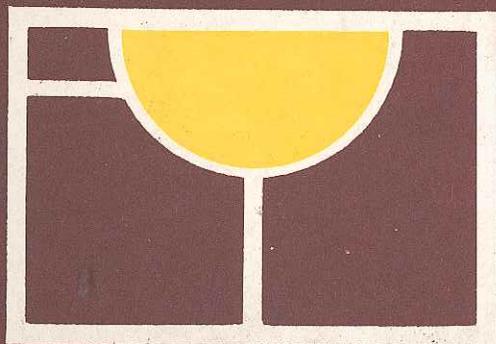


REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



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. 7	n.º 19	p. 1 o 184	1977
------	--------------	------	--------	------------	------

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 Documentação e
Divulgação da CGE.

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

Sinval Guazzelli — Governador do Estado

José Maria Rosa Tesheiner — Consultar-Geral do Estado

Jorge Arthur Morsch — Coordenador do Instituto de Informático Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Mório Bernardo Sesta

Antônio Estêvão Allgayer

Roso Maria Peixota Bastos

Maria Izabel de Araújo Fonyat

Lauro Corrêa Oliveiro

Suzona Maria Heller

Roque Antônio Ames

SUMÁRIO

DOCTRINA

RICARDO A. GUIBOURG	A Justiça e a Máquina.....	11
WALTER EDUARDO BAETHGEN	Contra a idéia de uma Teoria Geral do Processo	35
ATHOS GUSMÃO CARNEIRO	Do interesse de agir no concurso universal de credores	71
ARNOLD WALD	Da "quantum" a ser penhorado na execução	79

PARECERES

NEY SÁ	Empresa Pública Hospital de Clínicas de Porto Alegre	93
MÁRIO BERNARDO SESTA	Prescrição da pena disciplinar de demissão — Parecer 3675/CGE..	123
JOSÉ QUADROS PIRES	Vencimentos da funcionária readaptada — Parecer 3558/CGE ...	143
JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO	Licença-prêmio na acumulação de cargos de magistério — Parecer 3643/CGE	151

ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER	Destinação da herança jacente — Parecer 3593/CGE	155
CELSON MARTINS COSTA	Alienação de terras patrimoniais do Estado — Parecer 3659/CGE..	163
MÁRIO NUNES SOARES	Descoracterização do solório mínimo como fator de correção monetária — Parecer 3662/CGE	179

DOCTRINA

A JUSTIÇA E A MÁQUINA

RICARDO A. GUIBOURG

Juiz de Apelação do Tribunal do Trabalho
em Buenos Aires

“Como um computador, o juiz também está programado...” “Cada juiz é um “transductor” complexo...”
(Reed C. Lawlor (1))

Sumário

1. Introdução
2. As máquinas de carne e osso
3. O procedimento judicial
4. As necessidades da máquina
5. O juiz mecânico
6. O problema axiológico

1. INTRODUÇÃO

O primeiro juiz mecânico já está atuando. Nunca prestou juramento, não concede audiências, não escuta razões, nem se comove com pedidos. Embora todos o vejam, ninguém o cumprimenta. Ele permanece impassível, quieto, cinza e sério junto ao cordão da calçada. É o parquímetro, esse pequeno aparelho arrecadador das taxas de estacionamento que alguém inventou, certamente sem meditar sobre as mutações jurídico-processuais e axiológicas que sua implantação poderia simbolizar.

O juízo do parquímetro baseia-se em provas pré-constituídas, em uma norma clara e em um raciocínio esquemático. O próprio obri-

Tradução de “La Justicia y la Maquina” (La Ley, Buenos Aires 94(150):6-11, 17 mayo 1973), autorizada pelo autor e direção da revista. Tradução de Yandara Araújo Conte e Silvia La Porta de Castro.

(1) LAWLOR, Reed C., “Use of computers to predict appellate court decisions” em Law and Computer Technology, maio de 1968, p. 12.

gado — réu potencial do delito edilício — desencadeia-o ao introduzir, na máquina, o preço do estacionamento. A determinação do momento e do montante do depósito é uma das provas necessárias para este processo sumaríssimo, e a única que se apresenta ao juiz-máquina como estímulo externo. A outra prova é produzida no interior da própria máquina e é a contagem do tempo, através de um mecanismo de relojoaria.

Rigorosamente, ao vencer o prazo previsto e pago, se o automóvel ainda estiver ali, seu proprietário pode ler a automática sentença: a palavra "infração" aparece sobre fundo vermelho na boca transparente do parquímetro. Assim, rapidamente, o juiz valorou as provas, julgou e condenou. Aplicou a norma e "declarou o direito". Resta, agora, a execução da sentença, a cargo de imperfeitos seres de carne e osso (2), enquanto o juiz mecânico segue impávido para um novo "caso".

A análise precedente tem por objetivo colocar um problema que até pouco tempo só era debatido em estórias de ficção científica e novelas de futurólogos, mas cujo exame realista já não se pode evitar frente ao avanço tecnológico e, em especial, ao explosivo progresso da cibernética: o emprego de procedimentos e de recursos mecânicos e eletrônicos na adoção de decisões referentes à conduta humana, tendência que pode levar, dentro de certos limites, à introdução de computadores ou mecanismos semelhantes na administração da justiça. Isto não apenas para o armazenamento e consulta de leis e jurisprudência — previsão já generalizada (3) — mas para decidir, por si só, em determinados casos.

(2) O fato de que o infrator seja, desde logo, citado junto a Tribunal Municipal de Faltas não invalida esta afirmação, já que este trâmite poderia ser interpretado como um "recurso de apelação", e porque, de qualquer maneira, a única defesa que cabe ao infrator, na prática, é demonstrar que o parquímetro funcionava mal; ou seja, pedir a "nulidade da sentença por vícios de procedimento".

(3) DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos A., "A aplicação da cibernética ao direito e à administração da justiça", publicação da Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, 1970; AMADEO, José L. "Aproximación a la cibernética, en E.D., de 23

Se esta possibilidade é algo bom ou algo digno de repúdio é questão que escapa ao exame aqui pretendido. O progresso técnico não é algo bom ou mau por si mesmo, mas pela forma como é empregado e pelas conseqüências que derivam deste emprego. É provável que — repetindo uma maldada mas, ao que parece, irresistível tendência de nosso tempo — a incorporação de meios mecânicos à administração da justiça e — por que não? — talvez à própria formulação de leis gerais (4) contribua, eficazmente, a levar-nos a um mundo cada vez mais parecido aos previstos por Orwell ou Huxley (5). Em todo caso, a culpa será nossa se permitirmos que tal coisa ocorra, e nossa é, agora, a responsabilidade de investigar as condições e conseqüências de tal assimilação, a fim de se obter que a máquina permaneça a serviço do homem e não se converta em outro instrumento para escravizá-lo.

2. AS MÁQUINAS DE CARNE E OSSO

O que foi dito até agora pode parecer uma advertência sobre fatos eventualmente futuros: uma referência de conseqüências estreitamente ligadas à introdução e ao uso das máquinas. Contudo, a máqui-

de setembro de 1971; CASTELLS, Alberto, "La "informática" jurídico-legislativa", en J.A. de 6 de março de 1972; VERNENGO, Roberto J., "Análisis Extensional de Casos y sus Soluciones Deónticas Computables", Buenos Aires, 1971; id., "Problemas de la computación en derecho", em E.D., de 12 de janeiro de 1972; FRAENKEL, Aviezri, "Seventeen centuries on tape", em Law and Computer Technology, fevereiro de 1968, p. 8.

(4) Sobre este tema foi proposta uma reformulação ou um "filtro" cibernético: v.: DUNSHEE DE ABRANCHES, op. cit. onde se cita uma interessante experiência levada a cabo em Manitoba, Canadá. Também: SKELLY, Stephen J., "Computerization of Canadian Law", em Law and Computer Technology, fevereiro de 1968, p. 10; Professor Simitis, S., "Datenverarbeitung in der Bundesrepublik Deutschland", em Law and Computer Technology, junho de 1968, p. 4.

(5) A preocupação com os perigos que comportam os modernos métodos de computação de dados no que respeita à intimidade dos indivíduos, assim como sua desproteção frente ao armazenamento, classificação e distribuição de informações indiscretas, errôneas, maliciosas ou simplesmente prejudiciais por excesso de ênfase com que possam ser interpretadas, não é nova e tem-se por demais justificada. Pode consultar-se a respeito:

na não inova senão em matéria de grau: não faz mais do que expor, de modo chamativo, uma realidade que comumente nos é difícil de discernir. É que a diferença entre o homem e a máquina se nos afigura tão grande que tendemos a ver um e outro como termos opostos de uma antinomia, sem nos darmos conta de que — ao menos em certas circunstâncias — um homem pode, também, ser ou formar parte de uma máquina. O fato mais relevante daquilo que geralmente chamamos **mecanicidade** não depende tanto do material de que o objeto é feito, mas do esquema de seu funcionamento: costumamos dizer que um processo é **mecânico** ou **automático** quando seus resultados são absolutamente previsíveis a partir de um certo número de estímulos mais ou menos estereotipados.

Quando, em uma máquina de fazer salsichas, introduz-se certa quantidade fixa de matéria-prima adequada e se conecta o motor a uma corrente elétrica com as características mencionadas no manual de instruções, o resultado não permite dúvidas: o fabricante verá premiado seu esforço com um conjunto de reluzentes salsichas. E se sentirá orgulhoso da **automação** de sua indústria. Algo de similar ocorre com um aluno de escola primária ao qual se solicite que some $327 + 458$: pode-se prever que o resultado será 785. A menos que a criança cometa um erro. Mas esta não é uma diferença relevante, porque também as salsichas podem deixar de ver a luz se a máquina sofrer algum desarranjo na obscuridade de seu ventre metálico. Em ambos os casos, o resultado imprevisto se produz, porque alguma falta impediu que o processo fosse levado a termo: algo fez com que não houvesse processo algum (máquina desarranjada) ou que se desenvolvesse **outro** processo (erro de soma). O resultado só pode ser garantido sob a condição de que o processo se cumpra integralmente.

PACKARD, VANCE., "La Sociedad Desnuda", Buenos Aires, 1965, p. 190 e seguintes; CHARTRAND, ROBERT L., "The Federal Data Center; proposals and reactions", em Law and Computer Technology, outubro de 1968, p. 12; SEIPEL, PETER., "Legal uses for computers; Sweden", em Law and Computer Technology, fevereiro de 1969, p. 7; CAMPBELL, ALAN, e WOODS, ALAN., "Computers and Freedom", em Law And Computer Technology, junho de 1969, p. 3.

Conseqüentemente, a ação de somar $327 + 458$ pode e costuma ser descrita como **mecânica**, mesmo quando realizada por um ser humano e não por um computador.

Por outro lado, não dizemos que é mecânico o processo de escrever uma novela, (apesar de que frente a certos novelistas proliferos e repetitivos tenhamos a tentação de dizê-lo, usando de uma hipérbole), porque: a) o resultado não é previsível em absoluto ou, ao menos, não com uma precisão aceitável; e b) nem sequer temos idéia de quais e quantos são os estímulos, que estão longe de serem estereotipados. (6)

Resulta que não existe, na verdade, oposição alguma entre máquina e homem (7): o que há é uma diferença entre processos mecânicos e processos não mecânicos. E mesmo esta diferença não é necessariamente imutável: um mesmo processo passará a ser mecânico se chegarmos a identificar e tipificar seus estímulos e a descobrir suas regras internas (isto é, seu **mecanismo**).

O temor que produz a introdução de máquinas, para realizar atividades até agora reservadas ao homem, não é outro senão a apreensão frente à eventualidade de que se atribua à máquina algum processo não mecânico ou não totalmente mecânico. Em outras palavras, o medo do computador mal programado. Mas a esta altura dos acontecimentos, parece claro que qualquer processo estritamente mecânico pode ser realizado por uma máquina com maior rapidez do que pelo homem e com menor risco de se cometer equívocos. Todo o segredo consiste em se assegurar, previamente, da **mecanicidade** do processo. (8)

(6) Talvez se possa sustentar que estas duas razões são uma e a mesma coisa, mas aqui não há necessidade de se colocar a controvérsia sobre o livre arbítrio.

(7) Esta reflexão está longe de ser novidade (conf. LA METTRIE, JULIEN OFFRAY DE, "El Hombre Máquina", Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1961).

(8) V.: FIEDLER, HERBERT "Derecho, Lógica, Matemática", Buenos Aires, Centro Editor da América Latina, 1968.

3. O PROCEDIMENTO JUDICIAL

“Tudo isso é verdade — poder-se-ia objetar — mas um processo judicial é o que há de menos mecânico: requer a interpretação, pelo juiz, de normas que nunca são absolutamente unívocas; exige a valoração das provas **conforme as regras da sã crítica**, a comparação entre a conduta-tipo descrita na norma e o caso concreto em exame e a decisão —, individual e baseada sempre, em alguma medida, em valorações pessoais — sobre se as semelhanças entre ambos os termos da comparação são mais ou menos **relevantes** do que suas diferenças”.

Pois bem; respeitada a indubitável exatidão destas últimas afirmações, pode-se observar que elas se referem, estritamente, à atividade do juiz no momento de ditar a sentença. Esta atividade se cumpre no que respeita a uma porção reduzida da realidade: o conjunto dos fatos alegados e das provas produzidas durante o processo. Tanto antes como depois da sentença, o acesso a este mundo fechado se obtém, na maioria dos casos, apenas através de canais formais. Por exemplo: uma decisão pode padecer, efetivamente, de sérias falhas; o litigante vencido pode crer firmemente que a sentença é injusta e desejar que ela seja revista por um tribunal superior. Mas se não se formular uma petição explícita neste sentido, dentro do prazo previsto para a apelação, tais fatos carecerão de relevância jurídica e a via recursal não será aberta. Apresentada a petição de apelação, a decisão sobre sua admissibilidade é tomada através de um processo inteiramente mecânico, similar ao utilizado pelo parquímetro: computa-se, calendário e relógio na mão, o tempo transcorrido desde a notificação da sentença e se o compara com o lapso estabelecido na lei processual. Este tipo de trabalho pode estar a cargo de uma máquina sem maiores qualificações, exigindo-se apenas que as notificações estejam devidamente registradas.

Pelo exemplo apresentado é fácil compreender que um grande número de decisões deste tipo, ou aproximadamente semelhantes, são tomadas durante um processo judicial e, ao longo deste, vão constituindo e limitando a porção da realidade dentro da qual o juiz terá que mover-se.

O processo judicial é, pois, parcialmente mecânico. Não o é a função do juiz em geral; mas, esta afirmação não é absoluta (e, como logo veremos, tampouco é necessária): nas atuais práticas forenses, muitas decisões — tomadas pelo próprio juiz ou pelas quais ele se faz responsável — se adotam mecanicamente, ainda que seus autores sejam de carne e osso.

4. AS NECESSIDADES DA MAQUINA

De início, a tomada automática de decisões requer uma **forma** especial de apresentação dos problemas a que elas se destinam: se a decisão é o resultado de um processo automático, seus estímulos devem responder a certo estereotipo. No caso do prazo para a apelação, o problema vem invariavelmente formulado do mesmo modo: há um carimbo, preenchido e firmado pelo oficial notificador, que contém a data das notificações; e outro carimbo, firmado pelo secretário do tribunal ou pelo primeiro oficial, que menciona o dia e a hora em que se apresentou o recurso. Ambos os carimbos merecem fé plena, e seus conteúdos podem ser apreendidos imediata e univocamente.

