Substituto de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da U.F.R.G.S.

1. Nota introdutória
2. Autocomposição e heterocomposição da lide; Conciliação e jurisdição
3. Natureza jurídica da conciliação
4. Questões de interesse prático na exegese dos artigos 447 e seguintes do novo CPC
5. Advertência final

1. Era da tradição luso-brasileira a tentativa de conciliação, como diligência prévia à propositura da demanda: Ord. Filip., L. 3.º, tít. 20, § 1.º, com a expressa menção à conveniência de as partes não gastarem "suas fazendas", pois "o vencimento da causa é sempre duvidoso"; Const. do Império, art. 161, estatuinto a obrigatoriedade da diligência preliminar, confiada aos juizes de paz; Regul. 737, de 1.850, arts. 23 e seguintes.

A República, pelo Decreto 359, de 1.890, extinguiu a obrigatoriedade da tentativa conciliatória, inclusive pelo argumento de que a prática teria revelado a onerosidade do instituto, sua inutilidade como instrumento de composição dos litígios.

Em vários Estados, contudo, a conciliação foi mantida em caráter facultativo, geralmente confiado à Justiça de paz. No Rio Grande do Sul, a lei n.º 10, de 16 de dezembro de 1.895, decretada por Júlio de Castilhos (Lei de Organização Judiciária), dispunha competir aos então juizes "districtaes" o "homologar dentro de sua alçada os compromissos entre pessoas capazes de contractar" (art. 74, § 2.º). Tradicionalmente os sucessivos Códigos de Org. Judiciária de nosso Estado têm atribuído aos juizes de paz dos distritos rurais o "conciliar as partes que espontaneamente recorrerem ao seu juízo", atribuição esta aliás que, pela inteira ausência de qualquer forma processual, não ultrapassa os limites da mera mediação amigável e não ingressa, destarte, no plano jurídico.

A legislação trabalhista restaurou em 1932 a tentativa de conciliação em nosso direito positivo, em caráter obrigatório; a lei 968/1949 veio a impô-la também nas ações de desquite litigioso e de alimentos, aqui como pressuposto processual.

O novo Código de Processo Civil trouxe a tentativa conciliatória como instituto do direito processual comum, em caráter cogente e como ato inicial da audiência, nos seguintes termos:

"Art. 447 — Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento."

Note-se que a conciliação **prévia** cedeu passo (de acordo com a orientação atualmente prevalente nos países de mais sedimentada cultura jurídico-processual) à conciliação **no curso do processo**. O simples apelo à concórdia lançado pelo Juiz de Paz, geralmente bisonho em matéria jurídica, é substituído pela atuação diligente do próprio juiz da causa, em intervenção "direta ao litígio, que o esclareça e ilumine, mostrando até que ponto podem ser razoáveis as pretensões de cada um dos litigantes" (Alberto dos Reis, Cód. de Proc. Civil Anotado, Coimbra, 1950, v. III, p. 174). Chama Chiovenda a atenção (Instit. de Dir. Proc. Civil, v. II, n.º 142, p. 39, trad. port. por G. Menegale) em que tauto maior será a "probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a au-

toridade da pessoa que a tenta." E adverte Carnelutti, ressaltando a diferença entre a simples **mediação** e a **conciliação judicial**, que nesta o objetivo visado é uma composição **justa** do litígio, sob pena de degradação da função do juiz interveniente (Sistema, v. I, n. 59, p. 203/205 da ed. esp. de 1944).

Refletindo sobre a conciliação, ou melhor, sobre a tentativa de conciliação como instituto processual, surge uma série de indagações, algumas de marcante interesse prático. Qual sua natureza jurídica? Ao tentar a conciliação, e, se exitosa, ao homologá-la, pratica o juiz ato de jurisdição contenciosa, ou de mera jurisdição voluntária? O comparecimento à audiência configura, para as partes, uma obrigação processual, ou quicá um ônus? Podem as partes fazer-se presentes apenas através de advogados com poderes bastantes? As partes devem ser intimadas pessoalmente, ou poderão sê-lo através de seus procuradores ou mediante nota de expediente, ou poderão sê-lo através de seus procuradores ou mediante nota de expediente no Diário da Justiça? Quais as conseqüências do não comparecimento de algum, ou de todos os litigantes, à audiência? Quais as conseqüências, quanto à validade do processo, da ausência da tentativa conciliatória? Pode o juiz intentar a conciliação apenas com as partes, ou a presença do advogado será indispensável à regularidade do ato?

Em primeiro lugar, assinalamos que a conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a **autocomposição** e a **heterocomposição** da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a **equidade** (Giuseppe de Stefano, "Contributo alla Dottrina del Componimento Processuale", p. 20; Carnelutti, ob. cit., p. 203; Cód. Proc. Civil de Portugal, art. 509, item 1: "Aberta a audiência, o juiz procurará conciliar as partes, tendo em vista uma solução de equidade"), embora não possa por certo o magistrado fazer prevalecer sua concepção de equidade a ponto de recusar homologação ao acordo, relativo a direitos disponíveis e sem cláusula ilícita, avençado pelas partes (Liebman, "Risoluzione convenzionale del processo", in Riv. dir. proc. civile, 1932, I, 284).

A doutrina tradicional e majoritária encara a conciliação como um **negócio**, confiado à autonomia privada; os autores mais modernos inclinam-se em considerá-la como forma de atuação da **jurisdição** contenciosa, pela analogia funcional entre conciliação e sentença: "Il componimento chiude il processo e sostituisce la sentenza" (Liebman, rev. cit., pg. 272 e seg.). Segundo o novo CPC — "Art. 449: O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença."

A conciliação, é certo, tem em comum com a jurisdição quer o ponto de partida como o de chegada: a existência de uma lide e, pois, de partes em conflito (na jurid. voluntária, por definição inexistente o contraditório entre partes — Fred. Marques, "Jurisd. Voluntária", § 19, item 2.); e, como resultado comum, visam a composição do litígio, o que é o mesmo fim, nem mais nem menos, visado pela sentença de mérito (Carlo Nicoletti, "La Conciliazione nel Processo Civile", p. 134). Conciliação e sentença apresentam, assim, este dado fundamental comum, de que agem simultânea e imediatamente "Sulla lite e su processo" (Nicoletti, ob. cit., pág. 157).

Assinalam alguns, como ponto distintivo fundamental, que na conciliação o conteúdo do ato resolutorio da lide não provém, em última análise, da vontade do Estado mas sim da vontade das partes: seria, destarte, a conciliação uma "zona extrema, o di confine, della giurisdizione contenziosa" (Mostara, "Comentario", III, Milano, ns. 9, 11 e 12) em suma um "equivalente jurisdiccional", na classificação carneltutiana (Sistema, I, n. 59).

Sob outro ângulo, uma primeira corrente considera a conciliação um mero ato processual, de todo submetido às normas do direito processual.

Entendem outros a conciliação como instituto de direito substancial, em nada diverso, pois, do negócio material concluído fora do processo.

Posições intermediárias reconhecem na conciliação aspectos substanciais e processuais ao mesmo tempo para alguns, tais aspectos apresentam-se dissociáveis e, inclusive, o aspecto substancial pode faltar de todo (hipótese da conciliação inexitosa); outros aceitam uma concei-

ção unitária do fenômeno, tese dominante na Alemanha. Em sua monografia, já citada, Stefano adota a primeira posição intermediária, com prevalência do negócio substancial, e esta parece a posição mais conforme com o atual direito brasileiro.

O conteúdo do negócio substancial é variado. Comumente apresenta-se como uma transação, mas também é possível a conciliação através da renúncia do autor à pretensão, ou o reconhecimento do pedido por parte do demandado. Os efeitos processuais revelam-se constantes: ou a determinação de prosseguimento do processo, se inexitosa a tentativa conciliatória, ou a cessação da litispendência (salvo se parcial o acordo substancial) e a concessão de executoriedade ao acordo (CPC, art. 584, III), quando exitosa a gestão do juiz. (Ressalvo, aqui, a conciliação (ou melhor, a reconciliação) nas causas de direito de família, que apresenta características peculiares). Tais efeitos processuais derivam, no direito brasileiro, não imediatamente do negócio material entre as partes, mas sim da homologação pelo juiz, sob a forma de sentença (CPC, art. 269, II, III e V).

A conciliação diverge da transação pelo seu caráter de ato praticado **no curso do processo**, mediante a iniciativa e com a intervenção do magistrado; por seu conteúdo substancial, nem sempre implicado em recíprocas concessões; pelas conseqüências de ordem processual. Estas últimas, entretanto, podem ser comuns à transação avençada diretamente pelas partes **fora do processo**, e comunicada ao juiz ora como causa de cessação do objeto do litígio, ora para obter a homologação e a executoriedade do acordo que estabeleça prestações a serem cumpridas.

Para os sujeitos do processo, a participação no ato processual conciliatório constitui uma obrigação, ou um ônus? Ao Juiz, o promovê-lo é uma obrigação, e a tentativa conciliatória deve desenvolver-se não só em sua presença, mas com sua ativa participação. "Il giudice si trova investito dell'obbligo di procedere alla conciliazione", segundo Nicoletti em comentando o art. 185 do CPC italiano, neste ponto análogo ao nosso: "Se la natura della causa lo consente, il giudice istruttore, nella prima udienza, deve cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorre, la loro comparizione personale."

As partes, no entanto, não estão obrigadas a comparecer, não prevendo nosso CPC nenhuma "sanctio juris" para a hipótese de inobservância da "determinação" (vide art. 447) do juiz (Fred. Marques, art. na "Tribuna da Justiça" de 10.04.74), nem sequer a multa prevista no CPC português (art. 508, n. 2) ou no antigo CPC francês (art. 56), nem qualquer consequência no plano procedimental ou probatório. A pena de confissão, esta refere-se à ausência da parte intimada para prestar depoimento pessoal (art. 343, § 2.º), não apenas para a conciliação. Em suma: a "determinação" do juiz, prevista no art. 447, a que as partes compareçam para a tentativa de conciliação, constitui mero convite, cujo desacolhimento não representa ilícito nem ônus processual, assim inteiramente resguardada a plena opção dos litigantes em obter a sentença de mérito.

Na ausência de qualquer das partes (salvo se não intimadas), o juiz não deve marcar nova data para tentar a conciliação, nem poderá determinar a presença sob vara do litigante remisso; deverá, isto sim, haver a tentativa por inexitosa e mandará prosseguir no feito, consignada em ata a ocorrência (1.º T. Alç. Cível de S. Paulo, 6a. Câmara, ap. 202, 862, ac. de 07.05.74). Na hipótese de litisconsórcio, quando não presentes todos os litisconsortes, há que verificar se unitário ou não o litisconsórcio, para adequada aplicação do art. 48 do CPC.

Tenho por jurídico que o comparecimento de advogado, com poderes bastantes para transigir, renunciar e reconhecer (art. 38), é bastante para que o juiz esteja vinculado ao dever processual de promover a tentativa conciliatória: "para que o ato fosse considerado pessoalíssimo, seria necessária disposição legal expressa" (F. Marques, art. cit.).

Parece razoável a orientação dos magistrados que têm por presente a parte, **pessoa jurídica**, mediante o comparecimento a juízo de preposto credenciado pelo órgão presentante da pessoa jurídica. Mas o preposto, ou o advogado, deverão dispor dos devidos poderes.

O juiz não poderá determinar o afastamento do advogado durante as gestões conciliatórias. Se tal conduta era lícita ao tempo em que o magistrado eventualmente tentava a conciliação em caráter apenas

"oficioso", não o é agora em que a diligência é ato processual, sendo um direito da parte o manter-se acompanhada e orientada por seu procurador judicial. Neste sentido recomendação do Simpósio promovido, em agosto pretérito, pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Problema difícil de solucionar, máxime pelas repercussões de ordem prática, é o de saber se a parte deve ser intimada **pessoalmente**, ou se poderá sê-lo na **pessoa do advogado** com poderes bastantes. Aceito a segunda solução: a) ao dispor sobre a conciliação, o CPC não repete a norma do art. 343, pela qual na hipótese de depoimento pessoal "a parte será intimada pessoalmente"; b) a intimação pessoal pode revelar-se numerosas vezes muito difícil, como quando numerosos os AA. e/ou os RR., ou quando residentes em outra comarca ou, quiçá, no exterior; c) o objetivo da conciliação é resolver de pronto a lide, e não o de propiciar o adiamento das audiências e demora no andamento do feito. Assim, a parte pode ser intimada na pessoa de seu procurador, quando **dotado de poderes bastantes**, e inclusive por nota de expediente no órgão oficial (art. 236).

Qual a consequência processual da omissão da tentativa conciliatória prevista no art. 448? A meu sentir, a disponibilidade da pretensão de direito material, "direitos patrimoniais de caráter privado" é impenitativa da sanção de nulidade. Se o juiz, de ofício ou por provocação de parte, notar a omissão antes de prolatada a sentença, creio deva providenciar, embora com atraso, em realizar o ato processual postergado. Se, entretanto, a omissão for suscitada somente após prolatada a sentença, então a composição jurisdicional da lide superou qualquer possibilidade de buscar, com a conciliação, uma composição negocial da mesma lide. Incidem à espécie os princípios básicos sobre nulidade: quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade (como é o caso), o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo (através da sentença), lhe alcançar a finalidade (a composição da lide). É o art. 244 do CPC. De outra parte, o ato não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta, quando não prejudicar a parte (art. 249, § 1.º); ora, nenhuma das partes poderá, proferida a sentença, pretender que seu prejuízo (= sua sucumbência) total ou parcial será minorado com a anulação do processo para a realização da tentativa conciliatória, pois a parte adversa não irá, quando menos na generalidade dos casos, abrir mão

de expectativas cuja procedência já fora reconhecida. Reporto-me ao magistério de Galeno Lacerda sobre nulidade, in "Despacho Saneador", Cap. IV, n. 6 e Cap. V, n. 8.

Problema altamente interessante é o relativo à conciliação ("rectius", reconciliação) nas ações de desquite, como providência pré-processual (lei 968/49); e à dupla conciliação prevista no curso da ação de alimentos (lei 5.478/68), extensiva (?) às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento (art. 13). O assunto, com vistas ao disposto no art. 447, § único, do novo CPC, poderá ser objeto de próximo comentário.

Temos por oportuno, ao fim, renovar a expressiva advertência: "O juiz pode sentir a tentação de se servir da tentativa conciliatória para se eximir ao estudo e julgamento da causa, sobretudo quando esta seja difícil, delicada e complexa; mas é necessário que saiba defender-se contra esta tentação, de modo a não ultrapassar, nos esforços e diligências empregados, a linha de compostura e correção, que deve ser timbre impecável do magistrado judicial" (Alberto dos Reis, ob. cit. p. 178).

Agindo diversamente, a própria finalidade da conciliação restaria iludida, e uma excessiva freqüência de conciliação seria indício de um difuso ceticismo e de uma latente crise da Justiça.

A NOVA TERMINOLOGIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas.

1. A "Exposição de Motivos" do Anteprojeto (ns. 14 e 15) e a do "Projeto" de 1972 (ns. 6 e 7), aquela na Parte II, Capítulo I, item II, e a última no Capítulo III, item II, dedicam especial atenção à "Terminologia" do novo diploma. Entre os casos citados, que preocuparam o prof. ALFREDO BUZAD, autor daqueles dois trabalhos, como exemplos do propósito de "aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica" — foram apontadas as palavras "lide", "instância" e "cautelar".

2. A primeira — "lide" — passou a ser usada só "para designar o mérito da causa"; a segunda — "instância" — foi "eliminada"; e a última — "cautelar" — foi mantida (embora não existindo no idioma nacional, como adjetivo, mas, apenas, como verbo, já caído, em desuso), em face de nossa tradição doutrinária e dos precedentes dos Códigos de Processo Civil Português, Italiano, Argentino e Uruguaio, como é salientado nas duas "Exposições" acima referidas. (*)

(*) — Apesar de a originária "Exposição de Motivos" ter afirmado, de modo categórico, que "outra expressão equívoca, que o Anteprojeto eliminou, é instância" (item n. 14), o termo, porém, apareceu diversas vezes: arts. 562; 564, parágrafo segundo; 568; 583; 588; inclusive na epígrafe do Capítulo VIII, do Título X, do Livro I. O "Projeto" de 1972, entretanto, não manteve o lapso, que somente revelou a influência do preconceito e da tradição no espírito do subscritor daquele trabalho. Mas, no texto do Código, não mais se encontra a malsinada palavra.

3. É evidente que, além dos termos mencionados, outros há (ou outras expressões) que são inéditas, (a) ou que voltaram (b) ou que mantêm o mesmo sentido anterior, esses ainda que sob outra forma (c): v.g. — (a) — resposta do réu; (b) — assistente técnico; — (c) — agravo retido, correspondendo ao agravo no auto do processo.

4. Pela variedade e extensão da moderna terminologia processual brasileira, exatamente nos primórdios da aplicabilidade do Código de 1973, é de muita importância que os juizes, advogados, promotores, serventuários e, até os auxiliares (peritos, tradutores, etc.) se compenestrem na nomenclatura em vigor, evitando o emprego com impropriedade, quiçá com erro técnico. A rigor, poderá não haver prejuízo para as partes pelo uso defeituoso de uma palavra ou de uma expressão, utilizando ainda uma antiga, já superada pela hodierna ou, até, suprimida. Entretanto, isso deporá contra a capacidade cultural e profissional de quem assim se manifestar, mormente por escrito, dando margem a situações do constrangimento. Há palavras que têm o peso da tradição secular (“instância”; “notificação”; “exeçuinte e executado”; etc.) e que tenderão a ser ainda adotadas, embora sem mais sentido, pela transformação imprimida pelo novo Código.

5. Além da mudança terminológica, o Código passou a conter palavras ou expressões que, até então, somente apareciam na linguagem doutrinária, sem o amparo legal em diploma similar nacional (v.g.: “carência de ação”; “preclusão”; “condições da ação”; “ação declaratória incidental”; etc.). Entretanto, apesar da exata diferenciação de “processo” e “procedimento” no art. 270, como se acham separados na própria epígrafe do Título VII do Livro I, a “Exposição de Motivos” de 1972, repetindo a de 1964, usa a locução “Do Processo Oral”, quando deveria ser “Do Procedimento Oral” (Capítulo IV, II).

6. O “Projeto de 1972” ainda oferecia várias imperfeições, que foram expurgados no Congresso Nacional, mantendo a uniformidade de linguagem, se bem que algumas divergências escapassem (“venda”, por “alienação”, nos arts. 686, VI, e art. 1.155, parágrafo único; “executado” por “devedor”, no art. 791, I; “réu” por “devedor”, no art. 578 e parágrafo único; “exeçuinte” por “credor”, art. 623).

7. Sem entrarmos na crítica doutrinária das palavras ou das expressões ora adotadas pelo Código, nossa intenção é somente ressaltar o que é novo, ainda que haja situações antigas revividas, mas que, nem por isso, deixam de ser agora atuais. Seguiremos a ordem dos dispositivos em que, pela primeira vez, a matéria é tratada no Código.

8. **ASSISTENTE TÉCNICO** (arts. 20, parágrafo segundo; 33; 421, parágrafo primeiro, inciso I; etc.) — Foi restaurado, aparentemente, o texto primitivo do Código de 1939, que somente conhecia a figura do perito do juiz, cabendo às partes, se quisessem, indicar seu “assistente técnico”. A situação desapareceu com a Lei n.º 8.570, de 7 de janeiro de 1946, que criou os peritos de cada parte, nomeando o juiz, se necessário, o desempatador. Anteriormente, o caso era o inverso do atual: as partes designavam seus peritos e o do juiz aparecia, se fosse preciso, para desempatar; agora, o juiz nomeia o perito (art. 421), e, posteriormente, é que as partes indicam seu respectivo assistente técnico. O perito do juiz não tem a função de desempatar a divergência eventual (ou certa?) dos assistentes técnicos das partes. O laudo poderá ser dos três (perito do juiz e dos assistentes técnicos), ou, não havendo concordância, cada um apresentará o seu (arts. 430 e 431), mas sem que o perito do juiz tenha de optar por um ou por outro dos assistentes. Assim sendo, os assistentes não se equiparam aos peritos de antigamente, pois, ainda que concordes, sempre haverá o laudo do perito, que é do juiz e, não, das partes. Pelas normas extensas (ao contrário do teor originário do Código de 1939 e do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, sobre “Desapropriação por Utilidade Pública”), os atuais assistentes técnicos já têm sido igualados aos peritos das partes que vigoraram durante o diploma ora revogado (1).

9. **AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL** (arts. 34 e 325; e, sem o emprego do adjetivo “incidente” ou “incidental”, art. 5.º). A ação declaratória foi introduzida no Código de 1939 no art. 2.º, parágrafo único, repetida agora no art. 4.º, com seu controvertido parágrafo único. Mas, em ambos os dispositivos, é ação autônoma, que já nasce com a finalidade direta da declaração da inexistência ou da existência de relação jurídica. A epigrafada, porém, tem forma diferente: é introduzida em outra ação proposta com objetivo diverso, embora se torne a sua solução

subordinada à incidental, que é a subordinante pela natureza da relação jurídica a ser decidida. Anteriormente, o julgamento de questão incidental (v. g. - se, em ação de alimentos, o pedido fosse julgado procedente, por ser o réu considerado pai do autor, isso não fazia coisa julgada, podendo, por ação própria, ser reconhecida ou negada a paternidade, caso em que, então, se operaria a respectiva coisa julgada sobre a situação jurídica, afinal aceita) não tinha importância decisiva, podendo ser, posteriormente, objeto de ação autônoma. Agora, porém, a ação declaratória incidental provocada (normalmente pelo autor — art. 325; mas possível também pelo réu, em face da amplitude do art. 5.º) adquire, por si só, força de coisa julgada, eliminando a hipótese de ser necessária nova ação para resolver o litígio. O acréscimo do adjetivo “incidental” alterou profundamente o instituto da ação declaratória.

10. **PROCURAÇÃO GERAL** (art. 38 — É antiga procuração adjudicia do Código de 1939 e do art. 7.º, § 3.º, da Lei n.º 4.215, de 1963 (Estatuto dos Advogados). Basta a referência à espécie de procuração — “geral” — para o mandatário ficar habilitado “a praticar todos os atos do processo”, com exclusão dos especiais, que exigem a menção expressa de todos ou de cada um em particular.

11. **GRAU DE JURISDIÇÃO** (arts. 50, parágrafo único; 101; 123; 134; III; 187; 305; 399; 475; 853; etc.) — A expressão apresenta variantes, como “primeiro grau” (art. 101), “segundo grau” (art. 123); “duplo grau de jurisdição” (art. 475); etc. É a substituição de “instância”, preconizada na “Exposição de Motivos”, por “grau” “primeira instância” = “primeiro grau”; “segunda instância” = “segundo grau”;). No art. 475, a expressão “duplo grau de jurisdição”, porém, está em lugar de “recurso ex-officio” ou das suas modalidades: apelação necessária (art. 822, parágrafo único, do Código de 1939) ou recurso necessário (em legislação especial — v. g. Lei n.º 1.533, de 1951, sobre “Mandado de Segurança”, na redação primitiva do art. 12, parágrafo único, hoje alterada pela Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

12. **DENUNCIÇÃO DA LIDE** (art. 70 e segs.) — É o sucedâneo do tradicional chamamento à autoria do Código de 1939 (art. 95). Se, antes, porém, era restrito às ações fundadas em direito real, para o res-

guardo dos riscos, da evicção, agora o instituto foi estendido às ações fundadas também em direito pessoal (inciso III). Houve o propósito da economia processual, solucionando, num só processo, duas lides (A x B; B x C).

13. **CHAMAMENTO AO PROCESSO** (art. 77) — É instituto idêntico ao “chamamento à demanda” do Código de Processo Civil Português de 1967 (art. 330 e segs.). Baseia-se, igualmente, na economia e brevidade processual. Evita a ação regressiva do vencido contra o (s) verdadeiro responsável (s) pela obrigação perante o autor-credor.

14. **COMPETÊNCIA** — A divisão em **internacional** e **interna** (Liv. I, Tit. IV, Cap. II e III) é novidade, para maior clareza e aplicabilidade da matéria, cuja nomenclatura expressa não aparecia no regime revogado. Foi cópia do Código de Processo Português (Livro II, Caps. II e III). A competência interna está subdividida em: razão do valor e da matéria (Seção I); funcional (Seção II); e territorial (Seção III). Apresenta-se com melhor técnica do que antes.

15. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA** (art. 115) — Substitui a tradicional, mas errada, expressão “conflito de jurisdição”, como a doutrina já acentuava. (2). Os órgãos judiciários, por terem todos o poder de jurisdição, somente podem entrar em conflito quanto à sua competência, que é o limite ou a medida daquela prerrogativa ínsita à função que exercem.

16. **CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES** (art. 124) — Ocorre “entre autoridade judiciária e autoridade administrativa”, que, antes, também estava como variante do “conflito de jurisdição”. Trata-se, assim, de situação entre entidades do Poder Judiciário com outras do Poder Executivo, no tocante ao conhecimento e julgamento de determinada causa. A diferença das duas terminologias atendeu aos reclamos da doutrina.

17. **IMPEDIMENTO** (arts. 134; 304; 405, parágrafo segundo; 409, I; 414, parágrafo primeiro; 485, II) — Cessaram os inconvenientes da confusão do antigo diploma, que apenas se referia à suspeição do juiz, embora abrangesse casos de impedimento. Isso originava indecisão na

doutrina, classificando uns autores como de suspeição casos que outros conceituavam como impedimento. A influência era enorme pela ação rescisória, somente permitida nas hipóteses de impedimento, como agora ainda o é. Hodiernamente, tal ação ainda cabe somente quando o juiz incidiu nas modalidades do art. 134, I a VI (art. 485, II, parte primeira: "juiz impedido"). O diploma lusitano também separa as duas situações de "garantias da imparcialidade" (arts. 122 e 126).

18. **ATOS DO JUIZ** — (Liv. I, Tit. V, Cap. I, Seção III) — O Código adotou o regime de dar diversas definições, o que não parece muito aconselhável em diploma legal. Por isso, os chamados "atos do juiz" também foram conceituados, em situação inusitada até então em ordenamentos brasileiros, como se verifica do art. 162: parágrafo primeiro — sentença; parágrafo segundo — decisão interlocutória; parágrafo terceiro — despachos. Mas, dentro do próprio Código, nem sempre cada termo é usado conforme a acepção do texto: v. g. — sentença, art. 790; despacho, art. 930, parágrafo único — ambos os casos revelando, pelo conteúdo, verdadeiras decisões interlocutórias. A terminologia, em si mesma, não é inédita no processo nacional; mas, em face das definições adotadas expressamente — o que não ocorria no Código anterior —, o fato merece ser destacado.

19. **RESPOSTA DO RÉU** (Liv. I, Tit. VIII, Cap. II — arts. 173; 297; § 3.º; 396; 491; etc.) — A amplitude do termo "resposta" é inteira inovação. Abrange as três atitudes ativas do réu ante o pedido do autor: (a) — contestar; (b) — excepcionar; e (c) — reconvir, segundo art. 297, embora melhor fosse excepcionar, contestar e reconvir, porque a exceção é, em regra, apresentada antes da contestação (art. 301 e art. 305). Não eaberia o uso da palavra "defesa", porque, tecnicamente, a reconvenção não é defesa do réu e, sim, ataque no próprio processo em que o autor lhe move a ação. A epígrafe do citado Capítulo II é correta, desdobrando-se as espécies nas Seções II, III e IV. No regime revogado, inexistia uma expressão genérica sobre as atitudes ativas do réu, se bem que houvesse, naturalmente, referências a cada uma, em dispositivos separados.

20. **CITAÇÃO PELO CORREIO** (art. 221, I; arts. 222 e 223) — Foi transplantado o sistema tradicional da Justiça do Trabalho. Mas, pe-

lo Código, somente valerá "quando o réu for comerciante ou industrial". É forma de citação pessoal direta, embora procedida pelo carteiro... Já foi levantada a dúvida entre os primeiros comentaristas a respeito da natureza da ação: (a) — se apenas a resultante de atos de comércio praticados por comerciantes ou industrialistas (3) ou se qualquer que seja, a ação, como v. g., a de investigação de paternidade (4). O Código dá margem a dúvidas, por falta de esclarecimento. Na ausência de especificação, parece-nos que abrange toda ação proposta contra aqueles profissionais.

21. **INTIMAÇÃO** (arts. 234; 343; parágrafo primeiro; 414 e parágrafo primeiro; 422; 435, etc.) — Passou a ser pertinente aos antigos casos de intimação e de notificação. de ora em diante, as testemunhas são "intimadas" e não "notificadas" a depor; idem as partes, para prestarem depoimento pessoal; etc. No próprio procedimento cautelar de "notificação", o ato de dar ciência ao interessado é "intimação" e não "notificação" (arts. 867; 872; 873).

Muitas "intimações", antes erradamente requeridas (v.g. testemunhas; partes; etc.), tornaram-se agora corretas no sistema do Código...

22. **..CONDIÇÕES DA AÇÃO** (art. 267, VI) — É outra matéria mais de ordem doutrinária do que legal, no sentido de haver sido especificada em seus elementos. Contra a maioria dos processualistas, interpretando o diploma anterior, e a pacífica jurisprudência, que os apoiava, o Código se filiou à denominada e afamada "escola paulista", que sempre excluiu as condições da ação do mérito, acolhendo a idéia de LIEBMAN, sob cuja égide a mesma se formou (5). Mas já se nota reação contra a diretriz tomada pelo Código (6).