Se, ao contrário, para estabelecer alguma destas datas, fosse necessário recorrer, por exemplo, a testemunhos eventualmente contraditórios, seria preciso efetuar uma valoração pessoal e subjetiva da prova, e a decisão não seria automática. Resulta daí a importância da cédula e do carimbo, que significam tempo e esforço diminuídos ao constituírem-se em provas únicas, fidedignas e estereotipadas dos fatos a que se referem.

Segue-se, também, que o problema de decidir se o apelante foi notificado da sentença antes da recepção da cédula — por haver-se referido tangencialmente a ela em um ato escrito anterior, por exemplo ⁽⁹⁾ — requer do tribunal uma atenção diferenciada, não rotineira; quer dizer, situa-se fora do sistema mecânico de decisão.

A história do direito está cheia destas formas destinadas a facilitar a adoção automática de decisões... assim como de decisões au-

(9) Conforme o disposto no art. 149, § 2.º, do Código de Processo.

tomáticas destinadas a conservar certas formas. No direito romano pré-clássico, o promitente, na "stipulatio", devia formular de viva voz sua promessa, usando o mesmo verbo empregado pelo credor em sua pergunta:

Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Se o promitente dizia "spondeo" ante a pergunta "promittis?", a estipulação era inútil, quer dizer, nula (10).

Procedimentos deste tipo, como o das antigas ações da lei, foram freqüentemente objetivados de formalistas e, inclusive, tem-se visto nas fórmulas romanas um caráter mágico ou religioso (11), mas nem por isso o formalismo foi eliminado do direito: passam-se das fórmulas orais às escritas, e, ainda, em nossos dias, não existe compra e venda de imóvel, mesmo que se tenha a posse e pago o preço, se o escrevem esquecer de firmar a escritura.

Desde há alguns anos — para citar um exemplo mais ou menos palpante — nos tribunais nacionais da República Argentina vigora uma norma que se tornou fonte de inesperados contratemplos para muitos advogados: o art. 120 do Cód. de Processo Civil e Comercial (Adla, XXVIII — C, 2649), que obriga a apresentar cópia de toda peça escrita importante ou de que se deva dar traslado, e estabelece que, em caso de descumprimento desse requisito, ou de não saneamento da omissão no dia seguinte, ter-se-á o escrito por não apresentado e devolver-se-lo-á ao interessado **sem que se requeira intimação prévia.**

Ouviram-se muitos protestos contra essa norma; não importa — foi dito — quanto de razão tenha um litigante, quantas provas esteja em condições de produzir em seu favor, nem com que propriedade ou agudez esteja disposto a defender seu caso; pode, de qualquer modo, resultar vencido, tão somente porque esqueceu de fazer acompanhar uma cópia da contestação da demanda ou do oferecimento de prova.

(10) PETIT, EUGÈNE, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Buenos Aires, 1954, p. 398.

(11) M. VILLEY, "El Derecho Romano", Buenos Aires, Ed. Eudeba, p. 10.

É possível que os queixosos tenham razão do ponto de vista político; mas o que importa ressaltar é que a norma questionada nunca poderia ser objeto de uma condenação baseada em critérios ou distinções precisas. Com efeito, a exigência do art. 120 não se funda em razões muito diferentes das que justificam as normas sobre os prazos processuais (12), a apresentação de procuração (13) ou assinatura de letrado (14), as quais estabelecem, também, embora talvez com maior moderação, requisitos formais para a admissibilidade das peças processuais.

A razão desta dificuldade reside no fato de que as necessidades da máquina — inclusive as da máquina judicial — são inevitáveis, e sua satisfação exige que, de certo modo, se comprometa a própria função específica do processo.

Um mecanismo poderia ser definido, genericamente, como uma porção da realidade capaz de submeter-se a um procedimento que tende a obter um resultado previsível (15)

Mas, se o observarmos bem, veremos que um mecanismo cumpre, em geral, duas ordens de funções: de um lado, a que tende à consecução do fim perseguido; de outro, a que busca proteger o próprio mecanismo e preservar sua condição de meio apto a obter aquele fim de modo aceitável. A relação de importância entre as funções depende, pois, das exigências sobre o modo como se deseja que o mecanismo funcione. Se quisermos que cumpra seu objetivo com rapidez, ou um número indefinido de vezes, ou durante um tempo prolongado,

(12) Arts. 155, 338 e 367 do Código de Processo.

(13) Arts. 46 e 47 do Código de Processo.

(14) Arts. 11 da Lei 10.996 (Adla 1889 — 1919 - 1100) e 45 do regulamento de honorários advocatícios e procuradores, decreto 30.439/44 e leis 12.997 e 14.170 (Adla, IV, 665; VII, 317, XII-A, 73).

(15) Esta é, ao final, uma combinação das duas acepções contidas no dicionário da Real Academia Espanhola (Ed. 1970), a saber: "Artefato ou estrutura de um corpo natural ou artificial e combinação de suas partes constitutivas. 2. Meios práticos que se empregam nas artes".

ou sem interferência externa, cada uma destas modalidades da função principal se converterá, por sua vez, em um objetivo autônomo, com seus requisitos próprios e com uma influência sobre o mecanismo no seu todo, o que pode ter inúmeras conseqüências.

Tomemos um martelo, por exemplo. Para fixar um prego, bastaria uma pedra de consistência mediana. Mas exigimos do martelo certa comodidade e certa economia de esforço para quem o utiliza: para isto há uma cabeça com a superfície plana e o cabo que funciona ao mesmo tempo como alça e como alavanca. Queremos também que o mesmo instrumento (**mecanismo** no sentido mais lato acima exposto) sirva para fixar um número indefinido de pregos. Para cumprir esta outra função secundária, fazemos com que a cabeça seja de ferro ou de aço e procuramos que o cabo e a cabeça estejam juntos de tal modo que se consiga estabilidade.

É evidente que o exemplo do martelo é muito simples, já que as funções secundárias que exigimos do instrumento não repercutem sobre a função primária: limitam-se a aumentar o custo do martelo em relação à simples pedra. Mas, quando se trata de mecanismos complicados, os fins secundários podem chegar a afetar a qualidade do resultado final, ou mesmo a possibilidade de obtê-lo.

Uma nave espacial do tipo Apolo está programada para chegar à lua e regressar. Deve oferecer, simultaneamente, um grau razoável de segurança e um grau menor de comodidade aos tripulantes, assim como cumprir alguns outros requisitos direcionados à obtenção de dados científicos. Mas só deve fazer uma viagem: suas distintas etapas se desprendem e se perdem ou se desintegram durante o trajeto e a parte que regressa é incapaz, por si só, de reencetar o voo. Se se quisesse (e certamente se quer) que, à semelhança do martelo, a nave servisse para vários usos sucessivos, as exigências desta nova função secundária seriam tais que, no atual desenvolvimento da tecnologia, a nave não poderia cumprir seu fim primordial.

No ponto intermediário entre os exemplos anteriores estão, em geral, os mecanismos de produção em série. A máquina pode fabricar um produto em maior quantidade, mais rapidamente e com menor eus-

to do que o faria um artesão. Inclusive, o produto obtido mecanicamente pode ser mais perfeito em suas medidas e em outras características relevantes. Mas esta forma de produção, como todo processo mecânico, padecerá de certas falhas:

a) O produto final será semelhante em todos os casos, porque não é possível estabelecer entre eles modificações ou variações não previstas no programa original (característica que deriva da **previsibilidade dos resultados**).

b) Qualquer falha ou variação imprevista na matéria-prima, na energia utilizada ou em algum outro fator da produção, podem ocasionar uma quantidade de produtos sem utilidade, ou defeituosos, ou, ainda, na pior das hipóteses, danificar a própria máquina (inconvenientes que provêm da **necessidade de estímulos estereotipados**).

Segue-se que o uso de um mecanismo deste tipo pressupõe as seguintes condições:

1.^a) Renunciar, antecipadamente, a se obter produtos dotados de características individuais relevantes.

2.^a) Estabelecer regras rígidas quanto à quantidade e à qualidade dos estímulos (matéria-prima, energia, etc...), de modo a impedir o acesso ao mecanismo de todos aqueles que não se ajustem ao estereotipo.

3.^a) Estar disposto a aceitar as perdas de matéria-prima e outros prejuízos derivados de falhas na admissão dos estímulos mencionados na condição anterior, e considerar que este inconveniente fica compensado com as vantagens de produção mecânica (custo, número, rapidez).

Estas condições — ou necessidades da máquina — estão presentes, também, em certa medida, no semimecânico processo judicial. Seu objetivo primordial é resolver um conflito conforme as leis. Mas existem fins secundários nada desdenháveis. Deseja-se que o processo seja breve: esta a razão para não se admitir petições, uma vez vencido

o prazo previsto; busca-se evitar as nulidades e a conseqüente duplicação dos atos processuais, por isso exige-se a apresentação de poderes, no primeiro instrumento escrito, de cada procurador ou representante (16); considera-se conveniente evitar esforços inúteis, de onde resulta a exigência de firma reconhecida para as petições importantes, o que se supõe impede petições absurdamente improcedentes; quer-se, enfim, que cada parte obtenha, com facilidade, o texto dos escritos apresentados pela parte contrária, daí não admitirem-se escritos de que deva dar-se traslado, se não vierem acompanhados da cópia correspondente.

Cada um destes requisitos formais — dentro da categoria de uma exigência secundária genérica, qual seja, a de manter uma atenção eficaz junto a um elevado número de conflitos — contribui para comprometer a qualidade do resultado principal do processo. O ideal perseguido é o de que ganhe o pleito quem esteja protegido pela lei no que diz respeito aos fatos que, em verdade, ocorreram. Mas a prova destes fatos e, em alguns casos, a alegação de tais normas estão sujeitas a condições formais de admissibilidade, em benefício da máquina judicial. Qualquer descuido, como também certos inconvenientes involuntários (que uma petição não possa ser apresentada a tempo em virtude de acidente de trânsito ocorrido com o advogado, por exemplo) podem torcer o resultado do juízo de forma conflitante com a vontade do legislador.

Caberia agora perguntar: realmente o legislador não quer tais resultados? Porque, ao exigir da “máquina” judicial uma quantidade de procedimentos no cumprimento de sua missão, o legislador está disposto a admitir, como já se assinalou ao falar do mecanismo de produção em série, que, às vezes, o resultado seja prejudicial, se com isto se tenha preservado certas vantagens genéricas. Em outras palavras: o legislador tem suas próprias preferências acerca do que considera o resultado justo do processo e adota uma quantidade de medidas tendentes a obtê-lo. Mas, ao mesmo tempo, em uma atitude seme-

(16) Inclusive a exceção do art. 48 do Cód. de Processo está sujeita a limitações que tendem ao mesmo fim.

lhante ao que os penalistas chamam “dolo eventual”, aceita conscientemente o risco de provocar um número indeterminado de situações que ele mesmo qualificaria de injustas. Ali, onde a eventual “injustiça” (seja qual for o conteúdo que o legislador dê a esta palavra) é o preço de outras vantagens de ordem prática, a decisão é, pois, claramente política. Convém ter presente esta idéia ao longo do desenvolvimento dos temas que seguem.

5. O JUIZ MECANICO

Havíamos dito que o processo judicial é **parcialmente mecânico**. Poderia um processo chegar a ser **totalmente mecânico** alguma vez? Poder-se-á substituir, em algum caso, o juiz por uma máquina? Ainda que, freqüentemente, se pense que tal coisa é impossível (18), o parquímetro é, em si mesmo, um modesto princípio de resposta afirmativa a tais perguntas. Naturalmente já não é a única. Hoje existem máquinas que prestam valiosos serviços auxiliares no julgamento de infrações de trânsito, e também de casos cíveis (19), decidem o montante de prestações por alimentos (20) e ainda emitem, por si só, ordens de arresto contra infratores remissos (21). Contudo, para uma compreensão mais completa deste ponto, é preciso remontar-se aos princípios gerais de qualquer processo mecânico, tal como os expus no capítulo 2.

(18) AMADEO, JOSÉ L., op. cit., cap. V.

(19) STINNETT, BETTY R., “Practical applications of E. D. P. in the Court System”, em Law and Computer Technology, julho de 1968, p. 2

(20) JOHNEN, PETER J., “Data processing in the Circuit Court of Cook County, Illinois”, em Law and Computer Technology, janeiro de 1969, p. 13; VRENCION, VLADIMIR., “An automatic method for determination of alimony to legally entitled persons”, em Law and Computer Technology, setembro de 1968, p. 7

(21) ORCHANIAN, PAUL, L., “Data processing techniques for computer and local law enforcement”, Law and Computer Technology, maio de 1969, p. 11

a) **Estímulos estereotipados.** Todo o processo mecânico exige, como vimos no capítulo 4, que a admissibilidade de seus estímulos seja completa e univocamente passível de decisão. Frente a qualquer circunstância externa, é preciso que a máquina possa resolver por si, segundo critérios uniformes, se há de ser admitida ou não como estímulo capaz de influir no processo. Para isto, não há outro remédio senão recorrer ao vilipendiado formalismo: estabelecer normas rígidas de apresentação tais que o processo se veja afetado se, e somente se, elas se cumprem. Exigências deste tipo não são novas, mas, para maior clareza, pode-se citar um exemplo relativamente recente em nosso país: os cheques devem ter determinado tamanho uniforme para todos os bancos. Qualquer cheque, maior ou menor, ou de proporções diferentes das requeridas, se houvesse, estaria excluído das operações de "clearing". Poderíamos pensar que o tamanho do cheque não deveria necessariamente influir em sua validade, contanto que o documento estivesse revestido de seus conteúdos legais. Nada disso; o "clearing" está a cargo de uma máquina, e as condições de admissibilidade de estímulos desta são tais que refugam o cheque que não se ajuste ao estereotipo. Além do mais, se requer que o documento contenha escrito, em seu texto, a palavra "cheque" (22).

Isto não se relaciona com a atividade de nenhum computador, mas responde, de qualquer forma, às necessidades de uma máquina com engrenagens humanas: é preciso que qualquer autoridade administrativa ou judicial possa determinar, sem nenhuma discussão, se um documento é um cheque ou não, se lhe deve aplicar determinado conjunto de normas ou se terá que buscar dentro da ordem jurídica outras que a ele melhor se adaptem.

Seguindo este caminho, podemos formular interessantes extrapolações. Suponhamos que alguns contratos — não todos, somente certa classe deles, ao menos para começar — se formalizam, como condição necessária para sua validade, em cartões perfurados ou por algum outro meio similar, de modo que as perfurações determinem a identidade dos contratantes, o enquadramento jurídico do convênio e

(22) Art. 2.º, inciso 1.º do Decreto Lei 4776/63, ratificado pela Lei 16.478.

suas cláusulas, que podem ser fixas ou escolhidas e assinaladas livremente pelos contratantes dentro de um número de opções previamente programadas no sistema; e imaginemos que semelhante contrato, uma vez confeccionado, se arquiva ou se registra na memória de um computador. Suponhamos também que, ao cumprir-se o contrato, o credor entrega ao devedor um segundo cartão que, inserido na máquina, cancela os efeitos do primeiro. E que, em caso de inadimplemento, um terceiro cartão inicia a demanda. No momento da apresentação deste último cartão, a máquina poderia ditar de imediato a sentença: se está registrado o primeiro cartão e não o segundo, condenaria o devedor nos termos do contrato. Em qualquer outro caso, absolveria ao demandado (Si non paret absolve, lembrariam, seguramente, os juristas de boa memória).