23. **DECADÊNCIA** (arts. 269, IV; 295, IV; 810; 811, V; etc.) No Código Civil, a palavra não consta. Todas as causas de extinção de direito aparecem sob a rubrica de "prescrição". Os seus doutrinadores é que passaram a inventar os casos de prescrição e de decadência, com os inconvenientes de inexistir coincidência unânime sobre todas as hipóteses. Algumas eram consideradas de prescrição, como se lia naquele di-

ploma, por certos autores, mas entendidas como decadência por outros (v. g. — a propositura da ação rescisória, hoje assunto superado pelo art. 495 do Código de Processo Civil, que aliás entrou em seara alheia). A referência, porém, foi útil; tudo está, agora, em o novo Código Civil e a legislação especial correlata estabelecerem, com precisão, os casos de prescrição e os de decadência. O juiz, conforme a solução, dada pelo direito material, aplicará a norma no processo, com todos seus efeitos.

24. **FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO** (Livro I, Caps. I, II e III). É outra consequência da eliminação da palavra “instância” (ns. 1, 2 e 11 supra), sendo substituídas as tradicionais expressões: “instauração da instância”; “suspensão da instância”; e “absolvição da instância” pelas que constam epigrafadas. O Código lusitano, porém, mantém a palavra “instância” como antes usávamos.

25. **PROCESSO E PROCEDIMENTO** (Liv. I, Tit. VII, sobretudo o art. 270) — No diploma revogado, a confusão entre os dois termos era geral (vide a epígrafe do seu livro III — “Do Processo Ordinário” — e seu Título Único — “Do Procedimento”; e art. 291: “O Processo ordinário”; e o Livro IV: “Dos processos especiais”). O atual seguiu a orientação de JOÃO MENDES, se bem que a “Exposição de Motivos” se refira a “Processo Oral”, em lamentável lapso (n. 5 supra). No texto do Código, porém, desapareceu o uso indevido de um termo por outro (Livro III — Processo Cautelar; Livro IV — “Dos Procedimentos Especiais”, que, em essência, integram o “processo de conhecimento”, pelo objetivo da atividade jurisdicional invocada).

26. **PROCEDIMENTO COMUM** (art. 272) — O adjetivo “comum” não era empregado, em texto legal, com contraposto a especial. Presentemente, o procedimento comum passou a ter duas modalidades expressamente consignadas: ordinário e o sumaríssimo. No Código de 1939, havia o dito “processo ordinário” e o chamado “processo especial”. Nos Códigos estaduais, no Regulamento n.º 737 e na legislação de antanho havia as subdivisões do “processo”, mas não o emprego de termo genérico — “comum”. O “sumaríssimo” não deveria ter sido adotado, quando, agora, não há o “sumário”, termo que seria o normal.

27. **CARÊNCIA DE AÇÃO** (art. 301, X) — Em doutrina, a expressão era largamente acolhida. No Código anterior, porém, não aparecia. A “carência de ação” é expressão equívoca, segundo PONTES DE MIRANDA (7). Na realidade, ninguém é carente do direito de ação, no sentido técnico de ir a juízo, expondo a pretensão que entender. O que existe é a “carência da pretensão”. A linguagem do Código, porém, é a tradicional e a consagrada, embora imperfeita.

28. **PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES** (Liv. I, Tit. VIII, Cap. IV — arts. 323 a 328) — A locução é completamente original no sistema brasileiro. Em última análise, é desdobramento do que, no Código de 1939, estava contido entre as matérias que poderiam ser decididas no despacho saneador. São fatos ou situações que saem fora do tramitamento normal do processo, que exigem atividades extra do juiz. E são “preliminares” porque antecedem ao desfecho da ação, com sentença sem ou com julgamento do mérito, na forma dos arts. 267 e 269, segundo a espécie. Dividem-se em quatro seções (I a IV). Cada uma ou todas somente o juiz “determinará, conforme o caso” (art. 323, segunda parte). Dificilmente, haverá a coincidência de todas, embora, em tese, possa ocorrer. Na realidade é a fase “saneadora” do processo, em que pese à nomenclatura da Seção III do Capítulo V, do mesmo Título VI. As hipóteses do antigo art. 294, incisos I a IV, se acham, em conteúdo contidas nas atuais “providências preliminares”, enquanto o inciso V se acha reeditado, mais ou menos, no atual art. 331, I. Antes, ainda que sem denominação específica, os atos do juiz, por ocasião do despacho saneador, correspondiam a verdadeiras “providências preliminares”, presentemente com o devido destaque, em forma técnica.

29. **FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DO PEDIDO** (Liv. I, Tit. VIII, Cap. IV, Seção III — art. 326) — Como expressão genérica, podemos dizer que são “fatos obstativos”, isto é, que obstam o julgamento do mérito propriamente dito, embora as questões sejam consideradas como preliminares do julgamento do mérito (v. g. a prescrição, decadência, — art. 269, IV). O Código de 1939 usava expressão ampla: “extintivo do pedido” (art. 294, II). No sistema atual, foram indicadas as três modalidades dos fatos obstativos.

30. **JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO** (Liv. I, Tit. VIII, Cap. V — arts. 329 a 331) — Locução inédita. Refere-se à situação em que se encontra o processo para ser a lide decidida. Cada caso é que orientará o juiz para utilizar-se do meio indicado no Código. Tanto poderá determinar a “extinção do processo” (Seção I art. 329), com ou sem julgar o mérito (arts. 267 e 269, II a V); ou proferir “julgamento antecipado da lide” (Seção II, art. 330), isto é, dispensando audiência para prova oral; ou, finalmente, autorizar perícia, se necessário, ou, então, mesmo sem essa prova, designar audiência para ouvida das partes e de testemunhas, segundo seja preciso para a prova de fatos (Seção III, art. 331). A priori, não se pode saber qual a atitude do juiz, pois tudo dependerá do “estado do processo”, de sua “situação” quanto à matéria debatida: se deve ser extinto; se prescinde de audiência; ou se é indispensável tal ato. Não é a natureza da causa, em si mesma, por antecipação, que originará a aplicabilidade das normas de cada uma das Seções: após sua propositura e a atitude do réu, é que o juiz agirá conforme o caso exija. No regime anterior, pela técnica adotada, era vedado o julgamento do mérito (da “lide”) por ocasião do despacho saneador, embora legislação especial, paralela ao Código de 1939, assim já autorizasse (v. g. — cobranças de duplicatas; despejo; etc.). Somente as chamadas “preliminares de mérito” — como declaração da prescrição; decretação da carência de ação; reconhecimento da ilegitimidade de parte, etc. — é que podiam ser julgadas no despacho saneador, que, assim, se transfigurava em decisão definitiva, sendo, então, apelável. (8)

31. **EXTINÇÃO DO PROCESSO** (Liv. I, Tit. VIII, Seção I — art. 329) — A expressão equivale à do art. 846 do Código revogado: “terminação do processo”, isto é, não faz coisa julgada material, porque o mérito (a “lide”) não foi decidido, *ex-vi* dos arts. 467 e 468. A sentença é “sem julgamento do mérito” (art. 267).

32. **JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE** (Liv. I, Tit. VIII, Cap. V, Seção II, art. 330) — Normalmente, o processo deverá encerrar-se na audiência “com o julgamento do mérito”, conforme o inciso I do art. 269 (os demais são julgados fora da audiência — art. 329). Mas,

se seu “estado” permitir a dispensa de audiência, ocorrerá, então, o “julgamento ANTECIPADO da lide”, isto é, antes do momento próprio e regular: matéria somente de direito ou de fato já provada nos autos por documentos, prescindindo da perícia ou de prova oral. A “antecipação” diz respeito, portanto, ao ato que deixou de efetivar-se, embora, em tese, coubesse, qual seja a audiência. O juiz **deverá** (não é **poderá**, para criar audiência fictícia e inútil, como era vezo no Código de 1939 de parte de alguns magistrados, quanto a questões que já podiam ser decididas no despacho saneador) julgar assim imediatamente.

A providência do art. 330, desdobrada em dois casos, é apenas quando houver de ser julgada a “lide”, que é o próprio mérito, como elucida a “Exposição de Motivos”: “o projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da “causa” (n. 6). Quando não há “lide” para ser decidida, então o juiz agirá nos termos do art. 329; e quando a “lide”, para ser julgada, exige audiência, o juiz observará o art. 331.

33. **SANEAMENTO DO PROCESSO** (Liv. I, Tit. VIII, Cap. V, Seção III — art. 331) — A Lei n.º 6.015 alterou a epígrafe, pois a redação primitiva do Código mencionava “do despacho saneador”. A transformação, porém, não **saneou** o erro (vale o trocadilho...). Quando o feito chega à audiência, se necessária, nem o juiz profere mais “despacho saneador” (como constava do teor originário do Código), nem há mais “saneamento do processo”, como passou a ser a nomenclatura. Tudo já ocorreu nas “providências preliminares”, contidas no Capítulo IV (n. 28 supra). A causa apenas atinge a audiência, quando tudo já foi “saneado”, desde que não se verificou a hipótese de “extinção do processo” (art. 329) ou do “julgamento antecipado da lide” (art. 330). A expressão atual é sucedânea de “despacho saneador” do Código revogado, se bem que a antiga terminologia não mais exista. O art. 331 refere-se vagamente: “o juiz ao declarar saneado o processo”. Enquanto no inciso I use o verbo “decidirá”, que é a “decisão”, no inciso II apenas menciona “designará”, dando a entender que seja por “despacho”. Enfim, não mais há a expressão “despacho saneador”, ainda que seja provável seu emprego para o ato do juiz previsto no art. 331.

34. **MEIOS DE PROVA MORALMENTE LEGÍTIMOS** (art. 332) — Expressão equívoca, de difícil conceituação exata. O sentido muda conforme a época e, até, a mentalidade, a formação e os princípios de cada juiz. Não há garantia prévia de determinado meio ser, ou não, aceito como prova. Com ou sem o dispositivo, o problema podia ser suscitado, ao deferir ou indeferir uma prova por não ser moral, a cujos postulados o processo está sujeito, em seu todo, ainda que sem norma expressa.

35. **INSPEÇÃO JUDICIAL** (arts. 340, II; e Liv. I, Tit. VIII, Cap. VI, Seção VIII) — Já era ato praticado, pela praxe, pelos juizes, ainda que sem regra autorizando a medida. Há exemplos no direito comparado (Portugal, Alemanha, França, Itália, mesmo com certas variações).

36. **PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS** (art. 399, II) — A doutrina já salientava que não se devia empregar a palavra “processo” para os expedientes administrativos, que deveriam ser tratados como “procedimentos”, reservando-se aquele termo para os judiciários (9). O Código procurou utilizar a nomenclatura correta, como que orientando os legisladores de outros diplomas.

37. **CONCILIAÇÃO** (Liv. I, Tit. VIII, Cap. VII, Seção II, art. 447 a 449) — Foi restaurada providência que remonta, em nosso ordenamento, à Constituição do Império (art. 161). Os Códigos estaduais e o nacional de 1939 a aboliram. Mas legislação especial recente a consagra (alimentos; desquite litigioso; anulação de casamento; despejo, embora os juizes, mesmo sem norma jurídica, procurassem fazer também conciliação noutras causas, como nas antigas ações executivas). O sistema sempre foi obrigatório na Justiça do Trabalho, sendo motivo de nulidade do processo a ausência das duas ou, até, de uma proposta de parte do juiz, ainda que não exitosa. Mas somente existe, quando há audiência; no julgamento antecipado da lide ou na extinção do processo, não há oportunidade de ser tentada.

38. **MEMORIAIS** (art. 454, § 3.º) — No regime do Código de 1939, pela adoção do princípio da audiência concentrada (prova, debates e sentenças), os memoriais começaram a surgir pela praxe. Depois os Có-

digos de Organização Judiciária ou diplomas similares passaram a referir-se aos mesmos, que podiam ser apresentados “em desenvolvimento dos pontos que hajam sido sumariamente expostos nas peças escritas ou orais do processo” (art. 413 do COJ. do Rio Grande do Sul, de 1970., reeditando norma já anteriormente expressa). Mas o Código de 1939 ou lei de igual categoria não tratavam da matéria. No atual diploma, porém, os “memoriais” foram devidamente legalizados. Como o Código ainda faculta ao juiz designar “dia e hora para o seu oferecimento” (art. 454, § 3.º), na prática quase que voltamos ao regime das razões finais dos Códigos estaduais e do Regulamento n.º 737, as quais se situavam entre o fim da fase probatória e o início da fase decisória. A apresentação, portanto, poderá ser no ato da própria audiência, encerrada a prova, ou, se o juiz permitir, em momento vindouro a ser marcado. É possível que essa última hipótese se torne a mais comum.

39. **SENTENÇA DE MÉRITO** (arts. 463 e 485, comb. com o art. 162, § 1.º) — Equivale à “decisão definitiva” do regime anterior (art. 820). É a que julga a “lide”, tanto faz antecipadamente (art. 330), como a proferida na audiência ou após, em dia a ser designado (art. 331, comb. com o art. 456). Expressamente, não existe a expressão “sentença terminativa”, isto é, a que não julga o mérito, apesar do texto do art. 267, **caput**. Ambas, porém, são atacáveis por apelação (art. 513), situação que inexistia no sistema anterior: decisão terminativa — agravo de petição, **ex-vi** do art. 846; decisão definitiva — apelação, **ex-vi** do art. 820, salvo exceções expressas para os dois casos.

40. **COISA JULGADA MATERIAL** (art. 467) — A expressão existia na doutrina. Mas era omitida no Código revogado, que nem abrigava um capítulo ou título referente à matéria. O tema se achava englobado no Título XI que tratava “da sentença e de sua eficácia”. A locução era, apenas, “coisa julgada” (art. 288, etc.). Agora, porém, o Código também enfrentou o risco de definir instituto de difícil conceituação, repetindo quase que o art. 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução, se bem que esse não empregasse o adjetivo “material”. Por sinal que o texto do art. 467 não é mais repetido em todo o Código, valendo como simples posição doutrinária do autor do Projeto (10).

41. **PRECLUSÃO** (art. 473) — Outra palavra que, de há muito, era veiculada pela doutrina, mas sem acolhimento legal, inclusive no direito comparado, como observou COUTURE (11). Agora, foi incorporada à nomenclatura do ordenamento processual brasileiro.

42. **UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA** (Liv. I, Tit. IX, Cap. I) — Trata-se do antigo “prejulgado”, em essência, com algumas alterações quanto à forma de provocação e, conforme o quorum da deliberação do Tribunal, a seus efeitos, que se traduzem na súmula (art. 479).

43. **SÚMULA** (art. 479) — Foi introduzida no Supremo Tribunal Federal, com o nome de “Súmula da Jurisprudência Predominante”, pela emenda de 28 de agosto de 1963 ao Regimento Interno de 1940, que vigorava na época. Depois, transmudou-se no art. 98 e seus parágrafos constantes do Regimento Interno em vigor desde 15 de outubro de 1970. Mas não passava de mera matéria regimental, ao bel-prazer dos Ministros na elaboração do diploma doméstico. Agora, porém, foi legalizada pelo Código e pode ser admitida em qualquer Tribunal com relação à sua própria jurisprudência (Tribunal Federal de Recursos; Tribunal de Justiça; Tribunal de Alçada). Na Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho já adotara o sistema, desde o seu Regimento Interno de 1967 (12).