Imaginemos agora uma ampliação do sistema de cartões de crédito. É sabido que estes cartões, em poder de um particular, permitem efetuar compras, no comércio que aderiu a esse sistema, sem empregar dinheiro. Apresenta-se o cartão e assina-se um documento, o qual é apresentado pelo comerciante ao banco ou instituição financeira emissora do cartão. Esta paga o valor e, no fim do mês, apresenta ao seu cliente a conta completa das compras efetuadas durante o período. Mas suponhamos que este sistema se unificasse, e se estendesse a tal ponto que estivessem incluídos nele não somente todos os comerciantes, mas todos os industriais, os bancos e demais empresas de um país, os particulares e o próprio Estado. A partir deste momento, ainda que ao preço de um controle sobre a economia individual, que muitos considerariam inaceitável, já não faria mais falta o papel moeda (23). Os pagamentos — compras, salários, impostos, transações entre empresas — se fariam mediante cartões ou outros elementos preparados para alimentar os computadores, e seriam remetidos à central do sistema, que os creditaria de imediato.

(23) REGGINI, HORACIO C., em conferência publicada em "Informa Códex", órgão do Editorial Códex. Buenos Aires, junho de 1969; VARSAVSKY, OSCAR, "Proyectos Nacionales: Planteo y Estudios de Viabilidad", Buenos Aires, 1971, p.200.

E se combinássemos este sistema com o anterior? A sentença judicial instantânea traria aparelhada, em si mesma, o embargo e o pagamento do crédito, já que, ao comprovar o inadimplemento do contrato, a máquina creditaria automaticamente o montante da condenação ao credor, debitando-o ao devedor.

Desde logo, estas fantasias podem se multiplicar ou se aperfeiçoar segundo a imaginação ou engenho de cada um, mas todas elas requerem que qualquer estímulo capaz de influir no sistema (contrato, recibo, demanda, pagamento) responda a certos cânones predeterminados ou a alguma combinação destes. Em outras palavras: para facilitar o trabalho do juiz-máquina, todas as provas devem ser pré-constituídas e formalizadas ao máximo. O prejuízo pelo inadimplemento de um contrato, por exemplo, não pode ficar ligado a provas complicadas, nem a apreciações pessoais; deve estar pré-fixado em suas cláusulas, ou ser determinável automaticamente segundo critérios contidos em um programa permanente. Para usar a linguagem precisa introduzida por Alchourrón e Bulygin⁽²⁴⁾, digamos que deve haver um **universo de casos** predeterminado, seja por um conjunto finito de propriedades juridicamente relevantes, por valores numéricos previsíveis, ou por alguma combinação de ambos os fatores: por exemplo, um universo finito de propriedades genéricas, para algumas das quais sua presença em cada caso seja numericamente mensurável. E as propriedades, em qualquer caso, devem ser apresentadas de modo unívoco e apropriado para servir de estímulo ao processo.

Naturalmente, esta exigência coloca dois inconvenientes. O primeiro é que um sistema desta classe não seria aplicável quando se tivesse que julgar os fatos tais como são e não tais como se apresentam. O caso típico é o processo penal, no qual não se pode exigir do acusador nem da defesa que apresentem provas pré-constituídas em apoio a suas respectivas posições. O segundo, é que ali, onde se exige um alto grau de formalização da prova, não se fará outra coisa se não transladar —

(24) ALCHOURRÓN, CARLOS E. e BULYGIN, EUGENIO., "Normative Systems", Viena, 1971.

em maior ou menor medida — a solução da "quaestio facti"; a máquina limitar-se-á a comprovar a existência das provas (cartões, etc.), mas a confecção e a legítima posse destas, assim como o enquadramento dos fatos reais dentro de um universo finito de casos programados, ficarão amiúde fora do controle infra-sistemático.

A resposta a estas objeções — indubitavelmente valiosas — deve-se buscar nos princípios estabelecidos no capítulo 4. A mecanização total do processo não é necessária: só é possível quando embasada em certas decisões políticas. Não nos parece conveniente sua aplicação ao processo penal, porque a hierarquia dos interesses sociais e individuais implicados nos impulsiona a conservar na investigação uma relação tão estreita quanto se possa com a realidade, mas nada impede que, para proteger interesses mais coletivos que particulares — onde importa mais o número de condutas corretas que a solução individual de cada caso e quando a sanção não se revista de gravidade, — o legislador possa estabelecer delitos formais, cuja verificação dependa exclusivamente de provas pré-constituídas. De outra parte, os defeitos destas são conhecidos: a infidelidade de um escrivão, a perda de um bilhete de loteria premiado, o inoportuno extravio de um recibo são outras tantas causas de divórcio entre a verdade real e a formal... não menos que os falsos testemunhos ou a ausência de qualquer prova sobre algum fato concreto. Como se verá mais detidamente no capítulo 6, existe sempre um certo grau de formalização de prova, e em qualquer caso o juiz conhece os fatos tais como lhe são apresentados. A diferença de credibilidade entre a prova pré-constituída e muito formalizada e a prova mais ou menos "livre" é meramente quantitativa e nem sempre a vantagem está a favor da segunda. O uso de uma ou de outra depende, pois, da valorização do legislador frente às necessidades judiciais e aos meios para satisfazê-las.

b) **Resultados previsíveis.** Um processo não seria totalmente mecânico, ainda que seus estímulos fossem perfeitamente estereotipados, se o resultado fosse incerto ou dependesse de alguma apreciação pessoal. A um universo determinado ou determinável de casos deve corresponder um universo determinado ou determinável de soluções

(25) expressadas com tal precisão que se elimine toda a apreciação pessoal de seu conteúdo. Isto é, necessita-se de um sistema completo de normas que não requeiram interpretação.

Objetar-se-á que isto não é possível: as normas sempre requerem interpretação; contêm, invariavelmente, certo grau de indeterminação, voluntária ou não, que exige uma decisão política do órgão encarregado de aplicá-las (26). Mas a indeterminação involuntária (a voluntária é facilmente eliminável) depende sempre de defeitos na formulação das normas ou da "textura abierta" da linguagem natural (27). E a importância destes fatores pode ser drasticamente diminuída através do uso de computadores; em primeiro lugar, porque a análise mecânica permite detectar, facilmente, inconsistências, redundâncias ou falsos pressupostos; em segundo lugar, porque o uso de uma linguagem formalizada elimina automaticamente a possibilidade de expressões vagas ou ambíguas, se se partir de regras de designação adequadas a um sistema deste tipo (28).

Claro está que, assim como o ponto anterior, este requisito é suscetível de críticas de outro tipo; uma solução unívoca é uma solução rígida, e a rigidez pode ser um inconveniente: "Esta técnica — disse Hart (29) — nos forçará a incluir no campo de aplicação de uma regra casos que desejaríamos excluir para levar a cabo propósitos sociais razoáveis, e que os termos de textura aberta de nossa linguagem nos permitiriam excluir se os houvéssemos deixado definidos de uma maneira menos rígida". Pois bem, este é um dos preços da produção

(25) Um universo de soluções maximizadas conf. ALCHOURRÓN-BULYGIN, op. cit.

(26) Kelsen, HANS., "Théorie Pure du Droit", Paris, 1962, p. 453 e seguintes.

(27) CARRIÓ, GENARO., "Notas sobre Derecho y Lenguage", Buenos Aires, 1965 p. 33 e seguintes; ROSS, ALF., "Sobre el Derecho y la Justicia", Buenos Aires, 1963, p. 105 e seguintes; HART, H.L.A., "El Concepto de Derecho", Buenos Aires, 1964, p. 155 e seguintes.

(28) V. referências da nota 4

(29) HART, H.L.A., op. cit., p. 162

em série (de soluções judiciais, em nosso caso): a renúncia antecipada a obter resultados com características individuais relevantes e, sobretudo, a disposição de aceitar os prejuízos derivados de eventuais falhas na admissão de estímulos. Se o legislador escolher um sistema mecanizado para a solução de certos tipos de conflitos, deverá assegurar-se de que o prejuízo que a rigidez das normas possa causar seja compensado pela maior velocidade do procedimento, pela maior previsibilidade dos riscos individuais ou por outras vantagens, e estar, ainda, atento às falhas que a prática venha a revelar, para modificar as normas como consequência.

A existência de máquinas de julgar exige, pois, como o parquímetro, um sistema de reações previsíveis, programado sobre certas bases. Isto, salvo em setores muito reduzidos da Administração Pública, não existe na atualidade, já que as leis que nos regem estão concebidas em linguagem natural e previstas para serem interpretadas por seres humanos. A introdução, ao menos parcial, de um sistema judicial mecânico requereria, pois, uma reformulação de muitas normas vigentes segundo critérios com os quais os juristas não estão habituados a propugnar... mas cuja aplicação real se estende cada vez mais — por hora, principalmente, no âmbito administrativo — por força de certo determinismo econômico e social que obriga a adotar métodos modernos para resolver, eficazmente, um número crescente de casos.

6. O PROBLEMA AXIOLÓGICO

As necessidades de uma máquina judicial, cujos fins secundários alcançam importância sempre crescente, exigem, pois, sérias mutações axiológicas cuja atualidade e vigência costuma ter-se muito pouco em conta de forma explícita: "Sempre restará — diz Lawlor (30) quem recuse admitir a possibilidade de que a adoção de decisões judiciais seja suscetível de análise matemática".

Com efeito, apesar das crescentes aplicações da computação neste campo, predomina, ainda, entre os juristas, a sensação de que as

(30) LAWLOR, REED C., op. cit., cap. V

vantagens e os perigos do juiz-máquina se encontram muito distantes e não podem ser considerados seriamente. *Macchine sputasentenze, machine made justice* são expressões que se costumam usar, ironicamente, para fazer ressaltar de imediato o papel do juiz humano, de suas "intuições, pré-juízos e sentimentos", de sua "experiência vital", de suas "circunstâncias de tipo político, econômico, sociológico ou histórico" (31).

Esta atitude nada tem de surpreendente se se considerar o posicionamento ideológico que supõe o mero fato de aceitar o juiz-máquina como uma possibilidade. Para dizê-lo com palavras de um dos modernos especialistas em computação legal (32), "a automatização dos Tribunais conduz necessariamente a instruir a justiça, pois é preciso afirmar se se crê ou não na justiça com base tecnológica e, daí, passar aos problemas da ideologia cibernética, da consciência artificial e, enfim, às relações entre ética e cibernética".

Mas aqui caberia perguntar: existe, na verdade, um conflito entre pontos de vista diferentes sustentados por diversas pessoas? A automatização da justiça requer uma modificação na escala de valores? Ou bastaria que tomássemos consciência, superando declamações éticas, da realidade daquilo que hoje chamamos "justiça"?

O esquema, que em geral se proclama como vigente, é aproximadamente este: os juizes devem ajustar-se ao direito positivo, mas, acima de tudo, devendo fazer justiça. Para isto dispõem de amplas faculdades; que compreendem a investigação mais ou menos livre dos fatos, a análise e a interpretação das normas e, para casos extremos, figuras tais como a inconstitucionalidade, as lacunas da lei e o abuso do direito. Costuma-se considerar que é função do magistrado tentar obter uma espécie de humanização da lei (33), adaptá-la ao caso concreto

(31) AMADEO, JOSÉ L., op. cit., cap. V

(32) LOSANO, MARIO G., "L'Informatique juridique en Italie", em *Law and Computer Technology*, junho de 1968, p. 15

(33) Esta concepção está simbolizada na figura quase legendária de PAUL MAGNAUD, o "bom juiz" (conf. DASSEN, JULIO, "El juez Magnaud, ex presidente del Tribunal Correccional de Château-Thierry", em *J. A.* 1965-III, p. 110.

para tentar obter a solução mais equitativa possível dentro das regras legais, ou ainda interpretando-as — quando seja indispensável — através daqueles recursos ideológicos, cujo uso se supõe prudente e parcimonioso. E esta concepção abrange a crença de que, para cada caso, existe uma e somente uma solução que é a mais justa, seja em geral, seja dentro das leis cujo conteúdo resulte iniludível. Em outras palavras, o ideal de uma justiça individual e absoluta.

Em que pese o sincero empenho de legisladores, juizes e letrados, este ideal nunca deixou de ser um dos mais belos mitos de nossa civilização, um nobre mas enganoso sentimento de coerência e segurança.

Verdade é que, através do manejo de um número indeterminado e variável de fatores, cuja importância relativa depende de seu juízo exclusivo, o magistrado encontra — em cada causa submetida à sua decisão — ampla margem para fazer valer suas concepções éticas, mas esta amplitude não garante uma justiça individual, que dizer, para o caso: a decisão judicial não só variará segundo os casos, senão também de um juiz para outro; e a tal ponto tem sido constatada esta dificuldade que o legislador arbitra diversos meios — reforma, decisões de pleno, litispendência, coisa julgada, acumulação de processos — para preservar o esquema vigente contra o temido escândalo jurídico. Quer dizer, embora se declare por um lado que não existem dois casos iguais, e que cada um requer a sua solução, por outro se admite a necessidade de considerar classes de casos semelhantes e se pretende, que na medida do possível, todos os casos pertencentes a uma mesma classe tenham idêntica solução judicial. Esta descrição parece claramente contraditória, a menos que se advirta que cada pretensão tem lugar em um plano distinto: uma pretensão é o ideal proposto; a outra, a solução prática que adotamos frente aos problemas reais.

A outra face do mito é o caráter absoluto da justiça que se pretende. Como vimos nos capítulos 3 e 4, a decisão judicial é tomada num processo ao qual a realidade comparece de modo inseguro, fragmentário e sujeito a formalidades que podem desvirtuá-la. De que valem a sabedoria e a boa vontade do juiz se as partes não dispõem de todas as provas possíveis, ou não apresentam todas as que possuem, ou

perdem parte delas por vício de forma, ou oferecem provas falsas ou enganosamente incompletas? Dir-se-á que o magistrado pode averiguar a verdade por sua própria iniciativa, mas esta iniciativa — da qual se recomenda um uso parcimonioso (34) — somente pode ser despertada por estímulos surgidos durante o processo, já que o juiz não conhece diretamente os fatos invocados e pode não suspeitar da existência de algum relevante.

Do exposto se depreende que o magistrado mais consciente corre cada dia o risco de consagrar múltiplas injustiças (quer dizer, de situações que o legislador ou ele mesmo chamariam de injustas); sua tentativa de obter uma justiça individual e absoluta dentro da lei é tão patética como se Guilherme Tell tivesse sido obrigado a disparar na legendaria maçã com olhos vendados. Isto não significa que a atividade do juiz seja inútil, nem que não possa ser levada a sério; na medida em que um magistrado colocar todo o seu empenho, sua atividade tenderá a aproximar os seus resultados ao ideal que o legislador e sua própria consciência se tenham imposto. Só que esta aproximação se produz em forma global e dentro da lei dos grandes números. Isto resulta, até agora, depois de tudo, no melhor que se pode obter de um sistema judicial, seja ele humano ou mecânico; mas, se justifica o juiz ante si mesmo e ante a sociedade, não permite ao legislador pensar que tenha alcançado seu propósito declarado.

Todo este desenvolvimento tende a mostrar que a ordem jurídica — a moderna não menos que a antiga nos pontos essenciais — está bastante longe do ideal de uma justiça individual e absoluta e que não tem ilusões de aproximar-se disto no futuro. Pelo contrário, tende na prática, e desde sempre, a contentar-se com uma justiça relativa e coletiva, na qual os problemas se resolvem com critérios mais pragmáticos do que dogmáticos: o cumprimento das leis, o exercício das ações, os atos jurídicos em geral estão amiúde sujeitos a formalidades que buscam assegurar sua interpretação e facilitar sua prova, mas que ao mesmo tempo tiram relevância a tudo quanto se faça ou se verifique por meios não formais, com a conseqüente mecanização das decisões.

(34) Cf. ALSINA, HUGO, "Derecho Processal", t. II, p. 236 e 237, 1957

Se este tem sido sempre, conscientemente ou não, o ponto de vista do jurista prático e do legislador, os últimos tempos mostram um recrudescimento considerável do formalismo e assinalam, por via da computação, uma perspectiva ainda mais intensa. Por razões de volume — e, provavelmente, também de recursos — os procedimentos administrativos concentram atualmente a maior parte desta aceleração, mas não transcorrerá muito tempo sem que o poder judiciário sinta em cheio o impacto do avanço tecnológico. Será conveniente, pois, que nós, os advogados, tenhamos feito um exame de consciência sobre o que entendemos por "justiça" (em sua dupla acepção axiológica e funcional) e, inteirados do caráter político das opções que então se apresentarem, estejamos preparados para conduzir a transformação com lucidez.

CONTRA A IDÉIA DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

WALTER EDUARDO BAETHGEN

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

1. Os temas expostos a seguir são eminentemente polêmicos. A finalidade da exposição dos mesmos é provocar a discussão e o debate. São eles baseados em ensinamentos de autores diversos, muitas vezes não referidos; outras, indicados, com as respectivas obras. Algumas conclusões são pessoais, embora não se tenha aqui a pretensão de inovar a ciência tradicional do processo. Antes, move-nos o intuito de lembrar algo que poderá ser feito para um novo endereço de seu estudo.

Como professor de Direito Processual Civil e de Teoria Geral do Processo na Faculdade de Direito, a nossa tendência é de olhar o direito penal e o processo penal sob perspectivas diferentes das habituais, tanto mais que nos repugna a adaptação a estes departamentos da ciência do direito de certos conceitos de processo civil.

Parodiando o sábio Justice Oliver Wendell Holmes, assumiremos posição semelhante ao "bad-man", aquele que deve sofrer as conseqüências de um processo, certos de que assim poderemos descobrir idéias diferentes que, pelo menos, contribuirão para provocar debates e a solução certa dos mais doutos.

TEORIA GERAL DA AÇÃO

2. O estudo da teoria geral da ação envolve um dos problemas básicos da ciência processual e, também, daqueles que têm apresentado as maiores dificuldades quanto a uma solução harmoniosa, dada a diversidade das teorias que se têm elaborado para a sua explicação.

Aula proferida no Curso de Pós-Graduação em "Ciências Penais", na Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 17 de setembro de 1977.

A começar pelo vocábulo “ação” que, em direito, pode referir-se a idéias as mais diversas, reflexo, de resto, do problema que se apresenta no estudo de todas as ciências sociais.

Com efeito, a ciência jurídica, levada a definir problemas da realidade humana, precisa traduzir tais realidades em palavras, pois somente através de um processo de “verbalização” da experiência aquelas realidades se lhe tornam material de estudo.

(RICCARDO ORESTANO, verb. “AZIONE IN GENERALE”, in Enciclopedia del diritto, vol. IV, pags. 812 e ss.)

As modernas orientações situam-se em definir o direito de ação como direito constitucional, ínsito à própria personalidade, pois não é possível separar as idéias de liberdade pessoal e as de liberdade de defesa dos próprios direitos ou interesses que o indivíduo supõe juridicamente protegidos.

Não se trata do mesmo entendimento, por certo, que admite um direito constitucional básico, substrato do direito de ação condicionado a uma série de elementos.

Em nosso ponto de vista, não há duplicação da idéia de direito de ação, mas somente o direito constitucional de ação, cujo exercício provoca a atividade jurisdicional do Estado e a formação do processo.

Tal direito poderia mais qualificar-se como “direito humano”, concepção hoje tão em foco. Se em relação ao direito tomado em sua generalidade, mais do que ele

“nada há de mais pessoal, de mais unido à personalidade humana” (RUY CIRNE LIMA, Correio do Povo de 27.06.71),

com mais razão o será, especificamente, para o direito de ação, cuja finalidade é fazer valer o que se entende como o próprio direito, portanto, um sentimento que compõe a personalidade do homem.

Eis porque a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, aprovada em resolução da 3.ª sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, declara em seu artigo 10.º:

“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un juge indépendant et impartial”

(CFR. CAPPELLETTI-TALLON, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 483; CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, *Direito Internacional Público*, p. 126).

O conteúdo dessa disposição, como bem se vê, é amplíssimo, e sua análise revela toda uma completa “teoria da ação”.

Mais recentemente, a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, firmada em São José da Costa Rica em 1969, postulou que:

“Toda a pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”. (art. 25, § 1.º).

(CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, ob. cit. p. 176)

Os Tratados Internacionais costumam conter cláusulas em garantia do exercício do direito de ação. Assim o artigo 2.º do “Acordo de Garantia de Investimentos entre o Brasil e os Estados Unidos da América”, assinado em Washington a 6 de fevereiro de 1965, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 69, de 1965, no qual se refere:

“Ressalva-se que por denegação de justiça, nos termos do artigo VI, § 3.º, se entende: 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”.

Este "ACESSO A JUSTIÇA" é, em resumo, o que caracteriza o Direito de Ação.

3. As Constituições mais antigas não costumam conter expressamente a definição explícita do Direito de Ação, embora seja comum a expressão daquelas garantias suplementares, como o "due process of law", em geral, e o "habeas-corpus", em particular.

As mais modernas, entretanto, soem incluir textos expressos, alguns de clareza meridiana, outros, que dão margem à criação de doutrinas e interpretações divergentes.

Entre as primeiras, a Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947, art. 24:

"Todos podem agir em juízo para tutela dos seus direitos e interesses legítimos".

Entre as segundas, a Constituição da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949, atualizada.

(Maiores dados em HANS PETERS, *Geschichtliche Entwicklung Grundfragen der Verfassung*, Springer Verlag, Berlin — Heidelberg — New York, 1969)

Há no texto, claramente expressa, a garantia do direito de ação face a atos do poder público (art. 19, § 4.º), enquanto que os artigos 14, 15 e 34 prevêem casos específicos de acesso ao Judiciário, restritos a determinados grupos de controvérsias, e o artigo 19, IV, de caráter mais genérico. Todos adotam, porém, sem dúvida alguma, o princípio do "Rechtsweggarantie", ou seja, o direito de "acesso aos tribunais".

Não obstante, a disputa desenrola-se face o artigo 103, n.º 1.º, com a sua característica redação:

"Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör".

A maioria dos autores entende que esta norma nada mais contém do que a garantia do princípio do contraditório.

Mas, por isso que ela não se refere à expressão clássica do "beiderseitiges Gehör", usando termos mais amplos no sentido de que todos têm o direito de ser ouvidos perante o juiz, entendem outros que, no artigo 103, I, está amplamente definida a garantia constitucional do direito de ação.

(Entre os primeiros, LERCHE, *Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör"* in ZZP., 78 (1965) ps. 8 e ss.; entre os últimos, especialmente, F. BAUR, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Zivilprozess*, in AcP. 153 (1954) pp. 153 e ss. e NAKANO, *Das Prozessrechtsverhältnis* in ZZP., 79, (1966), pp. 99 e ss.)

A idéia preconizada pelo Prof. FRITZ BAUR, de resto, não deverá ser encarada como original, pois, não obstante a sua aplicação ao texto da Constituição atual, dentro de um sistema mais genérico ela já se encontra em DEGENKOLB, *Beiträge zum Zivilprozess*, onde se lê como título do Capítulo I, C: "Das reinprozessuale Klagrecht als Recht auf rechtliches Gehör".

Embora a jurisprudência da Corte Constitucional Federal ainda não se tenha manifestado a respeito, não parece restar dúvida, na moderna doutrina processual alemã, de que a Constituição contém a garantia do "Rechtsweggarantie", em termos, como explica LORENZ (*Der Rechtsschutz des Burgers und die Rechtsweggarantie*, C. H. Beck Verlag, München, 1973, pp. 5 e ss.), que ultrapassam a mera expressão "processual" do problema, alcançando mesmo um aspeto "substancial".

(Sobre o tema, em caráter amplo, BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Springer Verlag, Berlin — Göttingen — Heidelberg, 1963, p 7; — BÖTTICHER, ZZP., 74, 317; ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, Walter Stutz Verlag, München, 1974, p. 1235; mais genericamente: ZEISS *Zivilprozessrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, . . . 1976; WOLFGANG GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2a. Auflage, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974).

4. Em outros países, como na França, é a lei ordinária que define e garante o direito de ação. Dá-se-lhe o feitiço de “direito de acesso ao poder jurisdicional do Estado”, mas com a restrição clássica no direito francês: para obter-se o pronunciamento sobre o mérito.

É a seguinte a redação do artigo 2.º do novo Código de Processo Civil Francês (Decreto 72.684, de 20 de julho de 1972):

“L’action est le droit, pour l’auteur d’une prétension, d’être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée”.

Não obstante o uso da duvidosa expressão “sur le fond”, os autores franceses se dividem, e, sem dúvida, forma-se nova corrente no sentido de acompanhar a doutrina imperante nas leis básicas da Alemanha e Itália, desvinculando a existência do “direito de ação” de qualquer idéia tendente a subordiná-la exclusivamente ao julgamento de mérito. Nesse sentido, seria exercício do direito de ação aquele que resultasse no pronunciamento jurisdicional sobre o próprio processo.

Leia-se a recente lição de BRUNO OPPETIT, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français, in Fundamental guarantees of the parties in civil litigation, edição de Estudos de Direito Comparado dirigido por CAPPELLETTI-TALLON, Dobbs Ferry, New-York, 1973:

“Par la garantie du libre accès aux tribunaux, toute personne se trouve habilitée à mettre en mouvement l’appareil judiciaire: il s’agit d’une liberté générale, offerte à tous. En effet, en France comme dans la plupart des Etats modernes, la justice émane d’un service public qui, comme tout autre service public, est gouverné par deux principes essentiels: l’égalité et la gratuité”. (p. 487)

“L’action en justice, définie comme la faculté d’obtenir d’un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise, apparaît bien comme une prérogative appartenant en propre au

plaideur: quoique la plupart des auteurs (SOLUS ET PERROT, CORNU ET FOYER, VINCENT, TERRÉ) préfèrent parler de pouvoir légal, il semble plutôt que l’action en justice présente le caractère d’un droit subjectif (MOTULSKI, Archives de Philosophie du Droit, IX, note 7, p.225) et on peut invoquer à l’appui de cette théorie plusieurs traits du droit positif”. (ps. 489/490)
“L’action en justice, expression d’un droit subjectif, suppose que tout individu peut librement saisir un tribunal, sans avoir à justifier du sérieux du procès qu’il entend engager ni à demander d’autorisation.” (p. 491)

5. No direito brasileiro o princípio está há muito erigido em texto constitucional. Reza, atualmente, o artigo 153, § 4.º, da Constituição Federal:

“A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A Emenda 7 admitiu o condicionamento à exaustão prévia das instâncias administrativas quando a lei o dispuser, o que em nada desfigura o direito constitucional de ação.

Da mesma forma, pelo seu caráter transitório, não podem ser levadas em conta, do ponto de vista da pesquisa teórica, as limitações provisórias do Ato Institucional n.º 5.

Examinando o texto constitucional, ensinam os doutos que a expressão “lesão de direito individual” está na lei maior em caráter amplíssimo. Lesão de direito do indivíduo, ou de qualquer pessoa, ou, mais ainda, também daquelas entidades que, não sendo pessoa, podem, não obstante, ser sujeitos de direito na ordem civil.

O princípio, inscrito como **garantia individual**, poderia assim traduzir-se, segundo PONTES DE MIRANDA, em termos mais simples:

“A última palavra tem-na a Justiça”.

Poder-se-ia acrescentar, com BETTERMANN: a última e a primeira, porque, na verdade, **palavra exclusiva**. ("Es besagt nicht nur, dass der Richted das letzte Wort haben muss, sondern es garantiert ihm das erste, weil ausschliessliches Wort". AöfR., 92 (1967) p. 496/487).

É o Judiciário elevado, assim, em nosso sistema constitucional, a órgão supremo de garantia da ordem jurídica. E como na ordem jurídica repousa, por sua vez, toda a garantia de liberdade do indivíduo e todo o sistema que permite e assegura a permanência do próprio regime democrático, pode se chegar à conclusão de que no Poder Judiciário situa-se e reside a garantia suprema da liberdade e da democracia.

Acresce notar que entre nós, ao contrário do que acontece em outros países, tem o Poder Judiciário, através do processo, a função de controle da constitucionalidade das leis. A lei inconstitucional, é certo, somente pode ser suspensa em sua execução por ato do Senado Federal (art. 42, VII, da Const. Fed.) Mas isto somente ocorre quando a lei foi declarada inconstitucional "por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Ao artigo 153, § 4.º, da Constituição Federal prende-se imediatamente, no direito público brasileiro, o couceito de ação e o seu caráter abstrato.

Fala-se, é certo, — como acontece também na Constituição Italiana, — em lesão de direito, o que faz pensar no "pressuposto" da existência do direito lesado, o que seria retornar às teorias do direito concreto de agir.

Os comentadores, entretanto, são explícitos ao mostrar que tal lesão e tal direito constituem, em seu conjunto, um ESTADO SUBJETIVO, como se vê das palavras de PONTES DE MIRANDA:

"Quando alguém se sente ferido em algum direito, FATO DE ORDEM PSICOLÓGICA, e não necessariamente de ordem jurídica, o Estado é interessado em ir ao seu alcance, atenuando-lhe, ou melhor, CANALIZANDO-LHE A REVOLTA.

Não indaga, de antemão, do acerto ou do erro da apreciação do direito ou da ação por parte do que se diz ofendido.

Recebe-o como ALGUÉM QUE PRETENDE dos órgãos diferenciados do Estado, mediante declaração de vontade, que é a petição, o estabelecimento de certa relação jurídica, chamada relação jurídica processual, pela qual o Estado promete PRESTAR JUSTIÇA, isto é, ENTREGAR-LHE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL".

(Comentários ao Código de Processo Civil, de 1939, Tomo II, — pag. 369).

É de recordar-se aqui o episódio lembrado por um autor célebre: tendo a parte procurado o advogado para a propositura de determinada ação, respondeu-lhe o advogado que ele, cliente, não tinha direito de ação, no caso. Objetou-lhe desde logo o constituinte — e sem dúvida com toda a razão — que pelo menos tinha ele o direito de ouvir essa declaração do Juiz.

6. Qual a razão, histórica e sociológica, que está na base disso tudo?

Sabemos que, primitivamente, os homens resolviam os seus conflitos através do que hoje se chama de "justiça privada" e da "vingança privada".

(A este respeito, consulte-se CRÉMIEU, La Justice Privée — Son evolution dans la procédure romaine, Sirey, Paris, 1908, especialmente pags. 1 a 89).

Sabemos também que, na proporção em que surgiu e depois evoluiu a idéia de soberania, foram lentamente desaparecendo tais formas primitivas de defesa de direitos, substituídas paulatinamente pela justiça feita pelo Estado.