44. **EMBARGOS INFRINGENTES** (arts. 496, III; e 530) — Sucederam os antigos “embargos de nulidade ou (e) infringentes” do Código de 1939, dos diplomas regionais e da legislação antecedente. Os pressupostos são os mesmos dos anteriores, embora possa haver alguma dúvida na sua interposição conforme o vício que o acórdão possa apresentar, se for apenas o de “forma”, que classicamente, autorizava somente os “embargos de utilidade” (13).

45. **RECURSO ADESIVO** (art. 500 e parágrafo único) — A denominação foi transplantada do Código alemão, embora de modo imperfeito (14). O melhor seria “incidental”, pelos objetivos do recurso (15). Mas é providência inusitada no sistema brasileiro. Cabe na apelação,

nos embargos infringentes e no recurso extraordinário, conforme a alteração no texto primitivo do Código pela Lei n.º 5.925, de 1.º de outubro de 1973, que o estendeu também aos “embargos” (16).

46. **SETENÇA FINAL** (art. 516) — A nomenclatura é destituída de fundamento, segundo a técnica do próprio diploma, pois é “como se houvesse, no sistema do Código, sentença que não fosse final”; na crítica de BARBOSA MOREIRA (17). O adjetivo “final” foi demais. É terminologia nova no modo como foi criada a expressão, pois, no Código de 1939, havia a de “decisões finais”, que ensejavam a interposição do recurso de revista (art. 853). O conceito, porém, era outro, apesar da identidade do adjetivo. Com a eliminação da revista presentemente, a expressão anterior também desapareceu.

47. **AGRAVO RETIDO** (art. 522, parágrafo primeiro) — Pelos objetivos, é o próprio antigo agravo no auto do processo. Apenas o anterior podia ser interposto verbalmente na audiência e o atual, em qualquer momento, deverá ser sempre por via de petição escrita. A grande identidade de ambos é de ficar o recurso “dormindo” dentro dos autos, esperando ser julgado, se houver apelação de qualquer das partes.

48. **RECURSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** (Liv. I, Tit. X, Cap. VI) — Pela primeira vez, o remédio que denominamos de “recurso ordinário constitucional”, com apoio da doutrina (18), foi regulamentado em lei, se bem que com o nome de “apelação” (art. 539, I) ou de agravo (art. 539, II), dependendo da natureza da decisão a ser impugnada nas causas previstas no art. 119, II, da Constituição Federal, e repetidas no caput do art. 539 do Código. No Anteprojeto, o nome era exatamente o que sugeríamos conforme o seu art. 583 e segs. No Projeto é que se deu a alteração, mantida pelo texto definitivo do Código. Na epígrafe do Capítulo VI, era empregado o singular, embora houvesse mais de um recurso. A Lei n.º 5.925, de 1973, corrigiu o lapso que fora objeto de nossa observação. (19)

De qualquer maneira, o Código inaugurou o sistema de agrupar os recursos para o Supremo em capítulo autônomo, inclusive os embargos por divergência jurisprudencial (art. 546, parágrafo único).

Esses mais não são dos que os anteriormente previstos no art. 833, parágrafo único, do Código de 1939, sendo, em essência, verdadeiro recurso de revista, ora abolido em qualquer outro Tribunal.

49. **ORDEM DOS PROCESSOS NO TRIBUNAL** (Liv. I, Tit. X, Cap. VII) — É outra expressão resultante da eliminação da palavra “instância”, que estava inscrita no Liv. VII, Tit. VIII do Código de 1939, antecedida do adjetivo “superior”. As antigas expressões “superior instância” ou “segunda instância” desapareceram, tomando seu lugar: “grau superior”; “segundo grau” ou, simplesmente, “tribunal como o próprio órgão. (item n.º 14 supra).

50. **CREDOR E DEVEDOR** (arts. 566, 568, etc.) — São os antigos “exequente” e “executado”. Apesar das tentativas de uniformização dos termos, ainda se notam incongruências (item n. 6 supra). As expressões derivadas também foram alteradas: “embargos do devedor” e, não, “embargos do executado”.

51. **TÍTULO JUDICIAL** (arts. 575; 583; 584; etc.) — É a denominação que a sentença, em várias espécies, apresenta no processo de execução, para instruí-lo.

52. **TÍTULO EXTRAJUDICIAL** (arts. 576; 583; 585; etc.) — É a denominação genérica dos documentos que, antes, serviam de base a revogada antiga ação executiva nos moldes do Código de 1939. O processo de execução se funda em título judicial (sentença — art. 584) e em título extrajudicial (documentos privados ou fiscais — art. 585). O título pode ser privado (pela origem) e público pela constituição (escritura pública); e fiscal, se promanar de entidade administrativa. Ambas as expressões não havia no Código de 1939.

53. **EXECUÇÃO FISCAL** (art. 578) — Na mesma transmudou-se a antiga locução “executivo fiscal”, cujas normas processuais do Decreto-Lei n. 960, de 1938, foram absorvidas pelo Código, conforme a própria “Exposição de Motivos” reconhece (item n. 21).

54. **RECLAMAR** (art. 601) — Mesmo em face do emprego do verbo, o Código não acolheu o ato ou ação respectiva: “reclamação” ou sua sinônima “correição parcial”. Foi apenas modo de dar ênfase ao que ficou vedado ao devedor improbo, advertido pelo juiz e que perseverou em sua atitude censurada, de maneira a se mencionarem todos os atos que ele pudesse praticar: “requerer, reclamar, recorrer ou praticar no processo quaisquer atos”. É como carga de chumbo para vários alvos..., evitando qualquer pretexto do devedor em pretender ingressar nos autos até a pena ser relevada, como permite o parágrafo único do referido dispositivo (20).

55. **CONCURSO UNIVERSAL DE CREDITORES** (arts. 612 e 751, III, etc.). O Código, de certo modo, equiparou o devedor civil ao comercial, criando como que a “falência civil”. Daí a terminologia epigrafa-da. Alcança o devedor insolvente, aquele cujo passivo é maior do que o ativo. Não mais admite o concurso particular, pois, enquanto o devedor tiver patrimônio para suportar as penhoras, essas medidas constritivas terão preferência pela ordem em que forem inscritas. Instaurado o concurso universal, então a prelação da penhora desaparece, tornando-se os credores quirografários em igualdade de condição e respeitados os privilégios de direito material.

56. **EXECUÇÃO PARA A ENTREGA DE COISA** (Liv. II, Tit. II, Cap. II). É expressão genérica, para desdobrar-se em duas modalidades: (a) “da entrega de coisa certa (Seção I, idem); e (b) da entrega de coisa incerta (Seção II). Substituiu a locução imprecisa do Código de 1939, no Livro VIII, Título IV: “Execução por coisa certa ou em espécie”.

57. **DEVEDOR SOLVENTE E INSOLVENTE** (Liv. II, Tit. IV, Cap. IV, e Tit. IV). É consequência da diretriz referida (n. 55 supra). Ambos estão sujeitos à execução por quantia certa, cujo procedimento e cujos efeitos dependerão da situação econômica do devedor, refletindo-se sobre os credores quanto à satisfação de seus direitos.

58. **MASSA** (arts. 752; 762, parágrafo segundo; 766, II e IV; etc.) — O termo também decorre da “falência civil”, usando-se a palavra

que indica o patrimônio do devedor insolvente, sobre o qual se instaura o concurso universal, em linguagem idêntica à tradicional na legislação falimentar. Aparece, outrossim, a figura do ADMINISTRADOR (art. 761, I).

59. **USUFRUTO DE IMÓVEL OU DE EMPRESA** (art. 716) — Não se trata de direito real sobre coisa alheia criado por vontade das partes, mas, sim, do ato do juiz, instituindo o usufruto, “quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida”, nos termos do citado artigo. É criação do Código em nosso ordenamento processual, visando a não sacrificar o devedor sem prejudicar, ao mesmo tempo, o credor. A dívida terminará por ser solvida, sem que o bem seja subtraído do domínio do credor, perdendo, apenas, sua disponibilidade enquanto perdurar o gravame.

60. **EMBARGOS DO DEVEDOR** (Liv. II, Tit. III) — São os antigos “embargos do executado”, pela mudança de terminologia quanto às partes na execução (n. 50 supra).

61. **EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES** (arts. 777 a 782) — Outro consectário da paridade quase completa entre o devedor civil e o comercial, mediante a “falência civil” (n. 55 supra).

62. **REMIÇÃO** (Liv. II, Tit. V; e art. 558) — Foi corrigido erro palmar do Código de 1939 que grafou a palavra com dois “ss”: remissão, que é instituto de direito civil (art. 1.053 a 1.055 do Código Civil). Apesar de serem palavras homônimas homofônicas, seu sentido técnico e sua origem etimológica são diversos. Pela remição processual, o cônjuge ou parentes próximos do devedor (mas não ele — art. 787) podem livrar o bem arrematado ou adjudicado, mas pagando o preço respectivo, cobrindo, ou não, a dívida; pela remissão civil, o credor libera o devedor da dívida, sem receber seu valor; é o perdão, total ou parcial. O Código atual usou o termo certo. Note-se, porém, que, no art. 794, II, a palavra está correta, porque, aí, se trata mesmo do instituto de direito civil: remissão. Foi a Lei n. 5.925, de 1973, que corrigiu, porém, o texto originário do art. 558 deste Código, que incidia no erro de grafia anterior.

63. **ALIENAÇÃO** (arts. 647; 670; 692; 697; etc.) — Foi seguida, de modo ortodoxo, a corrente que separa as alienações judiciais dos contratos, apesar da aparente similitude. Compra e venda com arrematação; dação em pagamento com adjudicação. A falta de influência da vontade do dono de bem para ser transmitido, como é necessário nos contratos, exige que não se chame de venda a alienação por força de sentença. O Projeto ainda mantinha a dupla referência. O texto definitivo praticamente só usa o termo “alienação” (que é genérico a qualquer transmissão, sem indagar da origem do ato), salvo nos arts. 686, VI, e 1.155, parágrafo único.

64. **GUARDA JUDICIAL DE PESSOAS** (art. 799) — **BUSCA E APREENSÃO DE PESSOAS** (art. 839) — Situações omissas no Código anterior, sendo aplicadas, então, por analogia, as normas sobre coisas. Era necessária, porém, a existência de dispositivos próprios como agora.

65. **PROCEDIMENTOS ESPECIAIS** (Liv. IV) — É decorrência da separação de conceitos entre “processo” e “procedimento” (n. 25). No Código de 1939, a nomenclatura era de “Processos Especiais”. Os mesmos se acham separados em “de jurisdição contenciosa” (Tit. I) e em “de jurisdição voluntária” (Tit. II). Cada grupo está diverso do outro e não confundidos como no sistema anterior. Pode haver divergência sobre a colocação de determinado caso (v. g. — inventário entre os de jurisdição contenciosa). Mas, quanto ao critério do legislador, há uniformidade.

66. **AÇÃO DE USUCAPIÃO DE TERRAS PARTICULARES** (art. 941) — Foi expressamente afastada a hipótese de a ação incidir sobre terras públicas, qualquer que seja sua classificação ou natureza, o que, antes, causava controvérsias.

67. **AÇÃO DE DIVISÃO E DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS “PARTICULARES”** (art. 946 e segs.) — Foi pelo idêntico motivo acima, embora, na prática, possa haver necessidade de dividir e de demarcar terras particulares limítrofes com públicas, ou de públicas entre si (v. g. dois municípios; dois Estados). Não se percebe a vantagem da restrição.

68. **ADJUDICAÇÃO DE "IMÓVEL"** (Liv. II, Tit. II, Cap. IV, Seção II, Subsção III — arts. 714 e 715). Foi quebrada a tradição secular de os bens móveis e semoventes também poderem ser adjudicados pelo credor. Hoje apenas o imóvel. Isso pode causar prejuízo ao eredor e ao devedor se a execução recair sobre bem que não seja imóvel. Não sendo arrematado, o bem (v. g. — automóvel; jóias; títulos; etc.) será levado a leilão, por qualquer preço. Um terceiro, então, poderá arrematar por quantia irrisória, ficando o devedor ainda a dever e contentando-se o credor em receber importância pequena, depois de solvidas as despesas judiciais. A adjudicação do bem poderia ser mais vantajosa para o credor e, quiçá, para o devedor, se o valor solvesse a dívida, com a sua transferência para o patrimônio de credor, satisfazendo-o pela obrigação assumida pelo devedor.

69. Eis, assim muitos — possivelmente não todos — dos casos de terminologia do Código de 1973 que merecem realce em confronto com a nomenclatura do anterior e, até, de outros ordenamentos mais antigos, com a pátina de imemorial tradição. Será empresa difícil que os profissionais do Direito Processual Civil se acostumem, instantaneamente, com a moderna terminologia, pela influência, quase irreversível, do peso dos preconceitos arraigados no espírito de várias gerações de lidadores de autos. Aliás, mesmo entre os primeiros comentadores do Código vigente ainda se nota o uso de palavras expressamente eliminadas e que, de maneira alguma, se encontram em qualquer dispositivo do diploma, como, v. g. "instância", que foi substituída por "processo" ou "grau de jurisdição".

70. Do esforço comum e de cada um dependerá o aprimoramento da nossa linguagem processual, como de qualquer outro meio de comunicação entre os homens que têm de exprimir-se no mesmo idioma. Se assim não for feito, a unidade terminológica do Código terminará por diluir-se em cada processo, em cada comarca, em cada região, com a sobrevivência do que não deve mais existir ou com a subsistência das meras criações da praxe. Não se trata de concordar ou discordar da diretriz do Código, mas, sim, segui-la, enquanto perdurar como lei. Os interessados poderão e deverão batalhar, junto aos órgãos competentes, para mudar o que seja apoutado como erro ou violador daquilo que já se

incrustou na consciência processual brasileira, e que não necessitava ser alterado.

Somente assim, os responsáveis pelos trabalhos forenses ou processuais doutrinários se eximirão daquele quadro patético delineado por EDUARDO COUTURE: "Las palabras son al derecho lo que el cuerpo humano es la anatomia o la fisiologia. Conceberíamos un cirujano que anduviera a tanteo entre los tejidos del organismo que opera, o a un fisiólogo que no actuara con absoluta precisión sobre el organismo que él debe examinar para acrescentar su ciencia? Y sin embargo, el jurista anda frecuentemente a tanteo con las palabras, que son la anatomia o la fisiologia de la ley" (21).