Historicamente, isso não aconteceu dentro de uma tendência determinada e pré-definida. Ao contrário, tudo obedeceu a um exato e perfeito princípio histórico de correspondência entre os dois institutos, de modo que algumas leis históricas podem ser lembradas a respeito:

- (a) A justiça privada deve a sua existência à ausência de poder organizado.
- (b) Em conseqüência, tende a desaparecer à medida que se formam e se organizam os grupos sociais.
- (c) Em resumo: o domínio da justiça privada e da vingança privada está em razão inversa do domínio da soberania.
- (d) E ainda: sempre que, em algum momento histórico, enfraquecer a idéia de soberania, voltam a imperar os princípios da defesa e da vingança privadas.

Desta última conclusão é exemplo o que ocorreu em certa fase da idade média, quando, enfraquecido o poder dos reis, imperaram as guerras privadas entre os senhores feudais, com os famosos duelos e torneios, e batalhas entre famílias, de que nos dá exemplo, na literatura, a tragédia famosa de Shakespeare.

As vezes, tais batalhas assumiam a forma de "torneios poéticos", em que os contendores eram representados pelos "trovadores".

Finalmente, podemos observar, na época atual, os resquícios de formas de defesa privada, sempre que o Estado não puder acudir em tempo ao indivíduo. Assim a legítima defesa, o desforço, o corte de ramos ou de raízes de árvores do vizinho que invadem a propriedade lideira, o direito de retenção, o penhor legal sobre bens de hóspedes, etc.

Pouco a pouco, da justiça privada pura e simples passou o indivíduo à justiça privada com procedimento legal, isto é, exercida pelos meios de um rudimentar procedimento e com a presença do Estado, inclusive com os famosos "excessos de formalidades", quando se perdia a ação ao empregar-se a palavra "vites" e não "arbores" (GAIUS, Inst., 4, 11).

Posteriormente, passou-se à composição, primeiramente voluntária, assim na "judicis postulatio" e na "legis actio per conditionem", e depois obrigatória, como no procedimento formular, para chegar-se, afinal, às formas atuais da justiça realizada inteiramente pelo Estado, que surge já no direito romano na "cognitio extra ordinem".

Atualmente, o Código Penal, artigo 345, e o novo Código, artigo 389, tipificam como delito:

"FAZER JUSTIÇA PELAS PRÓPRIAS MÃOS PARA SATISFAZER PRETENSÃO, EMBORA LEGÍTIMA, SALVO QUANDO A LEI O PERMITA".

Ora, se o Estado retirou do indivíduo algo que era de sua natureza, teve de dar-lhe algo em troca. E este "algo em troca" é o que se denomina "direito de ação"; o indivíduo não pode agir (no sentido comum da palavra), mas tem o "direito de ação" (pode "agir" no sentido técnico da palavra) para fazer o Estado agir por ele. (PEKELIS in Novissimo Digesto Italiano, verbete "AZIONE TEORIA GENERALE, v. II)

É o direito de ação, portanto, direito constitucional, garantia de liberdade do indivíduo; sujeito a um mínimo de requisitos meramente formais.

Tem em vista o direito de ação possibilitar ao indivíduo, que se sente lesado em algo que entende ser o seu direito, levar a sua queixa ao poder diferenciado do Estado, pelo meio do processo.

O Estado o satisfará, dizendo se tem ou não razão; ou, finalmente, dizendo que não cumpriu o devido processo legal.

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

7. Na doutrina alemã, de onde provêm, os "pressupostos processuais" não oferecem distinção das hoje chamadas "condições da ação".

Nota-se, naquele direito, a diferença entre os conceitos de "Prozessvoraussetzungen" e "Prozesshindernisse", ou, na terminologia do artigo 274 ZPO, "Prozesshindernde Eireden".

(Cfr, ZÖLLER, Zivilprozessordnung, pp. 435 e ss.)

KONRAD HELLWIG fala em "Prozessvoraussetzungen", e em "Klagvoraussetzungen", mas num sentido diverso daquele que, na doutrina italiana, se entende por pressuposto processual e por condição da ação.

(K. HELLWIG, Klagrecht und Klagmöglichkeit, p. 58)

Assim, a idéia das condições da ação pode considerar-se como de surgimento posterior à teoria de BÜLOW, encontrando-se:

(a) em CHIOVENDA, com o sentido de exigirem-se condições relativas à própria EXISTÊNCIA DO DIREITO, além da "legitimatío ad causam" e do interesse de agir, tudo em ampla coerência com a doutrina adotada pelo mestre, a saber, a doutrina do direito "concreto" de agir;

(b) em LIEBMAN, com a característica de procurar conciliar-se a idéia com a teoria do direito "abstrato" de agir, a ponto de substituir-se, na formulação originária da teoria, a condição da "EXISTÊNCIA DO DIREITO" pela da chamada "POSSIBILIDADE JURÍDICA".

Afinal, na 3a. edição de seu Manual, LIEBMAN afastou a condição da "POSSIBILIDADE JURÍDICA", na trilha do ensinamento do Prof. ARRUDA ALVIM, que já em 1973 sustentava a inutilidade de tal conceito, contido como evidentemente estava no conceito de "INTERESSE DE AGIR", pois este é reconhecidamente de "índole jurídica", o que pressupõe a "possibilidade jurídica".

(Cfr. ARRUDA ALVIM, Revista de Processo, Ano I, N.º I, janeiro-março 1976, p. 103, nota 34-A).

Mas a força da lição de LIEBMAN permaneceu na letra do Código Brasileiro, no artigo 267, VI; e, o que é mais grave, permaneceu ain-

da na lição de LIEBMAN a afirmativa no sentido de que, na falta de qualquer das três famosas 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 da jurisdição, mas somente o uso das formas para chegar-se àquele resultado preliminar que impede e exclui o verdadeiro exercício da função jurisdicional.

(Cfr. LIEBMAN, "L'azione" in Scritti Giuridici in onore di F. CARNELUTTI, vol. II, págs. 448/449; ainda: FAIRÉN GUIL-LÉN, Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1965, pp. 61 e seguintes).

No momento em que deparamos tanta tendência às abstrações e tantas fugas às realidades, é consolador voltarmos para as lições da "Common Law":

"L'essentiel demeure aux yeux des Anglais que les affaires soient jugées par de gens de bonne foi; l'observation de quelques principes fondamentaux de procédure, qui font partie de l'éthique courante, suffit à garantir que les affaires soient, dans leur opinion, 'bien jugées'.

(RENÉ DAVID, Les caractères de la pensée juridique anglaise et américaine, in ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, vol. 15, pag. 5)

8. Voltando à "Teoria dos Pressupostos Processuais", vejamos a sua formulação original, assim como está em OSKAR VON BÜLOW, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Gießen, 1868.

A idéia básica de BÜLOW foi a de substituir a noção corrente das "exceções dilatórias", que constituem defesas opostas à pretensão no que toca às imperfeições do processo, pela teoria dos "pressupostos processuais" que, segundo BÜLOW, constituem verdadeiras condições prévias para a existência (ou a formação) da relação processual:

“Und zwar begegnen wir hier den Prozessvoraussetzungen in dem kümmerlichen, überaus schlecht passenden Gewande der dilatorischen Einreden, einer Verkleidung, die den wahren Inhalt nur noch mit Mühe erkennen lässt, das Wesen der Prozessvoraussetzungen völlig entstellt und aus der sie vor allen Dingen befreit werden müssen, ehe man es wagen darf, eine umfassende und vollständige Bearbeitung dieser ganzen Lehre in Angriff zu nehmen. —”. Die Lehre cit. p. 12)

Afirmava BÜLOW que, sendo o processo uma “relação jurídica”, não podia esta fugir aos temas que são comuns a todas as “relações jurídicas”, como a necessidade de dar resposta à questão relacionada aos requisitos que presidem o nascimento de tal relação, às pessoas entre as quais se pode estabelecer, ao objeto nela referido, ao ato ou fato que caracteriza a sua formação e à pessoa capacitada para a prática de tal ato.

Depois de enumerar pressupostos que não podem ser ignorados, especificamente quanto à relação jurídica processual, declara que a falta de qualquer deles seria impeditiva do surgimento do processo (“Ein Mangel in irgend einer der angegebenen Beziehungen verhindert den Beginn des Processes” Die Lehre, pag. 6).

Apesar disso, reconhece que os pressupostos processuais, cuja falta seria impeditiva da “formação” do processo (den Beginn des Processes) não obstante, ao lado do “merita causae” constituiriam matéria para debate dentro do próprio processo: “Es muss (das Gericht) ausser dem Thatbestande des streitigen Privatrechtsverhältnisses (der res in iudicium deducta) auch noch den Thatbestand des Processrechtsverhältnisses (des iudicium) feststellen.” (ibidem, pag. 7).

Teríamos, assim, — como na realidade acontece — o processo a respeito do próprio processo, somente que, em se tratando do “pressuposto de fato processual” (Thatbestand des Processrechtsverhältnisses), a falta de pressuposto processual seria irrelevante. Em outras palavras, o Juiz absolutamente incompetente seria uma causa impeditiva da formação do processo sobre o pressuposto de fato da relação de direito material, mas o processo estaria, apesar do defeito, bem constituído para a declaração daquela mesma incompetência?

O próprio BÜLOW põe a seguir o problema que, à nosso ver, constitui hodiernamente o núcleo do sistema, a saber, o problema da necessidade do impulso processual para que tenha eficácia a forma prescritiva na lei processual, ou seja, os chamados “pressupostos processuais”.

Diz ele, à página 9 de sua notável monografia: “Sobald der Mangel einer Prozessvoraussetzung im Beginn des Verfahrens gerügt und bestätigt gefunden wird, kommt allerdings der Process gar nicht zu Stande. Wie aber, wenn jener Mangel gar nicht bemerkt worden und trotz desselben der Process zu Ende geführt ist?”

Este problema foi objeto de ligeira análise por nós levada a efeito na Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, volume de 1971: com efeito, se a falta de pressuposto processual é “percebida” no curso da relação, o processo pode ser declarado extinto ou pode o defeito ser objeto de correção. Mas se não é percebido o defeito, e o processo chega à sentença final de mérito? Por exemplo, quando o Juiz, absolutamente incompetente, profere sentença de mérito, hipótese por certo não tão rara, tanto que contemplada pelo legislador brasileiro que considerou a hipótese como uma das causas de “rescisão” da sentença (CPC. artigo 485, inciso II).

Temos aí uma sentença plenamente válida, e, em consequência, também plenamente eficaz, porque o nulo evidentemente não se rescinde. E, passados os dois anos do prazo preclusivo do artigo 495, teríamos uma sentença válida e eficaz para sempre, embora proferida em processo no qual não tinha ocorrido um “pressuposto processual”.

Das duas uma: ou admitimos que pode haver sentença, ou seja, emanação da jurisdição do Estado, sem processo, ou admitimos que o chamado pressuposto processual não é requisito de existência, nem de validade do processo.

A primeira solução seria a negação da ordem processual e o retorno à anarquia.

A seguida espelha a realidade de que, na verdade, o que importa, pelo menos na grande maioria dos casos, é o impulso processual, a percepção do defeito, a "exceção processual", quando se trata do réu, ou a arguição do autor, ou o pronunciamento "ex-officio" do Juiz, quando assim autorizado em lei, para que a falta de pressuposto tenha a eficácia de influir, de uma maneira ou outra, sobre o andamento do processo.

Que a relação processual "se forma", mesmo na falta dos pressupostos processuais, parece evidente, pois o próprio BÜLOW viu a realidade a que se refere expressamente, de que a falta de pressuposto deve ser declarada pelo juiz dentro da relação já formada.

Para nós, tal pronunciamento do Juiz, declarando a falta de pressuposto processual, é também cumprimento do dever jurisdicional do Estado, ao aplicar a lei processual que incide. É resposta ao direito de ação.

O processo, modernamente, tem de oferecer resposta uniforme às situações que se apresentam, ou seja, uma teoria única tanto para os casos que terminam com sentença de mérito como para aqueles que findam através das chamadas sentenças meramente processuais (art. 267 do CPC.) em que se extingue o processo sem o julgamento do mérito.

O objeto do processo, portanto, tanto é a "lide", no sentido em que o velho vocábulo é ainda usado pelo Código de Processo Civil, como também o próprio processo, na medida em que o Juiz deve pronunciar-se sobre a sua legitimidade e a sua perfeição.

Já que não se pode admitir a teoria que vê como objetivo do processo a "coisa julgada material" — o que seria indesejável recuo —, temos forçosamente de admitir que, pelo menos, há equivalência entre "mérito" (res in iudicio deducta) e "questão processual" (iudicium) para a correta construção de uma teoria do objeto do processo.

9. Examinados os "pressupostos processuais" assim como os define OSKAR VON BÜLOW, chegamos fatalmente à conclusão que muitos deles, quando não ocorrentes, nenhuma influência têm sobre o processo e a sentença dele emanada, que, via de regra, encobre o de-

feito. Correspondem tais pressupostos, desta primeira categoria, à exigência de formas mínimas, convenientes mas não imprescindíveis, de modo que, deixando de ocorrer o "impulso processual" quanto à sua não ocorrência num determinado processo, prossegue-se até o pronunciamento de mérito como se nada de anormal tivesse acontecido.

Outros, correspondentes a uma segunda categoria, dizem respeito já a formas processuais de mais rigor, tanto que a sua falta, sempre que não seja provocada no curso do processo, motiva o resultado de sentença rescindível. Assim os casos de "incompetência absoluta do Juiz", de impedimento do Juiz, de sentença de juiz obtida por prevaricação, concussão ou corrupção, e todos os demais arrolados no artigo 485 do Código de Processo Civil que, motivando sentenças rescindíveis, ao mesmo tempo significam que tais sentenças são válidas, embora sujeitas à rescisão no prazo de dois anos (art. 495).

Finalmente, há uma terceira categoria de grande rigor, cuja não observância, mesmo quando não provocada a falta no curso do processo, resulta efetivamente em sentença nula. Isto acontece, porém, somente nos casos em que a lei processual impõe a forma com a cominação expressa de nulidade. São formas de tal modo relevantes para a garantia do direito de participantes do processo, que se prescinde do impulso processual, podendo, após a sentença, propor-se contra ela a ação de desconstituição. Tais casos são sempre relativos à necessidade da citação do réu e à sua representação no processo; dizem respeito, portanto, assim como o direito de ação para o autor, a uma "garantia constitucional" para o réu, caracterizada no chamado princípio do contraditório (art. 153, § 15.º, da Constituição Federal). Correspondendo a "pretensão processual", como objeto do processo civil, a uma "afirmação de ter direito", portanto, afirmação de relação jurídica, é de rigor que, para o julgamento sobre tal objeto caracterizado por algo que é "interindividual", pelo menos se chame ao processo a outra pessoa, frente a quem se pede determinado objeto ou determinada prestação.

Este pressuposto é na realidade pressuposto de "validade" do processo, e não de existência.

Mas duas conseqüências daí se podem extrair, sem se precisar adotar a amplitude da doutrina de BÜLOW:

Primeira: Seria de todo admissível que se construísse, não uma ampla “teoria dos pressupostos processuais”, mas uma “teoria da citação necessária do réu” e da sua correta representação.

Segunda: Quando se profere sentença em processo nulo, no qual não foi citado o réu, a sentença é nula, mas a nulidade não pode ser apenas objeto, como seria o comum dos casos, de sentença meramente declaratória; é preciso que tal sentença, embora nula, seja desconstituída por outra sentença, assim como, no campo do direito privado, o casamento nulo também necessita de ser desconstituído por sentença.

Voltamos, assim, ainda quanto a esta última e rigorosa categoria de pressupostos, a um problema de impulso ou provocação, pois, proferida a sentença nula por falta de citação do réu, tal sentença somente se desfaz se alguém provocar a ação desconstitutiva, ou o próprio juiz provocar e pronunciar a sua desconstituição em futuro processo onde a encontre.

10. Ao concluir esta sucinta análise dos pressupostos processuais segundo a famosa doutrina de BÜLOW, cabe lembrar que, no direito romano, os pressupostos processuais constituíam objeto do processo “in iure”, e somente depois de sua verificação pelo pretor se admitia o processo “apud iudicium” (actiones datio, constitutio iudicii, litiscontestatio).

Cumprir lembrar, também, que no direito atual nada disso acontece, e os chamados pressupostos processuais como que integram o mérito, uma vez que a distinção entre as sentenças dos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil — posta de lado a coisa julgada material — tem a mesma natureza de “extinguir a relação processual”, ou, em outras palavras, tem o sentido da entrega ao indivíduo que propôs a ação da prestação jurisdicional.

Por que a diferença entre o sistema romano dos pressupostos como “litis impeditentes” e o sistema atual de confusão de toda a matéria como objeto do processo?

Parece-nos que a resposta é encontrada quando se considera que, no direito romano da época clássica, quando ocorria ainda a divisão do processo entre as duas fases “in iure” e “in iudicium”, havia ainda mais fatores de justiça privada, embora regulada pelo Estado, e menos dose de justiça estatal. Era preciso que o pretor, magistrado órgão do Estado, antes de entregar a solução do caso ao juiz privado escolhido pelas partes, verificasse ele próprio o cumprimento de certas garantias.

Hoje o problema coloca-se em feição completamente diversa a partir do moderno conceito da ação como direito de personalidade, de direito do indivíduo de recorrer à jurisdição, do que decorre a desnecessidade lógica de rigor quanto a certos pressupostos: se a forma é ela própria garantia do indivíduo, por outro lado certas formas ficam, quanto ao seu cumprimento e à sua necessidade, ao critério do indivíduo, ou ao critério, caso a caso, do próprio Juiz.

No direito romano clássico, o que hoje chamamos de “jurisdição” dizia respeito somente aos pressupostos processuais (processo “in iure”, único desenvolvido perante o magistrado). O direito de o indivíduo agir, ou seja, aquela forma de justiça privada que ainda era o procedimento “in iudicium”, somente se admitia quando autorizado pelo pretor. Nessa época, como hoje ainda se faz no sistema da “Common Law”, dizer sobre o processo era mais jurisdição do que o pronunciamento sobre o mérito, deixado aos critérios do “iudex” privado.

Modernamente, é preciso que se abandonem certos toques da velha e sempre imperante pandectística: o processo, na verdade, não é tanto COMO O FAZ A LEI, mas, aproximando-se, num ideal, ao sistema da Common Law, COMO SERVE AO HOMEM. No ensinamento de RENÉ DAVID: “Une procédure convenablement menée doit conduire à une solution juste, quelle sera cette solution n'est pas la question fondamentale qui doit retenir les juristes”.

(ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, vol. XV, p. 3)

CONDIÇÕES DA AÇÃO

11. As condições da ação, segundo degrau na “progressão processual” no sentido da sentença de mérito, dependem também de IMPULSO PROCESSUAL para que, na sua falta, se decreta a CARÊNCIA DE AÇÃO, ou, segundo o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, se julgue extinto o processo sem decisão de mérito.

No sistema do Código, em geral, o IMPULSO é por meio de execução processual (art. 301, X), somando-se, ainda, o IMPULSO DO JUIZ. (art. 267 § 3).

Mas, faltando o IMPULSO — que, como se vê, é o elemento que importa — o processo prossegue, apesar do defeito, apesar da falta da condição da ação, até sentença final de mérito.

O Código de Processo Civil, art. 267, VI, adotou integralmente a teoria de Liebman ao distinguir os três tipos de “condições”, a saber: a possibilidade jurídica, a “*legitimatío ad causam*” e o interesse de agir.

Faz-se logo a crítica no sentido de que a “possibilidade jurídica”, está fatalmente contida no interesse de agir, pois não é possível entender que alguém tenha interesse sem que exista previsibilidade no sistema legal do direito afirmado, (Cfr. ARRUDA ALVIM, Revista de Processo, Ano I, n.º 1, 1976, pág. 106, nota 43).

Eis porque LIEBMAN, na 3a. edição de seu Manual, excluiu de sua clássica, triplice enumeração das “condições da ação” a possibilidade jurídica. (Cfr. LIEBMAN, Manuale di Diritto Processuale Civile, Terza Edizione, v. I pág. 120, n.º 74).

Mas, o Código Brasileiro, fruto de lições anteriores de LIEBMAN, mantém as três categorias como causas de extinção do processo sem julgamento de mérito.

De resto, o Código admite “outras” condições da ação, como se vê da expressão contida no inciso VI do artigo 267:

“quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

A jurisprudência, já desde o Código de 1939, está cheia de casos diversos de “carência de ação”, que espelham, na terminologia daqueles que seguem a doutrina adotada, a falta de condições da ação.

LIEBMAN chega ao excesso de afirmar que, quando faltam as condições da ação, ou qualquer delas, “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” (*L'azione nella Teoria del Processo Civile*, in Scritti Giuridici in onore di F. Carnelutti, volume II, pag. 448/449).

Acreditamos que nosso Código não possa ser interpretado à vista de tão grande absurdo: pelo Código, a consequência da falta de uma condição da ação é a terminação do processo sem julgamento de mérito, o que não significa necessariamente que não tenha ocorrido pleno exercício da jurisdição; somente no pleno exercício da jurisdição, ao contrário, é que o juiz poderá dizer se em determinado caso é possível ou não o julgamento de mérito. Era assim no direito romano clássico, quando a função própria do “magistrado” (pretor) era justamente a de preparar o “*iudicium*” sobre o mérito. E não pode deixar de ser assim também na atualidade, quando todo o processo é regulado pela lei que incide e que é aplicada pelo juiz como qualquer outra lei, e com eficácia própria de ato estatal.

A técnica do Código de Processo Civil Brasileiro, porém, não foi a de negar — no caso de inexistência das condições da ação — tivesse sido legitimamente exercido o “direito de ação” tal como foi acima definido.

A adoção da terminologia do direito italiano e a extrema admiração pela doutrina de LIEBMAN levaram o legislador a mal-aplicar a

expressão, pois quem propôs a ação com a qual provocou o processo, não pode ser carecedor de ação, nem sequer pode, no caso, faltar condição da ação.

O que se quer dizer, em tais casos, é que não há condições para o pronunciamento de mérito: a "pretensão processual", como objeto do processo, em tais casos, foi mal "enquadrada" naquele determinado processo, de modo que nele não se oferecem as condições para que o juiz possa dizer sobre tal pretensão, para que o juiz possa declará-la, pô-la a claro, com todas as eficácias a que se reporta o pedido do autor.

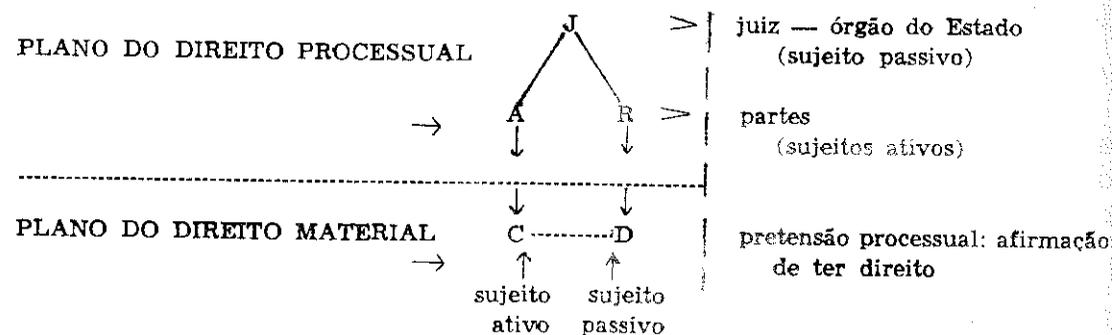
Isto e nada mais do que isto significa a "Teoria das Condições da Ação". Jamais qualquer idéia de desprezar-se ou negar-se tenha sido legitimamente exercido o "Direito de Ação" e a conseqüente função jurisdicional do Estado.

12. Há uma relação direta, portanto, entre as idéias de "pretensão processual", como objeto do processo, e de "condições da ação", como requisitos de correta inserção da pretensão no processo, de modo que possa o Juiz a respeito ter meios de sobre a mesma pronunciar-se.

Esta afirmação é de suma importância para a tese sustentada a seguir, da impossibilidade de aplicar-se ao processo penal a teoria das condições da ação.

Com efeito, a pretensão processual é constituída, em sua estrutura, por uma "afirmação de ter direito" e de "desejar o autor os efeitos jurídicos derivados desse direito afirmado".

Assim, a "pretensão processual" assume, no processo civil, um esquema de relação jurídica, subjacente à relação processual:



Como bem se vê no artigo 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial, que contém o pedido do autor, espelha uma relação jurídica: sujeitos, objeto, fundamento de fato e de direito; apenas relação jurídica "meramente afirmada" pelo autor.

O Juiz, entretanto, somente poderá dizer, com eficácia de ato jurisdicional, se esta relação meramente afirmada corresponde ou não a uma realidade do mundo jurídico se encontrar aqueles elementos que a caracterizam como "esquema de relação jurídica", isto é, se, provado o fato e vigente o direito, na realidade possam ocorrer as conseqüências pedidas.

A ocorrência das condições da ação, examinada pelo Juiz tal como o direito é meramente afirmado pelo autor, e não à vista de provas ou outras verificações, é um antecedente do julgamento de mérito. A sua verificação é um preparo para a sentença de mérito: é um "si paret" do direito atual, apenas proferido pelo mesmo juiz que vai decidir o mérito.

Ora, no processo penal não há o elemento "pretensão processual", ou seja, não há, como objeto do processo, nenhuma afirmação de ter direito. Logo, no processo penal não é possível falar em inserção correta da pretensão no processo; não se pode falar em "condições da ação" naquele sentido da teoria de Liebman, adotado pelo Código de Processo Civil Brasileiro; não há a "afirmação de ter direito", à base do processo, sobre a qual deva pronunciar-se o juiz se a "afirmação" corresponde a um "modelo" legal.

Tudo, no processo penal, se passa de modo diverso.

O OBJETO DO PROCESSO PENAL

13. Embora a tendência que não se pode deixar de reconhecer, entre os mais recentes processualistas brasileiros, de afirmar a possibilidade de uma "teoria geral do processo", manifestamos sincera dúvida quanto à possibilidade de semelhante construção.

A idéia não é nova e tem no direito comparado exemplos múltiplos, inclusive o "Rättegångsbalk" sueco, que é um código único de processo civil e penal, promulgado em 18 de julho de 1942 e em vigor desde 1.º de janeiro de 1948.

Este Código, entretanto, tem um título inicial, que cuida da jurisdição, com nove capítulos. A seguir, tratando do processo, já o Código divide-se em duas partes distintas, a primeira (capítulos dez a dezoito) cuidando do processo civil, e a segunda (capítulos dezenove a trinta e um), do processo penal. Seguem outras disposições, sempre distinguindo-se, porém, quando a norma deve ser peculiar ao processo civil ou ao processo penal. (CFR. GERHARD SIMSON, Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens, Berlin, 1953, De Gruyter)

O famoso Código sueco parece-nos antes uma prova da impossibilidade do tratamento conjunto de matérias tão diversas, do que uma postulação da idéia de uma teoria geral do processo abrangendo em sua totalidade o processo civil e o processo penal debaixo de regras da mesma natureza.

Preferimos, portanto, falar em uma "TEORIA DO PROCESSO", antes de que numa "TEORIA GERAL DO PROCESSO". Seria uma "TEORIA DO PROCESSO JURISDICIONAL", porque na verdade a característica comum é justamente a jurisdição, ou seja, ambos os processos servindo de modo de exercício do poder jurisdicional do Estado. Daí, de resto, a possibilidade do capítulo inicial do "Rättegångsbalk", que trata somente da jurisdição.

A impossibilidade da construção de uma verdadeira teoria geral do processo reside, precipuamente, na diferença entre os objetos do processo civil e os do processo penal.

Como já foi acima explicado, o objeto do processo civil é a chamada "pretensão processual", ou seja, a AFIRMAÇÃO DE TER DIREITO E DESEJAR A EFICÁCIA JURÍDICA DESSE DIREITO AFIRMADO.

Essa pretensão processual se INSERE na relação processual, observadas as regras sobre petição inicial e sobre o pedido, de modo a tornar-se apta a merecer sentença sobre a sua procedência ou não procedência, ou no caso de, não observadas aquelas regras e havendo o IMPULSO PROCESSUAL disposto em lei, resultar no fim do processo sem julgamento de mérito (artigos 267 e 268 do Código de Processo Civil).

O mesmo, entretanto, não ocorre com o processo penal, no qual não se invoca, como OBJETO DO PROCESSO, uma "relação jurídica afirmada" ou um "esquema de direito subjetivo"; não há, no processo penal, nenhum substrato de direito subjetivo que sirva de base ao seguimento dos atos processuais desenvolvidos perante o órgão jurisdicional do Estado.

No processo penal, com efeito, ninguém tem interesse jurídico na aplicação da pena. Essa aplicação decorre imediatamente do PODER DO ESTADO, em tempos passados através do Monarca (poder Executivo) e, modernamente, por meio do processo, e como consequência do PODER JURISDICIONAL DO ESTADO.

Já em 1930 ensinava PAOLI:

"Ma nel processo penale non é così, perchè il p. m. ha bensì interesse alla condanna del colpevole, ma non alla condanna dell'imputato: anzi, se l'imputato sia innocente, il p. m. ha interesse al suo proscioglimento: e in questa ipotesi quando il giudice proscioglie non sacrifica niente affatto l'interesse del p. m. e cioè dello Stato accusatore, ma lo adempie: inquantochè di fronte all'imputato innocente lo Stato accusatore identifica il proprio interesse con l'interesse di costui." (PAOLI, RIVISTA DE DIRITTO PROCESSUALE, 1930, p. 67)

Parece-nos que não pode pairar a menor dúvida sobre o fato de que, no processo penal, o Ministério Público, ou o Estado, não tem interesse jurídico na "aplicação da pena" ao IMPUTADO, ou, igualmente, interesse jurídico na declaração do seu "status libertatis": não se tem em vista "direito subjetivo" que se pretende fazer valer em juízo.

No caso da ação privada, o ofendido — querelante — também não tem interesse jurídico na aplicação da pena, pois interesse supõe um “benefício”, material ou moral, advindo de um bem da vida, enquanto que na pena aplicada ao ofensor nada se dá ou se outorga em proveito do ofendido. A noção de interesse está, com efeito, intimamente ligada à da repartição de bens: o interesse, como conceito jurídico, diz respeito não à noção psicológica de desejo ou de necessidade, mas, sim, à noção de exigência de bens ou valores realizáveis ou objetos de proteção na ordem social (CFR. EMILIO BETTI, *Novissimo Digesto Italiano*, verbete “Interesse — Teoria Generale”).

Se a aplicação da pena correspondesse a um interesse do Estado na ação pública, ou do ofendido na ação privada, teria de haver na pena uma correspondência igual a uma SATISFAÇÃO, no sentido de que o Estado, ou o ofendido, recebessem algo, de ordem material ou moral, como retribuição ao mal derivado do delito. Se assim fosse, é certo que um BOM DIREITO PENAL jamais deveria atribuir AÇÃO PRIVADA ao ofendido; o sabor seria, evidentemente, de vingança. Bastaria a ação civil de indenização do dano.