BIBLIOGRAFIA (pela ordem das citações no texto)

1. LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE — "Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil", pág. 177, n.º 209 — Ed. 'Francisco Alves', Rio de Janeiro, 1974.
2. Entre outros: MOACYR AMARAL SANTOS, 'Direito Processual Civil', vol. III, pág. 465, n.º 974, 4a. edição "Limonad", São Paulo, 1970; ARRUDA ALVIM, "Curso de Direito Processual Civil", I vol., pág. 309, n.º 66, 1a. edição, "Rev. Tribunais", de São Paulo, 1971.
3. EGAS MONIZ DE ARAGÃO, "Comentários ao Código de Processo Civil", 2.º vol. da coleção "FORENSE", pág. 207, ns. 204 a 205, Rio de Janeiro, 1974, dando a entender que somente aceita a nova modalidade de citação se a ação for baseada no "exercício do comércio ou de indústria", porque a situação "é requisito essencial". PONTES DE MIRANDA, de modo expresso, assim se manifesta: "Tal citação não pode ser feita se o pedido nada tem com direitos não-patrimoniais, como, por exemplo, se a ação é de invalidade de casamento, ou de investigação de paternidade ou de maternidade" — "Comentários ao Código de Processo Civil" (1973), edição "FORENSE", vol. III, pág. 265, n.º 2, Rio de Janeiro, 1974. E se for patrimonial, mas não decorrente de ato da atividade comercial ou industrial do réu, como uma ação reivindicatória de imóvel particular ou ação de indenização por acidente de automóvel?
4. JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Manual de Direito Processual Civil", I vol., pág. 333, n.º 285, ed. "Saraiva", São Paulo, 1974, sustenta porém, que "o art. 222 têm também incidência em causas que não se relacionam com a atividade comercial ou industrial do réu, como, por exemplo, em ação de desquite, ação divisória de imóvel rural, etc."

5. ENRICO T. LIEBMAN, Notas a "Instituições de Direito Processual Civil", de CHIOVENDA, vol. III, pág. 343, rodapé, n.º 8, ed. "Saraiva", São Paulo, 1946 (tradução brasileira); ALFREDO BUZAID, "Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil", pág. 135/138, 2a. ed., "Saraiva", São Paulo, 1956; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Instituições de Direito Processual Civil", vol. IV, pág. 148, n.º 939, 2a. edição "FORENSE", Rio de Janeiro, 1960; MOACYR AMARAL SANTOS, op. cit. vol. III, pág. 142, n.º 732; com a adesão de BARBOSA MOREIRA, "Direito Processual Civil", pág. 163, rodapé n.º 34, ed. "Borsoi", Rio de Janeiro, 1971; Contra, considerando mérito; PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil" (1939), vol. IV, passim 2a. ed. "FORENSE", Rio de Janeiro, 1960; PEDRO BATISTA MARTINS, "Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais", pág. 197, ed. "FORENSE", Rio de Janeiro, 1957; SEABRA FAGUNDES, "Dos Recursos Ordinários em Matéria Cível", pág. 256, ed. "FORENSE", Rio de Janeiro, 1946; GALENO LACERDA, "Despacho Saneador", pág. 75 e segs., n. 7, passim, Porto Alegre, 1953. Quanto à jurisprudência, basta compulsar os repositórios referentes ao Código de 1939, nos verbetes, por exemplo, "carência de ação"; "condições da ação"; "apelação"; "agravo de petição"; "mérito"; etc. Não procedia, assim, a incisiva afirmativa de ALFREDO BUZAID de que "a jurisprudência se firmou no sentido de que cabe agravo de petição, se a carência de ação é proferida ao ensejo do despacho saneador" (op. cit., pág. 137). JOSÉ FREDERICO MARQUES, porém, reconhecia "que assim não tem entendido a jurisprudência dominante", isto é, que o recurso cabível seria o agravo de petição, porque seria terminativa a decisão, e não definitiva no regime do diploma anterior. O problema, agora, não mais existe.
6. MONIZ DE ARAGÃO, op. cit., pág. 432, n. 501, e passim.
7. "Comentários", cit. na nota n. 5, pág. 161, vol. IV e passim.
8. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "O Despacho Saneador no Código de Processo Civil Brasileiro," in "Rev. Jur." 64/4; "Rev. Trib.", 341/7; e "Rev. For." 205/31.
9. JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Instituições", cit., vol. I, 4a. ed., 1971; e "Manual", cit., pág. 116, n. 93.
10. BARBOSA MOREIRA, "Antecedentes da Reforma Processual e Sistemática Geral do Novo Código de Processo Civil", in "Rev. do Inst. Adv. Bras.", vol. 31, pág. 34; e in "Rev. da Cons. Geral do Est. do R. G. do Sul", vol. 3, pág. 119.
11. "Fundamentos del Derecho Procesal", pág. 195, n. 121, 3a. ed. (póstuma), Buenos Aires, 1958.

12. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Recursos Trabalhistas", pág. 302, n.º 307, 2a. ed. "Rev. dos Trib.", 1970.
13. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Os Recursos no Novo Código de Processo Civil", in "Rev. do IAB", cit., pág. 64; e "Rev. Cons. Geral", cit., pág. 62. Entendendo que o encurtamento da nomenclatura não deve induzir em erro: BARBOSA MOREIRA, "Comentários ao Código de Processo Civil", 5.º vol. da coleção "FORENSE", pág. 402, n.º 217, Rio de Janeiro, 1974; e LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, op. cit., pág. 272, n.º 120.
14. BARBOSA MOREIRA, op. cit. acima, pág. 248, n. 139, e passim; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Do Recurso Adesivo no Processo Civil Brasileiro", pág. 164, § 2.º, n. 9, São Paulo, 1973; CARLOS SILVEIRA NORONHA, "Do Recurso Adesivo", pág. 67, ns. 26 e segs., Porto Alegre, 1973, e em edição "FORENSE", ora no prelo.
15. BARBOSA MOREIRA, "Dir. Proc. Civ.", cit. na nota n. 5 supra, pág. 255/256, e "Comentários", cit. na nota n. 13 supra, pág. 250, n. 130, embora optando pelo nome de "recurso subordinado", segundo o Código português; JOSÉ AFONSO DA SILVA, loc. cit.; CARLOS SILVEIRA NORONHA, loc. cit.; LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, op. cit., pág. 246, n. 295; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Os Recursos" cit. na nota n. 13 supra, págs. 68/69, e, anteriormente, "Sistema de Normas Gerais de Recursos Cíveis", págs. 302, ns. 242 a 244, ed. "Freitas Bastos", Rio de Janeiro, 1963.
16. Na palestra citada — "Os Recursos" (n. 13 supra), proferida em janeiro de 1973, observamos ser injustificável a omissão nos embargos infringentes — A dita Lei n. 5925, portanto, acolheu nossa sugestão, completando o art. 500.
17. "Comentários", cit., pág. 350, n. 184.
18. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Recurso Ordinário Constitucional", in "Rev. For.", 177/54; "Rev. Trib.", 276/7; "Rev. Jur.", 33/45; "Rev. Fac. Dir. Pelotas", 4/93; "Sistema", cit., pág. 190 e segs., ns. 179 a 188; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Instituições", cit., vol. IV, págs. 13, n. 863; e pág. 26, n. 872; ALFREDO BUZAID, "Exposição de Motivos ao Anteprojeto", item n.º 43; BARBOSA MOREIRA, "Do Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis", pág. 11, rodapé n. 2, e "Comentários", cit., pág. 219, rodapé n. 226; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro", pág. 76, n. 23, e passim. ed. "Rev. Trib.", São Paulo, 63.
19. "Os Recursos", cit. na nota n. 13 supra, com apoio de BARBOSA MOREIRA, "Comentários", cit., pág. 432, rodapé, n. 400.

20. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, "Comentários" ao Código de Processo Civil" art. 601, vol. 6.º da coleção "FORENSE", Rio de Janeiro, 1974.
21. "Vocabulário Jurídico", pág. 57, Cap. IV, n. 25, ed. póstuma, Montevideo, 1960, e "Interpretação das Leis Processuais", pág. 197, Cap. IV, n. 19, trad. brasileira, "Coleção Filadelfo", ed. "Limonad", São Paulo, 1956.

PARECERES

PARECER N.º 2592

DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA.
REGISTRO DE IMÓVEIS.

A transcrição, no Registro de Imóveis, da sentença que julga ação de desapropriação, não está sujeita às normas que disciplinam as transcrições comuns, notadamente a inserta no art. 214 do Decreto n.º 4.857.

R. M. B. e outros dirigem-se ao Senhor Secretário do Interior e Justiça, propondo a revogação do ato expropriatório tendo por objeto bem de propriedade dos postulantes situado em Passo Fundo ou a composição amigável à base do pagamento de Cr\$ 450.000,00.

Alegam que o processo expropriatório, iniciado em 1965 e julgado em segunda instância em 1967, contém irregularidades e vícios insanáveis e que nos dias atuais (depois de 7 anos) “configura um empobrecimento dos desapropriados e um enriquecimento sem causa do Estado, citando exemplo de uma venda de imóvel menor e em local próximo (mesma rua e quadra), realizada em 1973 pelo preço de Cr\$ 365.000,00”.

2. Dentre os documentos anexados constam cópias de promoções do Oficial do Registro de Imóveis de Passo Fundo, suscitando dúvida sobre a possibilidade de transcrever, segundo se infere, o mandado judicial previsto no art. 29 do Decreto-Lei n.º 3.365/1941, por estar o imóvel expropriado registrado naquele Ofício em nome, supostamente, do pai dos requerentes, por não haverem sido transcritos no dito mandado as negativas fiscais nem constar do mesmo a descrição pormenorizada do imóvel em questão.

Encaminhado o processo a esta Consultoria-Geral, a Coordenação da Unidade de Defesa Judicial pede parecer sobre a possibilidade de ser recusada a transcrição de sentença de desapropriação, a pretexto

de faltar transcrição anterior, considerando-se que pela expropriação adquire o Estado, de modo originário, a propriedade.
É o relatório.

3. Relativamente às postulações dos requerentes é evidente implicar sua decisão em juízo de conveniência ou utilidade, por parte do Estado, que somente o Chefe do Poder Executivo poderia emitir.

Registre-se, entretanto, a extraordinária diferença entre a quantia pretendida pelos requerentes (Cr\$ 450.000,00) e a que o Estado foi condenado a pagar por acórdão, ao que tudo indica passado em julgado (Cr\$ 36.000,00), a qual, acrescida de juros, correção monetária e demais ônus, perfaz a soma de Cr\$ 56.471,85.

Ademais, através do exame das peças anexadas pelos próprios requerentes, não se vislumbra qualquer irregularidade ou vício insanável do processo expropriatório "que o nulificam, tornando-o imprestável" (sic.). Ao contrário infere-se tratar-se de processo perfeitamente regular, do ponto-de-vista formal, no qual já há decisão de segunda instância, há mais de seis anos, confirmando integralmente a sentença do Juiz de Direito.

Isso posto e, não constituindo a desapropriação ato ilícito praticado pelo Estado, mas exercício de poder que lhe é constitucionalmente reconhecido, não tem qualquer consistência jurídica a alegação de que, **passados 7 anos**, a indenização fixada judicialmente não é justa.

Essas considerações demonstram a improcedência dos fundamentos invocados pelos requerentes para formularem sua proposta de composição amigável do preço.

4. No que tange à questão suscitada pelo douto Coordenador da Unidade de Defesa Judicial, é de ressaltar-se configurar a desapropriação ato regido pelo Direito Público, com efeitos na esfera do Direito Civil (cf. OTTO MAYER — Droit Administratif Allemand — III, § 34; RUY CIRNE LIMA — Princípios de Dir. Administrativo Brasileiro, 2.^a ed., pg. 119 — PONTES DE MIRANDA — Comentários à Const. de 1967 — v. pgs. 385-392), daí por que não é a expropriação instituto misto (de Direito Público e de Direito Civil). Ela só no plano da eficácia atinge o Direito Civil, no qual é visualizada como um dos modos de perder a propriedade.

5. Esse entendimento, que é consagrado pelo Código Civil (art. 590 "caput") corresponde a melhor doutrina que vê na desapropriação um ato extintivo de direitos, o domínio, todos os seus desmembramentos e os direitos pessoais resultantes do respectivo exercício (cf. ALCIDES CRUZ — Dir. Adm. Bras. pg. 220), ou genericamente um dos modos de perda da propriedade (cf. RUY CIRNE LIMA, ob. cit. pgs. 75 e 119; PONTES DE MIRANDA ob. e vol. cit., pgs. 386, 393, 404), acompanhada, porém, tal perda da simultânea aquisição da dita propriedade por parte do expropriante. E, porque tal aquisição é simultânea e não correspondente ou correspectiva, como acentua o eminente RUY CIRNE LIMA, o desapropriante adquire o domínio da coisa expropriada originariamente (cf. também PONTES DE MIRANDA — ob. e vol. cit. pg. 386, 393, 404).

6. Se o titular do domínio que sofreu a expropriação não o transmite, apenas o perde, forçoso é concluir que a desapropriação é um título originário de aquisição, na qual o expropriante não substitui o expropriado, nem a aquisição posterior tem algo a ver com a perda anterior.

Isso posto, compreende-se que, na desapropriação, a transcrição da sentença não esteja sujeita ao princípio da continuidade do registro consagrado no art. 214 do Decreto n.º 4.857, que dispôs sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil. Tem ela por finalidade apenas, como mostra SERPA LOPES, indicar o término da propriedade privada, encerrando todos os direitos reais limitativos da propriedade e incompatíveis com a expropriação (Trat. dos Registros Públicos — 2.^a ed. — IV, pg. 165). Nada tendo a aquisição, por parte do poder público, a ver com a perda da propriedade sofrida pelo expropriado, não seria curial possa exigir-se, para a transcrição (da sentença) a satisfação de requisitos que visam disciplinar precisamente a transferência de domínio de um proprietário para outro.

Nesse sentido SERPA LOPES, após estabelecer a diferença entre a transcrição preceituada no Código Civil e a imposta pela lei de desapropriações, é peremptório no sentido de afirmar, relativamente à última, que se não pode exigir o requisito da transcrição do título anterior (ob. e vol. cit. pgs. 165).

Finalmente, a própria redação do art. 214 do Decreto 4.857 mostra que esse dispositivo legal se dirige apenas às transmissões comuns de imóveis, e não às hipóteses de desapropriação.

7. Por todo o exposto entendemos inadmissível a recusa, pelos motivos invocados de transcrição de sentença de desapropriação.

Nada obsta, porém, que o Estado, no sentido de ter seus imóveis em perfeitas condições de individualização e caracterização, não somente faça a sentença ser acompanhada de planta que localize perfeitamente o imóvel expropriado, como também solicite a inclusão na dita sentença da descrição exata do mesmo imóvel.

É o parecer.

Porto Alegre, 15 de julho de 1974.

ELMO PILLA RIBEIRO
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2617

Declaração de interesse social das áreas declaradas de utilidade pública, pelo Estado, para desapropriações visando à execução do Plano Habitacional.

O SENHOR SECRETARIO DE ESTADO EXTRAORDINARIO PARA ASSUNTOS DA CASA CIVIL encaminha à Consultoria-Geral do Estado consulta oriunda da Companhia de Habitação do Estado do Rio Grande do Sul — COHAB-RS — calcada em pronunciamento de sua Assessoria Jurídica, sugerindo que os decretos de desapropriação emitidos pelo Estado consignem a motivação de “INTERESSE SOCIAL” em vez de “UTILIDADE PÚBLICA” como tem sido praxe, promovendo, outrossim, por um decreto único, a retificação dos já publicados.

* Aprovado pelo Senhor Governador do Estado, em 18/9/1974.