Mas, qualquer que seja a teoria que procure explicar a finalidade da pena, nenhuma delas dirá que o Estado satisfaz-se — apesar do delito cometido — com a pena aplicada.

O mesmo dir-se-á do lesado ou ofendido, ao qual compete a ação privada. Jamais poderá dizer-se que há, no exercício da ação privada, a *restitutio* ao *status quo ante*.

O delito é uma CONTINGÊNCIA, na vida social, da qual deriva uma pena ou aflição, como punição, ou como expiação, ou como sofrimento de mal semelhante, ou como tentativa de cura (COHEN, *Readings*, p. 336), ou qualquer que seja a finalidade visada. Jamais, porém, como REPARAÇÃO JURÍDICA daquilo que é, na verdade, IRREPARAVEL.

Nem sequer a pena de talião tinha este feitiço, ou visava a esse fim: no Código de Hamurabi há casos inúmeros pelos quais se inflin-

gem males terríveis aos que cometem atos classificados como delituosos. Nenhum, porém, visa a REPARAR, TORNAR SEM EFEITO, ANULAR, ou mesmo, DAR SATISFAÇÃO MORAL a quem tenha sido ofendido. “Olho por olho, dente por dente” é maneira de graduar a pena, mas, pelo fato de tirar-se o olho de quem privou outrem desse órgão, não faz jamais que o ofendido venha a ter novamente a sua vista incólume.

Quanto à obrigação de sustentar a família da vítima, que aparece historicamente, é modo de reparação civil do dano.

Quanto ao DANO resultante do delito, a sua reparação é obtida por via de ação civil (art. 63 do CPP.), argumento que, de resto, justifica e reforça a idéia de que o direito penal nada tem a ver com a reparação do dano.

14. Se assim é, se não há interesse jurídico de ninguém na aplicação da pena — e esta se faz em virtude de uma FUNÇÃO, quer do Estado, quer do órgão do Ministério Público, quer do ofendido — então o processo penal é, sem dúvida, um processo sem partes em contraditório.

As “partes” são meramente formais; integram um esquema para a prática de atos tendentes a um fim. De um lado, a perquirição que se inicia como investigação administrativa e prossegue por via jurisdicional. De outro, o indiciado com todos os meios postos na Constituição e nas leis ordinárias, que lhe permitem a máxima garantia de seu “status libertatis”, insito à personalidade humana. E, finalmente, o Estado, em sua função própria de, ATRAVÉS DE SENTENÇA, aplicar a pena ou declarar a inocência.

A expressão “ATRAVÉS DE SENTENÇA” diz quase tudo o que ocorre no processo penal, **porque é a sentença penal a síntese de todo o direito penal: sem ela, juridicamente, não há crime e não há pena.**

A sentença penal — diga-se ainda — é algo muito característico dentro de uma “teoria geral do direito”, porque, a par de sua função eminentemente constitutiva do delito e de sua punição através da pena, apresenta também os caracteres das demais sentenças quando apreende

a norma legal, seu instrumento para a constituição *in easu* da figura delituosa, ao mesmo passo que, pelo sistema probatório, apreende o fato, outro instrumento, visando ao mesmo fim.

É a sentença penal, antes de tudo, ato eminentemente “humano”, com elevada dose de sentimento, além da atividade intelectual do juiz, (CFR. CALAMANDREI, *Scritti Giuridici*, vol. I, pag. 637; EHR- LICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, in Cohen, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, pags. 445 e ss.)

Dai a necessidade do continuo aperfeiçoamento dos sistemas processuais penais para evitar o fenômeno que se repete indefinidamente na história do direito: a sentença injusta, e, às vezes, injustiça de todo irreparável, como atestam os inúmeros casos de aplicação de pena de morte a inocentes. (Cfr. MAX HIRSCHBERG, *La sentencia erronea en el proceso penal*, E.J.E.A., B. Ayres, 1969; KARL. PETERS, *Fehlerquellen im Strafprozess*, C. F. MÜLLER, Karlsruhe, 1970, 3 volumes)

15. O esquema do processo penal, em consequência, é inteiramente diverso do esquema do processo civil.

Não seria lícito, em primeiro lugar, encarar o processo penal sob a perspectiva de uma relação jurídica, como se faz no processo civil. (A esse respeito, consultem-se especialmente EBERHARD SCHMIDT, *Los fundamentos teoricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, B. Ayres, 1957, pags. 36/37; BELING, *Derecho Procesal Penal*, Cordoba, 1943, pags. 73 e segs.)

O processo penal tem de ser visto sob o esquema de suas funções e a soma de situações que nele se desenvolvem.

Por outro lado, não havendo no processo penal nenhuma “afirmação de ter direito”, não havendo ninguém que “afirme direito subjetivo próprio” desejando por sentença a eficácia jurídica de tal direito subjetivo, o objeto do processo penal — se assim se pode falar — é o que se convencionou chamar de “*notitia criminis*”.

Se, no plano do processo penal, há o Ministério Público ou o querelante como titular da chamada “ação penal”, o Juiz, no exercício da função jurisdicional, e o indiciado, na sua função de defesa de seu “*status libertatis*”, já no plano do direito material nada aparece que se distinga do próprio processo, porque o direito material penal é, aí, mais do que nunca, mero instrumento de que se serve o juiz na constituição da figura delituosa.

O esquema do processo penal — não a relação processual penal — teria a seguinte configuração:

PLANO DO DIREITO PROCESSUAL, COMUM AO DIREITO MATERIAL PENAL
MP

_____ JUIZ _____ INDICIADO)
QUERELANTE)
_____ NOTITIA CRIMINIS)

16. Retomando o argumento: se não há direito de ninguém à aplicação da pena como tal; se esta decorre de um **DEVER DO ESTADO** imediatamente resultante de suas próprias funções (neste particular, Cfr. SEGNI, *Scritti Giuridici*, vol. I, p. 217, nota 1); se, modernamente, esta **FUNÇÃO** está afeta à **IURISDICTION**, assim como antes cabia ao **IMPERIUM**, também não há **direitos e obrigações** que possam caracterizar uma relação processual penal. A aplicação da pena, ou a sua não-aplicação, é função, por natureza, própria do Estado. Não supõe, por conseguinte, à sua base, nenhum **direito subjetivo**.

O órgão do Ministério Público nada mais tem senão a **FUNÇÃO** no tocante à persecução penal que pode visar ou não à imputação (pedidos subsequentes de condenação, de arquivamento do inquérito policial, de absolvição). A ação do Ministério Público, na lição de CANUTO MENDES DE ALMEIDA, exprime **DEVER DISCIPLINAR**, sujeito ao princípio da legalidade, na medida em que o direito positivo a esse a vincula, como obrigação **FUNCIONAL de mover**, positiva, ou **de não mover**, negativa, a chamada ação pública, dada a realidade objetiva, positiva ou negativa. (CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Existe o “direito de ação?”* in *Revista Jurídica*, vol. 81 pag. 63)

Quanto à chamada “ação penal privada”, a posição do querelante, ofendido ou sucessor da vítima, legitimado segundo o direito positivo, tem essa legitimação endereçada ao exercício de uma FUNÇÃO substancialmente idêntica à do órgão do Ministério Público.

Na lição de JAMES GOLDSCHMIDT:

“No hay que construir el proceso acusatorio mecánicamente según el proceso civil. La situación jurídica del querelante es completamente otra que la del actor. No haee valer, como éste, un derecho propio y pide su adjudicación, sino que afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber.” (JAMES GOLDSCHMIDT, Principios generales del proceso, vol. II, pag. 49, E.E.J.E.A. — B. Aires, 1961)

Quanto ao dano sofrido, o ofendido vai buscar a devida reparação, nos termos do artigo 63 e disposições seguintes, do Código de Processo Penal, por meio do juízo civil. Na ação “penal privada”, é restrita a atividade do querelante à FUNÇÃO referente aos atos de impulso que lhe são autorizados não no sentido de haver para si algum bem jurídico, mas, sim, do enquadramento do objeto do processo, a saber, a “notitia criminis”, com todas as implicações relativas à existência do fato, autoria, imputabilidade e outras circunstâncias.

É certo que a sentença penal vale para o querelante como “título executivo” para a ação de reparação do dano. (art. 63 CPP.)

Essa circunstância, entretanto, não confere ao querelante “direito subjetivo” à base da ação penal privada. Em primeiro lugar, trata-se de simples documento que servirá de base à propositura da ação civil, e, de outra parte, esse efeito da sentença penal é efeito anexo, e, portanto, efeito não desejado e pedido na inicial (queixa), tal como a hipoteca judiciária é efeito anexo na sentença condenatória civil.

No tocante ao réu — indiciado —, antes de tudo, enquanto não condenado por sentença, presume-se inocente, apesar de todas as medidas de cautela que tem de sofrer, especialmente a prisão preventiva.

Um bom processo penal deve dar um tratamento cuidadoso a tais medidas, de modo a minimizar os efeitos que possam acaso marcar para sempre, em sua individualidade, o detido preventivamente.

A atividade processual do réu indiciado é cercada de garantias constitucionais e legais, eis que está na defesa daquilo que se presume, ou seja, a sua inocência, de que decorre o “status libertatis”, atributo da personalidade humana. Mas, evidentemente, o réu nenhum “direito subjetivo” tem a esse “status libertatis”, porque, de outra parte, não há nenhum outro dever do Estado senão o de proferir sentença conforme o entender o juiz. Não tem o réu, portanto, nenhum direito à sentença de absolvição, assim como nem o Estado, ou o órgão do Ministério Público, ou o querelante, têm qualquer direito à sentença de condenação.

Há, no processo penal, sem dúvida, ônus e expectativas: o Estado pode impor a pena, mas não tem nenhum direito prévio ao processo a que a pena seja imposta. A pena, como realidade no mundo jurídico, nasce com a sentença condenatória. Note-se, por isso, a verdadeira discricção que tem o Juiz, no moderno processo penal, na imposição da pena, graduando-a dentro daqueles limites, por vezes amplísimos, estabelecidos no modelo legal.

Apesar da diferença marcante entre o sistema da “common law” e o sistema do direito codificado continental, parece que, em matéria penal, o que na realidade ocorre é exatamente igual à técnica da “common law”: o direito penal, em toda a parte, consiste essencialmente em regras de processo que darão ao juiz as condições de chegar a uma sentença mais ou menos justa em relação ao caso que lhe é submetido. Um processo penal devidamente conduzido deve resultar numa sentença presumivelmente justa. Qual seja o núcleo dessa solução, não deve preocupar os juristas. (RENÉ DAVID, Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine, in ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, 1970, p. 3).

17. De outro ponto de vista, a finalidade do Direito Penal Material é, em resumo, tipificar os fatos considerados como crimes e estabelecer as penas correspondentes.

Mas o Direito Penal assim considerado é mera **ABSTRAÇÃO**; não ocorrem, como no direito privado, ou como no direito público administrativo, ou fiscal, as situações tão comuns em que o **NEGÓCIO JURÍDICO** domina o campo das atividades, recorrendo-se ao processo somente quando há pretensões manifestadas, **SEMPRE A JUÍZO DE QUEM PROPÕE A AÇÃO**.

O Direito Penal Material seria “letra morta” se não ocorressem e fossem perecebidos os **ATOS** nele arrolados (tipificados) como delitos, mas, assim mesmo, continuaria a ser “letra morta” se não se instaurasse o processo penal.

O que tudo significa é que o Direito Penal somente se realiza através do processo; somente assume o aspecto de “realidade jurídica” quando ocorrer o pronunciamento jurisdicional.

Assim, tanto o delito como a pena somente passam a ter vida relevante para o direito face à sua constituição pela sentença penal. (Carnelutti, *Lecciones Sobre el Proceso Penal*, Trad. Argentina, EJEA, V. I, págs. 147 a 149).

Pode daí tranqüilamente concluir-se, como já tem sido sugestão de muitos especialistas no ramo, que, em verdade, Direito Penal Material e Processo Penal constituem uma só e única coisa. (CFR., entre outros muitos, Alcalá Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Penal*, I, 39; — Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, 23)

“ — O direito processual e o direito substantivo penal formam uma **UNIDADE** derivada da função específica que a esta extensa região do Direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para que originariamente tende. — (Figueiredo Dias, *ob. cit.* p. 23)

É certo, não se põe em dúvida, que a mera “notitia criminis” — o fato em si ainda não enquadrado pelo juiz como crime —, tem importante relevância jurídica, tanto mais que vem a constituir propriamente o “objeto” do processo penal.

Essa importância não ultrapassa, porém, esse limite de tornar-se o fato objeto do processo; não se lhe pode de nenhuma maneira emprestar a eficácia jurídica própria ao fato criminoso, à infração penal, ou seja, a eficácia da aplicação da pena. Essa somente pode derivar da sentença condenatória.

O fato acontecido — mesmo ainda sujeito a diversos tipos de constatação pelo sistema probatório e pela apreciação racional do juiz — apenas se integra na seqüência cujo ponto final será a única realidade jurídica relevante, ou seja, a sentença penal condenatória.

A seqüência, pois, direito penal — processo penal — sentença penal constitui a **UNIDADE** abrangente de todo o conteúdo da Ciência Jurídico-Penal.

18. Da constatação dessas realidades da vida chega-se à outra comprovação: se direito penal material e processo penal constituem uma **UNIDADE** dentro do sistema jurídico, então todas as questões no processo penal na realidade são integrantes daquilo que se convencionou chamar de **mérito**. Ou melhor, o conceito de mérito é conceito próprio do processo civil, porque corresponde à atitude do juiz dizendo se a “pretensão” do autor corresponde, ou não, a uma realidade do mundo jurídico. No processo penal, na verdade, não se distingue o mérito daquilo que no civil se denomina de “questão processual”, porque processo penal é igual a direito penal material, ou seja, seqüência tendente à **SENTENÇA PENAL**.

Dessa conclusão — tomada, em respeito à ciência tradicional, **argumentandi gratia** — poder-se-ia desde já concluir pela inutilidade da aplicação ao processo penal dos institutos das chamadas “condições da ação” e mesmo dos “pressupostos processuais” tais como são encarados na famosa doutrina de Bülow.

Com efeito, para o “**bad-man**” invocado pelo eminente Justice Holmes, tanto faz ser absolvido do crime que lhe é imputado, ou a declaração em sentença de que o fato narrado na denúncia não constitui crime (art. 43, I, CPP), ou que já está extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa (art. 43, II, CPP).

Por outro lado, o sistema de nulidades penais, desde que venham a influir na apuração da "verdade substancial" ou na decisão da causa (art. 566 CPP), é um verdadeiro sistema de garantias para o indiciado, garantia do "due process of law" de que ninguém será julgado a não ser pela forma prevista na lei (§§ 15.º e 16.º do artigo 153 da Constituição Federal).

A sentença penal proferida sem observância da "forma legal", se CONDENATÓRIA, será passível de ação de revisão a favor do réu condenado (art. 621, I, CPP). A sentença penal ABSOLUTÓRIA, proferida sem a observância da lei processual penal, quando passada em julgado, fará coisa julgada a favor do réu absolvido, pois não cabe revisão contra o réu absolvido, de modo que, em novo processo sobre o mesmo "fato principal" poderá ele opor a exceção do artigo 110, § 2.º, CPP.