Considera, também, conveniente a não-inserção da cláusula de urgência em tais decretos expropriatórios para prevenir as consequências de sua caducidade (§ 3.º do art. 15 da Lei de Desapropriações n.º 3.365, de 21/6/1941).

É o relatório.

A partir da Constituição de 1946 (§ 16 do art. 141) foi prevista a desapropriação, também, por interesse social, a ser tornada efetiva mediante prévia e justa indenização em dinheiro, tal como a desapropriação por utilidade pública.

Para o fim de justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, previu a Constituição referida, em seu art. 147, a desapropriação nos termos do precitado § 16 do seu artigo 141, vale dizer, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Pela Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964, foi alterado o aludido § 16 do artigo 141 da Constituição Federal, inserindo-se-lhe a exceção constante do § 1.º por ela acrescido ao artigo 147, segundo o qual:

“ § 1.º — Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula exata de correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos em parcelas anuais sucessivas”.

A dúvida que pudesse haver quanto à competência concorrente da União, dos Estados e Municípios para promover a desapropriação por interesse social, nos termos em que a pôs a Lei Federal n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, com o advento da Emenda Constitucional n.º 10, de 1964, desapareceu por completo uma vez que o § 1.º da Ementa, acrescido ao artigo 147 da Constituição Federal de 1946, deu pela competência exclusiva da União apenas num só caso, o da desapropriação da propriedade territorial rural.

A Constituição Federal de 1967, na remissão que consignou no § 22 do artigo 150, dispôs no § 1.º do inciso VI do seu art. 157:

“ § 1.º — Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária”.

e acrescentou no seu

“ § 3.º — A desapropriação de que trata o § 1.º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei”.

A Constituição promulgada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, quanto ao direito de propriedade consignado no § 22 do artigo 153, na remissão ao artigo 161, dispôs por seu turno:

“ Art. 161 — A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária”.

No parágrafo segundo deste artigo reproduz “ipsis litteris” a redação do § 3.º do inciso VI do artigo 157 da Constituição de 1967, acima transcrito, e acrescenta:

“ § 3.º — A indenização em títulos somente será feita quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro”.

No parágrafo seguinte introduz uma inovação ao princípio de exclusividade com a delegação de competência pelo Presidente da República, “in verbis”:

“ § 4.º — O Presidente da República poderá delegar as atribuições para a desapropriação de imóveis rurais por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias”.

2. Tendo em conta as normas constitucionais acima transcritas e a enumeração dos casos de “interesse social” previstos na Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, especialmente os primeiros, verifica-se que à União foi reservada, nos termos em que o dispõe, competência privativa para a desapropriação, por interesse social, DA PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL (§ 2.º do art. 161), sendo vedada aos Estados tal prerrogativa, a menos que lhes sejam delegadas pelo Presidente da República as atribuições para a desapropriação de imóveis rurais por interesse social, porém, somente após a declaração, por decreto presidencial, de zonas prioritárias (§ 4.º do art. 161) e sempre condicionada a um dos requisitos postos no artigo 160, especialmente os incisos II, III e IV, da Constituição Federal vigente.

3. A Lei Federal regulamentadora das desapropriações por interesse social n.º 4.132, de 1962, foi promulgada na vigência da Constituição de 1946, com observância, em seu contexto, da regra geral e constitucional do pagamento de prévia indenização em dinheiro.

Pela Emenda Constitucional n.º 10, de 09.11.1964, foi reservada à União a prerrogativa de desapropriação DA PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula exata de correção monetária, e que abrangia, portanto, apenas, os casos mencionados sob os incisos I e VI do artigo 2.º da precitada Lei n.º 4.132, de 1962.

Nos demais casos, e, inclusive, no apontado inciso I, no que se referisse às necessidades urbanas de habitação, não houve reserva de competência à União para a desapropriação por interesse social, dos arrolados no artigo 2.º da lei mencionada, podendo, pois, os Estados e Municípios, dentro de sua política Administrativa de fomento urbano ou rural, promover as desapropriações que lhes interessassem, porém, mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro.

4. A consulta circunscreve o pedido de esclarecimento e orientação com vista ao inciso V do artigo 2.º da Lei n.º 4.132/62, a saber:

“ Art. 2.º — Consideram-se de interesse social:

.....
V — a construção de casas populares”.

Como o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21.06.1941, alterado pela Lei n.º 2.786, de 21.05.1956, regula a desapropriação em casos de utilidade pública sem, contudo, enumerá-los, eutende a assessoria jurídica do órgão que ocorreria defeito de forma na elaboração dos decretos de desapropriação visando a tal finalidade, o que poderia gerar anulação, embora seja interdito ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se ocorrem, ou não, os casos de utilidade ou necessidade públicas ou de interesse social, mas teme que poderia tal caso de anulação ser pronunciado em ação direta do interessado.

Propõe a assessoria jurídica do órgão que os decretos emanados pelo Executivo para desapropriação de imóveis visando à construção de casas populares declarem tal desapropriação por **interesse social** e não por **utilidade pública** e sugere que sejam “retificados os decretos já publicados, o que poderia — segundo entende — ser efetivado através de um único ato governamental”.

Preconiza, ademais, a não-inserção da cláusula de urgência em tais decretos para fins de imissão provisória na posse, o que parece tranqüilo ante o texto do art. 15 do Decreto-Lei Federal n.º 3.355, que sob o título “De processo judicial” dispõe: “Se o expropriante alegar urgência e ...”. A alegação de urgência, portanto, pode ocorrer no processo.

5. A prerrogativa constitucional conferida ao Poder Público, nos seus três graus: federal, estadual e municipal, de declarar os casos de necessidade ou de utilidade pública, e, mais recentemente, de interesse social para desapropriar bens do domínio privado, visando aos superiores interesses da coletividade, não tem outra limitação que não a do abuso do poder, da inconstitucionalidade ou, “lato sensu”, da ilegalidade.

Tais vícios, porém, não poderão ser opostos à ação desapropriatória dentro dos estritos limites do respectivo processo em que é vedado ao Poder Judiciário apreciar o mérito da desapropriação, ou seja, se ocorrem, ou não, casos de utilidade pública ou de interesse social, critérios esses da exclusiva competência do Poder desapropriante.

Supondo-se a propositura de ação ordinária visando à anulação da desapropriação realizada com suposto vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade, ou de abuso de poder, o exame judicial limitar-se-ia à aná-

lise da destinação do bem expropriado, verificando se este fora empregado para a finalidade pública ou social em vista.

Verificada a correta destinação do imóvel, para uma das finalidades de interesse público ou de interesse social, não se ofereceria possibilidade para a declaração de nulidade ou para a anulação da desapropriação, pouco importando, no caso, que o decreto declaratório haja mencionado a utilidade pública em vez do interesse social como móvel persecutório da ação governamental.

6. Dentre os casos que o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941 — Lei de Desapropriações — no seu artigo 5.º, refere como de utilidade pública, figuram:

“ e) criação e melhoramento de centros de população,

.....
i) ... a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética”.

A... “construção de casas populares” mencionada no inciso V do art. 2.º da Lei n.º 4.132, de 1962, como caso de desapropriação por interesse social, se acha insita nos de utilidade pública mencionados de uma forma bem mais ampla e genérica nas letras “e” e “i” do art. 5.º da Lei de Desapropriações, acima transcritas, o que implicaria, sem dúvida, em fundamentação perfeitamente jurídica e legal da menção de utilidade pública nos respectivos decretos declaratórios.

Embora considerando indiferente a fundamentação do decreto, declaratório, para os casos sob exame, na utilidade pública ou no interesse social, tanto que a competência privativa da União se restringe aos casos de desapropriação, por interesse social, da propriedade territorial considerada como latifúndio improdutivo, ocorrem, todavia, dúvidas que se refletem, inclusive, na jurisprudência, consubstanciada numa das correntes que entende, “data venia”, erroneamente, privativa da União a declaração de qualquer um dos casos legalmente arrolados como de interesse social.

Já seria esta razão suficiente para que os decretos declaratórios com vista à desapropriação de terras para a edificação de casas popula-

res se fundasse, como vem sendo praticado, em utilidade pública consoante letras “e” e “i” do artigo 5.º da lei de desapropriações, precisamente, para evitar dúvidas e discussões futuras.

Porto Alegre, 15 de agosto de 1974.

CARLOS MARIA RUSCHEL
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2587

LICENÇA-PRÊMIO. Faltas justificadas. Interpretação do art. 162 do Estatuto.

No expediente em que o Oficial Administrativo I. M. S., pediu reconsideração do despacho indeferitório exarado no processo n.º 112/66-SENA, o Senhor Secretário da Administração solicitou o pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado, em virtude de divergência de opiniões manifestadas nos processos n.ºs. 21.930/69 e ... 8.334/71.

2. Esses expedientes reavivam antiga discussão em torno da exata exegese a ser dada ao art. 162 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, que tem este enunciado:

“ Ao funcionário que, durante dez anos ininterruptos, não se houver afastado do exercício de suas funções estaduais, é assegurado direito de gozar licença-prêmio de seis meses por decênio, com todas vantagens do cargo, como se nele estivesse em exercício.

* Aprovado pelo Senhor Governador do do Estado, em 16.7.1974, Publicado no Diário Oficial, de 23.7.74, p. 4.

Parágrafo único — Para os efeitos do artigo não se considerará interrupção do serviço o afastamento nos casos dos artigos 167, itens I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XIII, XV, XVI .. XVII, XVIII e XIX; 168, item IV e 144 deste Estatuto as licenças para tratamento de saúde, até seis meses; e, por motivo de doença em pessoa da família, até três meses; cinco faltas não justificadas, a partir da Lei n.º 351, de 19 de outubro de 1848; e trinta faltas justificadas, tudo por decênio de serviço”.

3. Tudo consiste em saber se as “trinta faltas justificadas”, a que alude o parágrafo único, no seu final, constituem hipóteses distinta da contemplada no item XV do art. 167 do Estatuto (“moléstia devidamente comprovada até 3 dias por mês, observado o que estabelecer o art. 75.^a), ou se, simplesmente, representam um limite, para efeitos de licença-prêmio, às faltas ao serviço referidas naquela mesma regra.

4. A jurisprudência administrativa do Estado sempre pendeu para essa segunda interpretação, como se vê do Parecer n.º 3841, de 1959, do Conselho do Serviço Público, de que foi relator o então Conselheiro JOÃO LEITÃO DE ABREU:

“ A exegese até agora predominante na administração do Estado é a de que faltas justificadas são as conhecidas, na praxe administrativa corrente, como faltas abonadas. Por faltas abonadas se têm entendido as resultantes de moléstia devidamente comprovada até três dias por mês. Nesse sentido é o Parecer n.º 3572, de 21 de agosto de 1957, onde se reflete a hermenêutica de que os órgãos executivos nunca se afastaram.

Contra essa interpretação argüe-se, porém, que se contempla, no Estatuto, como hipóteses do afastamento do funcionário que não importam interrupção de sua efetividade: a) o resultante de moléstia devidamente comprovada até três dias, art. 167, it. III; b) o oriundo de trinta faltas justificadas (art. 162, parágrafo único) Como duas são as hipóteses prefiguradas no Estatuto, uma do afastamento por moléstia devidamente comprovadas, até três dias, e outra de faltas justificadas, não seria lícito ao intérprete englobar num só caso as espécies que o legislador teria distinguido.

2. O argumento posto desta maneira parece, à primeira vista, procedente. Basta, no entanto, que se examine com maior cuidado o problema para que se opte pela solução que até aqui lhe vem sendo dada, repelindo-se, destarte, a inovação que se pretende introduzir a esse respeito.

Mais do que outros argumentos, serve a provar que falta justificada o mesmo é que falta oriunda de moléstia devidamente comprovada até três dias por mês, esta circunstância: a de que não se descobre, em nenhum texto legal, a disciplina da falta justificada como figura autônoma. Se constituísse essa falta espécie independente de afastamento, far-se-ia mister que se lhe marcassem as condições em que teria lugar. Exigir-se-ia, ainda, ato que justificasse a falta.

Entretanto, nada disso existe, pois em nenhum texto legal se cogita da matéria. Se assim é, não se corporifica falta justificada como figura autônoma, diversa da falta abonada por motivo de moléstia. Se é verdade que, de fato, certas faltas são dadas pelas chefias, como inexistentes, menos certo não é que, precisamente por não existir poder legal para a justificação da ausência assim ocorrida, dela não fica traço nos assentamentos do funcionário. Logo, não haverá, ainda, nesse caso, falar-se em falta justificada, como espécie autônoma de afastamento.

Nesses termos, reitera este Conselho ponto-de-vista já expresso, segundo o qual não se pode distinguir, legitimamente, entre faltas justificadas, e abono de falta por moléstia devidamente comprovada, até três dias por mês”.

4. Haverá razões para modificar-se, agora, esse entendimento? Parece-me que não. Além dos argumentos, que julgo irrespondíveis, alinhados nos Pareceres do Conselho do Serviço Público, cabe ponderar que a licença a que faz jus o servidor que implementar os requisitos estabelecidos no art. 162 do Estatuto, como aliás o seu nome está a indicar, tem por objetivo recompensar, premiar o servidor por sua assiduidade e dedicação ao trabalho. Assim, mesmo nos casos mais graves em que ele se ausenta do serviço por motivo estranho à sua vontade, como ocorre na licença por doença em sua própria pessoa ou em pessoa da sua família, tal ausência só não elide o direito à licença-prêmio quando se contiver

dentro dos limites estabelecidos na lei (6 meses para a licença para tratamento de saúde e 3 meses para a de doença em pessoa da família).

Ora, seria incoerente que ainda se admitisse que o servidor pudesse ter, **ilimitadamente**, 3 dias de falta por mês, em razão de moléstia devidamente comprovada. Isso implicaria aceitar que em 10 anos o servidor poderia faltar, por esse motivo, um ano inteiro (3 x 12 x 10 = 360), o que manifestamente não se harmoniza com a intenção ou objetivo de premiar o prestador de trabalho público por sua assiduidade. Essas considerações de ordem pragmática levam também a concluir que as trinta faltas justificadas a que alude o parágrafo único, **in fine**, do art. 162 do Estatuto tem o significado de limite às faltas que a lei considera como justificadas, como é, precisamente, caso previsto no art. 167, item XV do Estatuto. Apesar da redação censurável e ambígua do art. 162 daquele mesmo diploma, não há outra interpretação que possa ser qualificada como razoável.

Porto Alegre, 8 de julho de 1974.

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2582

ADJUDICAÇÃO. O vigente Código de Processo Civil só admite a adjudicação por preço não inferior ao que constar do edital e quando a praça findar sem lançador.

Em processo de execução movido pela FAZENDA ESTADUAL a B. F. LTDA. e I. R. B. — fiador —, na Comarca de Espumoso, objetivando a cobrança da quantia de Cr\$ 8.476,00 (oito mil, quatrocentos e setenta e seis cruzeiros), referente a débito de Imposto sobre Circulação de Mercadorias, foi efetivada a penhora em imóvel dessa sociedade comercial, avaliado em Cr\$ 40.000,00 (quarenta mil cruzeiros).