No processo penal, portanto, somente há coisa julgada em favor do réu, ou seja, garantia somada a tantas outras, visando à prevalência do "status libertatis"; o Juiz não poderá mais condenar alguém pelo mesmo fato, ou sequer prosseguir no processo penal, se foi invocada a exceção, ou se o próprio Juiz se apercebeu da sentença anterior. No tocante ao réu condenado, tem ele a ação de revisão em condições amplíssimas (art. 621, CPP).

19. Sustentando-se que processo e direito penal constituem uma e a mesma coisa, com isso não se quer significar que o processo penal seja mera administração. Ao contrário, mais do que nunca, a atividade constitutiva do delito e da pena, *in casu*, deve hodiernamente ser unicamente produto da IURISDICTIO.

Não resta dúvida que é difícil conceber a "ação penal" no mesmo sentido em que se define a "ação civil"; mas, sem dúvida, constituem ambas acesso ao Poder Jurisdicional do Estado para a obtenção de uma certa atividade própria do Estado. Divergem o processo penal e o processo civil no conteúdo dos pedidos e no tipo de atividade — embora ambos jurisdicionais — que o Estado em consequência desenvolve.

No processo penal há iniciativas e impulsos, até mesmo o exercício da ação penal pelo próprio Juiz, pela instauração, por meio de "Portaria", do processo sumário. Mas nele não se vislumbra o "pedido contendo algo no interesse de quem pede.

Por isso é difícil conceber no processo penal a situação definida no processo civil como de "legitimatío ad causam". Esta situação supõe a correspondência entre a pessoa que pede em juízo e a sua posição de sujeito ativo na relação de direito material afirmada (pretensão processual), e a correspondência, por sua vez, entre a pessoa frente a quem se pede algo em juízo e a sua posição de sujeito passivo daquela mesma relação de direito material afirmada.

Ora, no processo penal NÃO HA, como OBJETO DO PROCESSO, relações jurídicas de direito material AFIRMADAS. O objeto do processo penal é a notícia do crime que não figura "relação" nem possibilidade daquela "correspondência de sujeitos".

Também o "interesse de agir" é totalmente desfigurado na impropriamente chamada "ação penal", porque o órgão do Ministério Público age por motivo de sua função, e, assim, o Juiz, quando lhe cabe baixar portaria de instauração do processo sumário penal, ou, no mesmo caso, o delegado de polícia. Também o "auto de prisão em flagrante", instrumento de um fato, motiva o processo penal nas contravenções (art. 26, CPP).

Resulta, pois, que o interesse se subsume no fato noticiado, o que ocorre também na ação penal privada quando o querelante age não em face de uma necessidade de tutela jurídica, mas por via de uma "res merae facultatis", outorgada expressamente em lei.

Não obstante, o ato consistente na sentença do juiz é eminentemente jurisdicional. E neste caráter da sentença penal, como ato tipicamente jurisdicional, é que está justamente o que se desejou historicamente atingir em termos de progresso social, com os fins políticos do processo: subtrair o tema do crime e da pena do âmbito da administração para colocá-lo definitivamente sob a égide dos magistrados.

Aqueles que ainda encontram na "composição da lide" a finalidade do processo terão aqui o seu argumento para negar a concepção exposta. Para nós, entretanto, a existência ou não existência de lide ou conflito, tanto no processo penal como no processo civil, é totalmente irrelevante. Não é preciso acrescentar nada mais, embora houvesse muito a acrescentar, ao que a respeito foi dito por CALAMANDREI e PAOLI (Calamandrei, Scritti Giuridici, vol. I, pags. 245, 200 e ss.; Paoli, Rivista di Diritto Processuale, 1930, p. 63 e ss.)

O certo é que a atividade do juiz no processo penal, como toda a atividade de juiz no exercício da jurisdição, é imparcial. E quando o Estado age **imparcialmente**, age através da jurisdição.

Na atividade administrativa age o Estado como parte. Na jurisdicional, define o caso, cria a regra concreta para aquele determinado indivíduo sujeito à imputação penal; enfim, trabalha como o faria um juiz nos países da "common law" face a uma "statute law": traduz, em termos de direito do caso, aquilo que ainda não é direito, porque direito penal é somente o direito penal aplicado.

DO INTERESSE DE AGIR NO CONCURSO UNIVERSAL DE CREDORES

ATHOS GUSMAO CARNEIRO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1. Na codificação processual de 1939, o concurso de credores, legalmente conceituado de "incidente da execução", apresentava-se como um desdobramento da execução singular em execução coletiva, realizável sobre aqueles bens penhorados e em benefício, além do exequente, também dos credores que em tempo hábil se houvessem habilitado (Liebman, "Processo de Execução", ed. Saraiva, n.º 83).

O Código de Processo Civil de 1973, sob o magistério de Buzaid (refletindo posições já apresentadas pelo eminente jurista em 1952, na sua obra fundamental "Do Concurso de Credores no Processo de Execução"), distingue a execução contra devedor solvente da execução contra devedor insolvente; neste segundo caso, a declaração de insolvência do devedor não comerciante, obtida num prévio processo de acerto (arts. 754/758), produz o vencimento antecipado das dívidas, a arrecadação de **todos** os bens penhoráveis do devedor, e a execução por concurso **universal** de seus credores (art. 751), em sistema com muitos pontos de contacto relativamente ao processo falencial.

A execução por concurso universal de credores pressupõe, além do **título** (art. 754), ainda a **insolvência do devedor inadimplente** (art. 748), a **pluralidade de credores** e a **existência de bens**.

2. Pergunta-se: poderá um credor quirografário (art. 753, I), sob o fundamento de que o devedor não possui bens, por tê-los alienado acoadadamente, ou de que os bens existentes são manifestamente insuficien-

tes a cobrir o título exequendo, poderá tal credor requerer a declaração de insolvência do devedor? Em outras palavras: basta a presença, no palco processual, de um único credor, para habilitá-lo a requerer o concurso?

Parece-nos que não basta, porque este credor careceria de “interesse processual” (art. 295, III) na instauração do concurso. Assim julgou na apelação 10.729 a egrégia 2ª. Câmara Cível do TARGS, à unanimidade, em aresto de 20.04.76, de que fomos relator (“o Novo CPC nos Tribunais do RGS e SC”, tomo III, verbete 0827).

Pelo novo Código de Processo Civil (assim revivescendo a vetusta regra das Ordenações, revogada por lei de 22 de dezembro de . . . 1761), pela penhora o credor adquire um direito de preferência sobre os bens penhorados (arts. 612 e 613), de forma que no momento do pagamento “receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora” (art. 711), ressalvados por evidência os créditos privilegiados (art. 709, II): é a regra do “prior tempore, potior jure”. Mas os credores menos diligentes (ou menos exigentes. . .) não são prejudicados pela preferência, pois que por hipótese estamos tratando de devedor SOLVENTE; se o valor do bem penhorado não é bastante para satisfazer as penhoras realizadas em segundo, ou terceiro lugares, de qualquer forma sempre restam outros bens, livres e desembaraçados, para garantia dos créditos (art. 591), cabendo ao devedor nomear tais bens, ou ao oficial de justiça penhorá-los (art. 569), nos autos das respectivas execuções. Todos os credores exequentes encontram-se, pois, em princípio, bem garantidos.

Entretanto, se outros bens, livres e desembaraçados, não forem nomeados ou encontrados (art. 750), então a aplicação do “prior tempore” criaria uma situação de desigualdade entre os credores quirografários, pois pagos seriam apenas os exequentes que houvessem efetuado a (s) primeira(s) penhora(s) sobre os insuficientes bens existentes.

Surge, então, aos demais exequentes o “interesse processual” em provocar a instauração do concurso universal de credores, para que

neste a regra do “prior tempore” ceda lugar ao princípio do “par condicio creditorum”: no concurso os credores quirografários são proporcionalmente pagos, — após satisfeitos os créditos legalmente privilegiados —, mediante rateio igualitário (arts. 612, 769 e ss.), tornando-se irrelevante a anterioridade das penhoras.

A propositura de determinada ação, ou providência judicial, só pertence a quem demonstrar **necessidade** daquela demanda para a obtenção do bem da vida almejado. É o “interesse processual” (art. 3.º), como “condição da ação” (Chiovenda, Instituições, t. I, n.º 40), ou melhor, como condição de **viabilidade** da ação.

Ora, dentro da linha de raciocínio que seguimos, ao credor, a quem o direito de preferência favorece, não assiste “interesse” em requerer o concurso. Mais lhe vale prosseguir na execução singular. Assim, e com mais razão, se sobre os bens do devedor, ainda que insuficientes, não pende nenhuma constrição judicial promovida por outro credor.

Se o devedor mais bens antes possuía, e os alienou, as figuras da “ação pauliana” e da “fraude à execução” fornecem ao credor singular os meios hábeis, e bastantes, à eficaz tutela de seu direito material.

Os argumentos até aqui expostos não se aplicam à auto-insolvência (arts. 759, 760), pelo possível interesse do devedor em lograr, sob o concurso universal, a extinção de suas obrigações, nos termos dos artigos 777 e seguintes do CPC, quanto às parcelas não resgatadas (arts. 774, 775).

3. De outra parte, parece-nos, s.m.j., não cabe argumentar, em contrário, com a sistemática da lei falencial.

Para a declaração da falência, basta a “impontualidade” do devedor comerciante, ainda que solvente.

Além disso, enquanto pelo concurso a lei visa a tutelar pretensões materiais de ordem privada, já na falência a lei aproveita a iniciativa do credor para promover, como seu objetivo maior, a defesa do crédito mer-

cantil e da fé nas relações de mercância. Diante deste objetivo maior, a lei inclusive coloca de lado, excepcionalmente, o princípio fundamental de que o processo civil começa por iniciativa da parte, e faculta ao próprio magistrado, em determinados casos, o declarar de ofício aberto o processo falencial (lei fal., arts. 161, 162).

Compreende-se, destarte, que aquilo que se permite ao credor singular do devedor comerciante, possa ser defeso ao credor do devedor não comerciante.

Alvitramos assim que, quando o CPC. (art. 750) põe como presunção de insolvência, bastante para legitimar a instauração do concurso, o não dispor o devedor, para nomear à penhora, de outros bens desembaraçados, ou não arrestados, refere-se a lei a bens isentos de constrição judicial efetuada a pedido de **outro** credor, não do **mesmo** credor. Esse outro credor, face à regra do "prior in tempore, potior in jure", gozaria de preferência no recebimento do preço da arrematação (arts. 612, . . . 711); assim, o credor que chegue em segundo lugar ao palco processual, e no caso de o bem penhorado não bastar para cobrir todos os débitos, necessita requerer a instauração do concurso para, arredado o princípio da prioridade na penhora, lograr um rateio igualitário, em "par condicio creditorum" (arts. 612, 769 e ss.).

Se não há outro credor na disputa, faltará ao credor singular o "interesse", ou seja, a necessidade daquela demanda judicial (do concurso) para alcançar o bem da vida almejado, isto é, a satisfação de seu crédito na maior proporção possível. **Mais lhe vale promover ou prosseguir na execução singular contra o devedor, ainda que o mesmo seja insolvente.**

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, é certo, embora considere pressuposto da falência a "pluralidade de credores", admitiu a possibilidade da falência em existindo um único credor ("Trat. de Dir. Com., t. VII, n. 98, ed. 1-946), pelo argumento de que ao credor não satisfeito possa ser "indispensável a falência para revogar atos praticados em seu prejuízo". O interesse do credor estaria, portanto, em que a falência lhe iria conceder melhor posição processual mediante a revocatória.

Mas ao concurso universal, aplicável ao devedor não comerciante, não parece se possam aplicar, por mera analogia, aquelas regras da legislação falencial, como o "termo legal", modificativas de pretensões e obrigações de direito material. As figuras da "ação pauliana", e da ineficácia por "fraude a credores", fornecem ao credor singular do devedor não comerciante os meios hábeis, e bastantes, à eficaz tutela de sua pretensão creditória. Ensina THEODORO JÚNIOR que, diversamente do que se passa com a falência, a decretação de insolvência não cria um período suspeito, e não gera para os credores remédios especiais revocatórios de atos do devedor (Processo de Execução, 3a. ed., cap. XXV, n.º 5).

De outra parte, para a declaração da falência basta a impontualidade do comerciante, ainda que solvente, pois a lei aproveita a iniciativa do credor para promover, como seu objetivo maior, a defesa do crédito mercantil e da fé nas relações de mercância; compreende-se, destarte, que aquilo que se permite ao credor singular do devedor comerciante, possa ser defeso ao credor do devedor não comerciante.

4. Outra tormentosa "quaestio juris", aliás já trazida à liça judiciária, refere-se à possibilidade de decretação de insolvência do devedor que não possua nenhum bem penhorável.

Que é de fato insolvente, sem dúvida o é. Mas questiona-se haja "interesse" em se lhe requerer judicialmente a insolvência, pois tal declaração não se destina a operar no vazio, mas prepara a execução forçada para a satisfação dos credores. Lembro, "data venia", não só o disposto no art. 659, § 2.º, como a norma de que a execução é suspensa "quando o devedor não possuir bens penhoráveis" (art. 791, III). O renomado juiz paulista RESTIFFE NETO, em decisão aludida em artigo de doutrina (RF, 252/141), refere que "não faz sentido a declaração de insolvência do devedor e promoção de um concurso universal sem bem algum". Segundo a eg. 2a. Câmara do 1.º TACSP, adotando esta orientação, o novo CPC é avesso "às medidas de força, mas destituídas de utilidade prática".

Em sentido contrário manifesta-se o eminente HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ("Processo de Execução", 3a. ed., cap. XXV, . .

n.º 10) lembrando a possibilidade de o devedor adquirir bens após a declaração, e ainda invocando o instituto da extinção das obrigações do insolvente.

5. Os autores convêm em que a declaração de insolvência do devedor constitui um prévio processo de cognição, de acerto, culminante na sentença que serve de base à execução por concurso universal (MONIZ DE ARAGÃO, RF 246/68); ROGER DE CARVALHO MANGE, RF 246/271; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. cit.).

A manifestação judicial, assim, põe termo ao processo prévio de conhecimento (art. 162, § 1.º), abrindo azo ao subsequente processo de execução.

Como sentença, é apelável. Quer parecer, destarte, menos feliz a orientação de magistrados que consideram cabível o agravo de instrumento, sob a alegação de que seria apenas decisão, embora impropriamente nominada como sentença, o ato judicial aludido no art. 761 do CPC.

Estas observações, diga-se, revelam que o sistema do novo CPC continua ensejando dúvidas razoáveis sobre qual o recurso cabível em determinados casos, pelo que a admissão da regra da "fungibilidade dos recursos" consulta os melhores interesses da justiça (vide, por todos, Alcides Mendonça Lima, in "Introdução aos Recursos Cíveis, n.ºs 168/169, págs. 240 e ss.).

Ponto altamente controvertível consiste no saber se a apelação deve ser recebida no duplo efeito. Responderíamos pela negativa. Cuida-se de provisão com força predominantemente constitutiva e executória imediata (ROGER MANGE, ob. cit.), surgindo a necessidade de pronta suspensão das execuções singulares (art. 762, § 1.º), como condição mesma do êxito do concurso universal. A sentença que decreta a insolvência, outrossim, equivale sob certos aspectos àquela que julga improcedentes os embargos à execução, e da qual o recurso só possui efeito devolutivo (art. 520, V) (idem, THEODORO JÚNIOR, ob. cit., pág. 405; 2a. Câmara Cível do TRGS, ac. un. de 15.06.75 no Agravo de Instrumento 10.639, relator A.G.C., in "O