Realizadas a primeira e a segunda praça, bem como o leilão, não se apresentou nenhum licitante.

Por mostrarem-se infrutíferas as praças e o leilão realizados, o Exm^o. Sr. Promotor Público enviou ofício a esta Consultoria-Geral, indagando do interesse do Estado em adjudicar o imóvel penhorado.

2. Para bem solucionar a consulta, tornam-se necessárias algumas considerações preliminares sobre o instituto da adjudicação.

O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia, em seu art. 981, que realizada a praça ou o leilão poderia o exequente requerer lhe fossem adjudicados os bens, devendo oferecer preço igual ao da avaliação, se não tivesse havido licitante, ou ao do maior lance, **verbis**:

“ Art. 981 — Realizada a praça, ou o leilão, poderá o exequente requerer lhe sejam adjudicados os bens, devendo oferecer preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitante, ou ao do maior lance”.

O novo diploma que regula o procedimento judicial, limitou substancialmente esse instituto, para não permiti-lo quando houver licitante, **verbis**:

“ Art. 714 — Finda a praça sem lançador, é lícito ao credor, oferecendo preço não inferior ao que consta do edital, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados”.

Em decorrência desse dispositivo legal, só é admissível a adjudicação quando findar a praça sem lançador, devendo o adjudicatário oferecer, pelo menos, preço igual ao que constar do edital, ou seja, ao da avaliação. Se esse valor for superior à importância da dívida, deverá o exequente depositar a diferença em dinheiro ou garantir de outro modo ao executado o direito a receber o excesso.

3. Muito embora o art. 714, do recente Código de Processo Civil, não tenha sido examinado pelos diferentes comentaristas, constata-se que, no que se refere a excesso de preço na adjudicação, não houve alteração em relação ao diploma anterior.

E na vigência do Código de Processo de 1939 era pacífico que no caso de o preço da adjudicação superar o valor do crédito, o exequente estava obrigado a repor a diferença em favor do executado.

Esta a opinião de PONTES DE MIRANDA:

“ O adjudicatário tem de depositar a diferença entre o que compõe a dívida executacional (dívida **mais** despesas e custas) e o preço”.

(in Comentários ao Código de Processo Civil, de 1939, Vol. VI, pág. 321)

No mesmo sentido se manifestou JOSÉ FREDERICO MARQUES:

“ Se o preço da adjudicação for superior ao seu crédito, cumpre-lhe fazer o depósito da diferença, a qual, depois de pagas as eustas, pertence ao executado”.

(in Instituições de Direito Processual Civil, vol. V, pág. 281)

Diverso não era também o entendimento de ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA:

“ O Código diz muito pouco sobre a adjudicação.

Hão de aplicar-se analogicamente as regras da arrematação.

O arrematante é obrigado a pagar a vista ou, sob fiança, no prazo de três dias (art. 967 e 978).

Ao adjudicatário quando a importância de seu crédito seja inferior ao preço da adjudicação, a mesma coisa se deve exigir (lei mineira, n.º 1.208, de 18 de outubro de 1930, artigo 15, § 1.º).

(in Direito Processual Civil Brasileiro, vol. IV, pág. 212).

4. Convém salientar, além disso, que não mais está em vigor, por ter sido a matéria inteiramente reglada pelo vigente Código de Processo Civil, a chamada Lei dos Executivos Fiscais — Decreto-lei n.º 960, de 17 de novembro de 1938 — que previa um abatimento no preço da adjudicação, nos processos especiais de cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, **verbis**:

“ Art. 37 — A Fazenda poderá requerer a adjudicação dos bens levados à praça, após o último pregão, caso não encontrem licitantes. A adjudicação será feita pelo preço do maior lance, ou

pelo da avaliação com o abatimento de 40% (quarenta por cento), quando na segunda praça, não tiver havido licitantes”.

Não pode, assim, o Estado, na hipótese de requerer a adjudicação, valer-se nem ao menos desse abatimento de 40% (quarenta por cento), por não mais estar vigente o dispositivo legal acima transcrito.

Não há, por isso, conveniência para a Fazenda Estadual em adjudicar o imóvel, uma vez que tendo sido o bem avaliado por valor superior ao crédito em execução, o Estado deverá devolver a diferença a firma executada.

5. Mas, muito embora o vigente Código de Processo Civil não admita a adjudicação por preço inferior ao que consta do edital, permite, de outra parte, que o exequente, como qualquer licitante, faça a arrematação.

Nessa hipótese o credor-arrematante não fica obrigado a exibir o preço, salvo se o valor oferecido exceder o seu crédito, caso em que depositará a diferença, *verbis*:

“ Art. 690 — A arrematação far-se-á com dinheiro à vista, ou a prazo de três (3) dias, mediante caução idônea.

..... omissis
§ 2.º — O credor, que arrematar os bens, não está obrigado a exibir o preço; mas se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro em três dias, a diferença, sob pena de desfazer-se a arrematação; caso em que os bens serão levados à praça ou ao leilão à custa do credor”.

6. Além disso, o novo Código de Processo não estabelece limite mínimo para os lances, pois dispõe expressamente:

“ Art. 686 — A arrematação será procedida de edital, que conterá:

..... omissis
VI — a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez (10) e os vinte (20) seguintes, a sua venda a quem mais der”.

7. Em conclusão creio que, no presente caso, não é conveniente para a Fazenda Estadual exercer o direito de adjudicação, pois terá de devolver à executada a diferença no valor aproximado de Cr\$ 30.000,00 (trinta mil cruzeiros).

Entendo, por isso, que o Estado deve requerer seja repetido todo o procedimento de arrematação, cuidando para que constem do respectivo edital todos os requisitos do art. 686 do Código de Processo Civil, especialmente a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, será vendido em outra data, desde logo designada, por quem mais der.

E, na hipótese de não alcançar o bem lance superior ao da avaliação, deverá o Estado, por intermédio do Senhor Promotor Público, arrematar o imóvel, oferecendo lance igual ao crédito da Fazenda Estadual, atualizado à data da praça, pois ficará desobrigado de exibir o preço e não haverá qualquer diferença a devolver à executada.

O lance do Estado, repita-se, deve ser igual ao crédito em execução, atualizado à data da praça. Não deverá ser em valor inferior para evitar que, havendo remição, a Fazenda Estadual não receba a totalidade de seu crédito.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.
Porto Alegre, 3 de julho de 1974.

JORGE ALBERTO DIEHL PIRES
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2575

MAGISTÉRIO ESTADUAL.

Situação dos inspetores de ensino frente ao novo Plano de Carreira.

Inviabilidade da percepção da gratificação existente após a transferência para o cargo de professor, mediante opção.

A Associação dos Inspectores de Ensino do Rio Grande do Sul — AIERGS —, através do expediente n.º 1161/74-CGE, consulta sobre a

situação dos Professores Inspectores ou Fiscais de Ensino, face o que dispõe a Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, que implantou no Estado o Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público, especialmente tendo presente a institucionalização do cargo de ESPECIALISTA DE EDUCAÇÃO, introduzido pelo citado diploma legal e que visa absorver, dentro da nova sistemática, entre outras funções, a fiscalização do ensino.

Ressalta, em seu ofício de fls. 2, a predita associação, que a atividade de fiscalização do ensino, peculiar ao Sistema Educacional do Rio Grande do Sul, é exercida por Professores do Ensino Médio II e do Ensino Primário, desempenhando a função de Inspetor do Ensino e percebendo gratificações de 20% sobre o vencimento básico (Professores do Ensino Médio) ou gratificação correspondente a FG-4 (Professores do Ensino Primário).

Esclarece, ainda, a AIERGS, que, até a data de 1.º de julho do corrente ano, deverá ser feita a opção para ingresso no Quadro de Carreira do Magistério, devendo esta opção ser efetivada através do cargo de Professor.

Indaga, pois, se “a opção poderá ser feita tranquilamente pelo único cargo até agora existente — o de professor — continuando os mesmos a exercerem a função e a receberem as respectivas gratificações, pertencentes ao Quadro Geral do Funcionalismo, enquanto não forem criados os cargos de especialistas, conforme determina o § 1.º do artigo 148 da Lei n.º 6.672/74 e ante o que lhes é assegurado por Lei Federal (artigo 84, Lei n.º 5.692/71)”.

É o relatório.

2. Cumpre dizer que a Lei n.º 6.672/74, já em vigor, buscando dar à classe do magistério público estadual um status realmente condigno com a atividade docente e a ligada ao ensino, introduziu entre os princípios básicos, além da profissionalização do professor, a paridade de remuneração, crescimento progressivo na carreira e a valorização da qualificação decorrente de cursos e estágios de aperfeiçoamento.

3. Procurou, assim, o legislador, propiciar através da recepção de normas federais de ensino insertas nos dispositivos da Lei n.º 6.672/74, ao lado da crescente valorização do pessoal do magistério, uma eficiência maior dos órgãos e instituições que integram o Sistema Estadual de

Ensino, com vistas a melhoria quantitativa e qualitativa da ação educacional coordenada pelo poder público.

4. Obviamente e, também, por traduzir estes fins, a nova Lei do Magistério, modificando fundamentalmente o tradicional estatuto anterior, Lei n.º 2.338/54, consignou exigências e condições, antes não existentes, ao ingresso de professores no quadro de carreira.

5. Assim, o artigo 2.º da Lei n.º 6.672/74, ao expressar o entendimento sobre a atividade do magistério, define *verbis*:

“ Art. 2.º — Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

.....
V — **Atividade de Magistério** a dos Professores, a dos Especialistas de Educação e a diretamente ligada, no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do Sistema Estadual de Ensino e ao aperfeiçoamento da educação”.

6. Introduziu, dessa forma, um novo cargo na carreira do magistério, o de ESPECIALISTA DE EDUCAÇÃO, que, abrangendo todas as atividades ligadas ao planejamento educacional, inspeção, supervisão, orientação e administração, alterou fundamentalmente a forma com que vinham sendo antes desempenhadas estas funções. Anterior e tradicionalmente retribuídas através de uma função gratificada correspondente ao FG-4 (ensino primário) ou de 20% sobre o vencimento básico (ensino médio), que consistia em contraprestação à atribuição exercida, agora, a partir da nova Lei, estas atividades passarão a ser consideradas dentro de um critério unitário de remuneração, valorizante da qualificação profissional.

7. O inciso IV, do art. 2.º, da Lei n.º 6.672/74, assim definiu o Especialista de Educação:

“ IV — **Especialista de Educação** o membro do Magistério, que, tendo exercido a docência durante, no mínimo, três anos e possuindo a respectiva qualificação, desempenha atividades de administração, planejamento, orientação, atendimento e acompanha-

mento, psicológico nos campos educacional e clínico, inspeção, supervisão e outras similares no campo da educação;" (grifos do relator)

8. O problema fundamental que se apresenta no expediente se dirige, pois, à realização dessas atividades durante o período da implantação do novo Quadro de Carreira do Magistério, criado pela Lei n.º 6.672/74, já que somente trinta dias após esgotado o prazo de opção (art. 156, §§ 3.º e 4.º) para ingresso no já citado Quadro, é que os cargos de Professor e de Especialista de Educação serão criados, através de lei especial.

" Art. 148 — É criado o Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual, que será constituído de cargos de Professor e de Especialista de Educação, nos termos deste Estatuto.

§ 1.º — Os cargos de que trata este artigo serão criados mediante lei especial, trinta dias após esgotado o prazo de opção". (grifos do relator)

9. Ademais, o artigo 162, do mesmo diploma estatutário, ao estabelecer que o primeiro provimento dos cargos de Especialista de Educação se fará mediante transferência dos professores já integrados no Quadro de Carreira do Magistério, com exercício de, no mínimo, três anos consecutivos da função de especialista no magistério estadual, comprovada a habilitação específica para o cargo e dependente, ainda, de aprovação em prova de habilitação, evidencia, de forma mais marcante, o impasse de ordem fática e jurídica desencadeado pela nova Lei estatutária dos Professores do Rio Grande do Sul.

" Art. 162 — O primeiro provimento nos cargos de Especialista de Educação do Quadro de Carreira do Magistério será realizado por transferência dos atuais professores transferidos para o referido Quadro, que comprovem habilitação específica para o desempenho do respectivo cargo e exercício durante três anos consecutivos, da função de especialista no Magistério estadual, observado o disposto no parágrafo único do art. 34 desta Lei".

.....
" Art. 34 — Transferência é o ato que desloca o membro do

Magistério, ocupante de um cargo de provimento efetivo, de seu cargo para outro também de provimento efetivo do mesmo ou diferente quadro de magistério.

Parágrafo único — A transferência dependerá de habilitação específica para o exercício do cargo a ser ocupado e de aprovação em prova de habilitação" (grifos do relator)

10. A situação emergente do processo, segundo se depreende, é de que os atuais exercentes dessas atividades não preenchem, face a Lei n.º 6.672/74, os pressupostos hábeis a lhes outorgarem a ocupação do cargo específico, uma vez que estabeleceu, o legislador estadual, entre outras exigências, habilitação obtida em curso superior, ao nível de graduação, correspondente à licenciatura plena.

Evidentemente, assim dispôs a Lei n.º 6.672/74:

" Art. 149 — É exigência mínima, para ingresso no Quadro de Carreira do Magistério Público Estadual:

.....
II — para especialistas de educação: **habilitação específica obtida em curso superior, ao nível de graduação correspondente à licenciatura plena**, e, ainda, três anos, no mínimo, de exercício de docência". (grifos do relator)

11. O artigo transcrito consiste, aliás, na recepção, dentro do Estado, de norma federal constante do art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases — Lei n.º 5692/71 — e que assim determina:

" Art. 33 — A formação de administradores, planejadores, orientadores, **inspetores**, supervisores e demais especialistas de educação será feita em curso superior de graduação, com duração plena ou curta, ou de pós-graduação". (grifos do relator)

12. Comparando estes dois dispositivos se verifica com clareza a **intenção** do legislador federal e a do Estado, de estabelecer, em nível superior de graduação, a qualificação específica do Especialista de Educação. Entender de forma diversa seria desfigurar a própria essência da Lei de Diretrizes e Bases e da Lei local n.º 6.672/74.

13. A alegação da Presidente da Associação de Inspectores de Ensino do Estado, de que a Lei Federal n.º 5.692/71, de Diretrizes e Bases, teria assegurado, no art. 84, os direitos dos atuais Inspectores de Ensino frente ao novo Plano de Carreira do Magistério, não pode prevalecer, uma vez que devem ser entendidos esses direitos dentro do sistema em que se constituíram. A garantia expressada no art. 84, diga-se de passagem, dirigida apenas aos titulares de cargos, providos em caráter efetivo e estáveis no serviço público — **situação não prevalente no Estado** — não gerou para a Administração o dever de transpor os nela ressalvados para o novo plano que se estabeleceu. Ramanesce, portanto, para os atuais inspetores efetivos, apenas a garantia de permanência na função, nos moldes até então vigentes. Por inspetores efetivos, no plano estadual, há de entender-se aqueles que, por força da Lei n.º 4.914, de 31.12.64, foram enquadrados em cargos de Professor do Ensino Médio e tiveram assegurado o direito de permanência no exercício das funções de fiscalização. Excluídos, por consequência, os detentores de FG, situação essencialmente de confiança, incompatível com qualquer idéia de estabilidade.

14. A partir da criação dos cargos de Especialista de Educação, previstos na Lei n.º 6.672/74, não se poderá mais considerar viável juridicamente, **dentro do novo sistema de Ensino do Estado**, o exercício das funções de Inspetor de Ensino remunerado através de gratificação, pois a existência de cargo específico, com valoração funcional e retribuição financeira correspondente, afasta, expressamente, qualquer outra forma de prestação dessa atividade.

15. Em atendimento à consulta, conclui-se, pois, que não poderão os optantes, **por falta de autorização no novo diploma legal**, exercer atividade de Especialista de Educação remunerada através de gratificação.

É o parecer.

Porto Alegre, 27 de junho de 1974.

ANA MARIA LANDELL DE MOURA
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2578

LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO DE CONCORRÊNCIA.

Inteligência do art. 43 parágrafo único do Decreto n.º 73.140 de 09/11/73.
Recurso improcedente.

Da Secretaria do Desenvolvimento Regional e Obras Públicas vem a esta Consultoria-Geral para exame e parecer, recurso interposto pela firma E. B. C. I. S. A., irresignada com decisão que revogou concorrência pública em que apresentou-se com menor preço.

A decisão do Senhor Secretário do Desenvolvimento Regional e Obras Públicas foi, de fato, em ordem a revogar aquele ato administrativo, com fundamento no Regulamento baixado pelo Decreto Federal n.º 73.140, de 9 de novembro de 1973, e motivada em razões que faz expressas, "in verbis":

"... a conveniência do Estado, tendo em vista o volume de obras que enfrenta nas edificações do Centro Administrativo, mostramos o alvitre de efetivar às relativas à instalação do Sistema de Telefones por etapas, compatibilizando a sua implantação a um cronograma financeiro de acordo com as disponibilidades que se alteraram desde a programação inicial. A revogação, portanto, é motivada pela alteração das circunstâncias relativas à conveniência da administração pública, ditada pela capacidade financeira de realização da obra". (fls. 2 e 3-CGE)

Após referir-se a esses fundamentos, manifesta a recorrente sua inconformidade mediante as seguintes razões, em substância:

a) Que o Senhor Secretário somente depois de colher novos informes acerca da matéria, é que resolveu revogar o certame; b) que "deveria ter sido revogado o Edital antes ainda do Parecer das comissões especialistas", pois o processamento de todos esses atos "são reveladores da persistência dos motivos que ditaram a abertura da concorrência". (sic fls. 3-CGE)

Prossegue, trazendo à colação textos doutrinários que diriam da impossibilidade do poder público agir como agiu por estar vinculado a normas que o demitem da liberdade, afinal, de revogar o ato;

— entende vago e impreciso o motivo suscitado pela autoridade cuja decisão estaria vinculada aos concorrentes, sendo determinada e imposta a contratação, a ser celebrada “a fortiori” com aquele que apresentar melhor proposta;

— importar, ainda, a revogação, em violar o sigilo necessário, por ciência antecipada dos valores, preços e desempenho dos equipamentos.

Finalmente, foi omissa o edital no que diz respeito à “reserva de revogação”.

Mediante essas razões, manifesta, primeiro, pedido de reconsideração, para o próprio Secretário, e, caso não provido, seja admitido como recurso, a Sua Excelência o Senhor Governador do Estado.

É o relatório.

2. O regime jurídico das licitações, nas três esferas de competência administrativa, a saber, União, Estados e Municípios, está hoje estatuído pelo Decreto Federal n.º 73.140, de 9 de novembro de 1973.

Discute-se, na espécie, o fato de haver o Senhor Secretário revogado o ato administrativo consubstanciado em concorrência para a instalação de serviços telefônicos, inequívoca hipótese de obra pública, objeto, logo, da normação do antedito Regulamento.

Fê-lo com fundamento no art. 43, parágrafo único, pois é próprio do efeito devolutivo contido no recurso então apreciado, o poder de revogar a concorrência, tanto quanto alterar a decisão de inferior instância, reformando-a.

Diz o Regulamento:

“ Art. 43:

.....
Parágrafo único: A autoridade competente fundamentará sua decisão que prover o recurso **ex officio** ou voluntário para alterar o julgamento, anular ou revogar a licitação”.

Aliás, já o art. 48 do Decreto em causa faculta a avocação pela autoridade superior, dos atos editados pela de hierarquia inferior, dispondo de um amplo poder de revisão, não estando este, assim, comportado apenas no efeito de eventual recurso.

Reza o art. 48:

“ É facultado aos Ministros de Estado ou autoridade hierárquica correspondente avocar a licitação para anulá-la ou revogá-la, em despacho motivado”.

Ademais, não nos parece possível discutir, mesmo anteriormente à regulamentação, existir a faculdade do superior hierárquico revogar ato do subordinado, porquanto este poder é inerente à hierarquia administrativa e um dos efeitos jurídicos que lhe dão significação.

Ruy Cirne Lima, a propósito, ensina:

“... b) ao superior hierárquico incumbe suspender ou revogar os atos administrativos, praticados pelo subalterno, quando contrários ao direito, inconvenientes ou inoportunos. Essa atribuição é suscetível de exercer-se, tanto por provocação como “ex-officio”. A devolução ao superior hierárquico do conhecimento do ato administrativo, praticado pelo subalterno, opera-se por intermédio do recurso hierárquico, ou da avocação”. (in Princípios de Direito Administrativo, pág. 159, 3.ª edição)

Na avocação comparece, pois, o “efeito devolutivo” e é amplo, assim, o poder revisional da hierarquia superior.

Utilizou-se a autoridade de uma faculdade constante do Regulamento, revogando o ato, motivadamente, faculdade esta que sempre existiu no direito pátrio, à semelhança de outros ordenamentos, contrariamente ao que se sustenta no recurso ora interposto, frutificada na hierarquia administrativa.

Já ensinara, também, Hely Lopes Meirelles:

“ A anulação ou a **revogação** tanto **pode ser feita** pela Comissão ou autoridade que presidir a licitação, como por **autoridade superior**, de ofício ou mediante provocação recursal, **desde que ocor-**

ram motivos que a justifiquem, pois seria inconcebível que a Administração fosse obrigada a manter uma licitação ilegal ou contrária ao interesse público". (em grifos)

E, adiante:

" Sendo a anulação e a revogação faculdades inerentes a toda Administração Pública e constando da lei a possibilidade de seu exercício, é dispensável a reserva desse direito no edital ou convite para ser efetivado no momento oportuno. As cláusulas que o ressalvam como faculdade da Administração constituem simples advertências aos licitantes, pois nada acrescentam ao que a lei já consignou como privilégio administrativo". (in Licitação e Contrato Administrativo, pág. 163)

Não envolvendo matéria de legalidade, acentua a seguir, que a revogação é privativa, da Administração, diferentemente do decreto anulatório que é comum a ela e ao Judiciário, pois é inoportuno que a este seja dado avaliar a conveniência e oportunidade da prática dos atos inerente à discricionariedade administrativa.

Adilson Dallari, em acatada monografia, professa

" A licitação não será aprovada quando se constatar a existência de algum vício jurídico em qualquer das fases do procedimento ou quando a aceitação da proposta considerada aceitável pela autoridade adjudicante for inoportuna ou inconveniente ao interesse público". (in Aspectos Jurídicos da Licitação, pág. 129)

Já afirmara antes:

" É perfeitamente possível que por circunstâncias supervenientes à abertura da licitação e inerentes à vida interna da Administração (por exemplo: queda da arrecadação, desnecessidade da obra ou serviço, alterações nas dotações orçamentárias etc.) uma proposta em si mesma aceitável, não possa mais ser aceita. O contratante selecionado reunia todas as condições para contratar com a Administração, mas esta passou a não ter condições para contratar com ele". (Op. cit. pág. 128)

3. Revela-se a perfeita sintonia do ato levado à prática pelo Senhor Secretário do Desenvolvimento Regional e Obras Públicas com a doutrina que veio a ser consagrada em texto regulamentar, a qual ficou ignorada no recurso interposto, e em exame. Os textos doutrinários que a interessada põe a calvo são expressões fragmentárias extraídas de alguns autores que não estão contraditando hipótese igual a aqui deflagrada pela autoridade, não sendo, em consequência, exposições aplicáveis à revogação, consistindo esta em juízo que se formula, e ato que se pratica, anteriormente à celebração do contrato, impedindo o surgimento de obrigação.

Não há lugar para dúvidas, perfeitamente dirimidas na estatuição do Regulamento, especialmente no que concerne à oportunidade da revogação que é contemplada como solução optativa para o deslinde do recurso, como se viu dos termos do seu art. 43, parágrafo único.

4. Articula, ainda, o recurso, a falta de motivação do ato revocatório, descrevendo o despacho neste sentido "vago e impreciso".

Ora, a revogação do ato administrativo está assente nas razões de conveniência concebidas pelo administrador que deve mencionar, não obstante, os motivos conducentes ao ato. Não significa esta imposição, que a autoridade seja tangida a realizar uma demonstração minuciosa das causas que ditaram a sua conduta, consubstanciada numa apresentação da contabilidade pública e dos elementos que condicionam a alteração da oportunidade da obra.

O motivo a ser expresso diz respeito a que se faça presente uma das diversas alternativas que dão ensejo à revogação, como, por exemplo, no caso de obra pública em geral: a desnecessidade de sua execução, a realização da obra em outro local, a alteração das especificações, ou, como no caso vertente, a impossibilidade momentânea de sua execução, na envergadura concebida nos primórdios, face à modificação das condições financeiras de realização da obra.

O motivo, assim, está consignado no despacho, sem sombra de dúvida, de modo raso e bastante.

5. Nem se pense que a decisão por haver sido posterior a diversas diligências com as quais se acautelava o administrador, seja despida de mérito e perca o conteúdo de legalidade. É pública e notória a ascensão vertiginosa e súbita do custo da construção civil, tão insistentemente a-

pregoadas pelas empresas que trabalham no setor, circunstâncias que aléem a dúvida ventilada, levando-se em conta, ademais, não existir óbice legal capaz de impedir a prática do ato, como, e quando, foi editado.

6. Os fundamentos expostos conduzem à improcedência do apelo impetrado, sob a forma de pedido de reconsideração, o qual, não provido, sobe como recurso hierárquico a Sua Excelência o Senhor Governador do Estado, tendo em vista a legalidade do ato levado a efeito pela autoridade "a quo", praticado à luz de um juízo de conveniência, onde não faltou a motivação expressa, requerida em lei, na medida do necessário.

Opina-se pela manutenção do ato do Senhor Secretário do Desenvolvimento Regional e Obras Públicas, fundado nas melhores razões de direito.

Este o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 2 de julho de 1974.

MARIO NUNES SOARES
Consultor Jurídico

ÍNDICE

AÇÃO — As "condições do ação" e o novo Código de Processo Civil, por Walter Eduardo Baethgen	115
ADJUDICAÇÃO — O vigente Código de Processo Civil só admite a adjudicação por preço não inferior ao que constar do edital e quando a praça findor sem lançador. — Parecer 2582/CGE. Relator: Jorge Alberto Diehl Pires	161
AUTOMAÇÃO — A pesquisa documental automática, por Aurel David	11
BAETHGEN, Walter Eduardo. As "condições da ação" e o novo Código de Processo Civil	85
CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo Código de Processo Civil	115
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — A conciliação no novo, por Athos Gusmão Carneiro	115
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — As "condições da ação" e o novo, por Walter Eduardo Baethgen	85
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — A nova terminologia do, por Alcides de Mendonça Lima	123
CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, por Athos Gusmão Carneiro	115
CONCORRÊNCIA — Revogação de Concorrência. Inteligência do art. 43, parágrafo único, do Decreto n.º 73.140, de 9.11.73. — Parecer	171
"CONDIÇÕES DA AÇÃO" e o NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, por Walter Eduardo Baethgen	85

COUTO E SILVA, Almiro. Licença-Prêmio. Faltas justificadas. Interpretação do art. 162 do Estatuto. — Parecer 2587/CGE.	158
COUTO E SILVA, Clovis — Direito material e processual em tema de prova	65
DAVID, Aurel. A pesquisa documental automática	11
DESAPROPRIAÇÃO — Declaração de interesse social das áreas de utilidade pública, pelo Estado, para desapropriação visando a execução do Plano Habitacional. — Parecer 2617/CGE. Relator: Carlos Maria Ruschel	152
DESAPROPRIAÇÃO — Sentença. Registro de Imóveis. — Parecer 2592/CGE. Relator: Elmo Pilla Ribeiro	149
DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL EM TEMA DE PROVA, por Clovis do Couto e Silva	65
FUNCIONÁRIO — LICENÇA-PRÊMIO — Faltas justificadas. Interpretação do art. 162 do Estatuto. — Parecer 2587/CGE. Relator: Almiro do Couto e Silva	158
IRRESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE ANÔNIMA POR DECISÕES NULAS OU ABUSIVAS DA ASSEMBLÉIA GERAL, por Arnold Wald	55
LANDELL DE MOURA, Ana Maria. Situação das inspetores de ensino frente ao novo Plano de Carreira. — Parecer 2575/CGE.	165
MAGISTÉRIO — PLANO DE CARREIRA — Situação dos inspetores de ensino frente ao novo Plano de Carreira. — Parecer 2575/CGE. Relator: Ana Maria Landell de Moura	165
MENDONÇA LIMA, Alcides de. A nova terminologia do Código de Processo Civil	123
PADRÕES JURÍDICOS E UNIFICAÇÃO DO DIREITO, por André Tunc	35
PESQUISA DOCUMENTAL AUTOMÁTICA, por Aurel David	11
PIRES, Jorge Alberto Diehl. Adjudicação. O vigente Código de Processo Civil só admite a adjudicação por preço não inferior ao que constar do edital e quando a praça findar sem lançador. — Parecer 2582/CGE.	161
RIBEIRO, Elmo Pilla. Desapropriação. Sentença. Registro de Imóveis. — Parecer 2592/CGE.	149
RUSCHEL, Carlos Maria. Declaração de interesse social das áreas de utilidade pública, pelo Estado, para desapropriação visando a execução do Plano Habitacional. — Parecer 2617/CGE.	152

SOARES, Mário Nunes. Revogação de concorrência. Inteligência do art. 43, parágrafo único do Decreto n.º 73.140, de 9.11.73. — Parecer	2578/CGE.	171
SOCIEDADE ANÔNIMA — Da irresponsabilidade da sociedade anônima por decisões nulas ou abusivas da assembleia geral, por Arnold Wald.		55
TERMINOLOGIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A nova, por Alcides de Mendonça Lima		123
TUNC, André. Padrões jurídicos e unificação do direito		35
WALD, Arnold. Da irresponsabilidade da sociedade anônima por decisões nulas ou abusivas da assembleia geral		55

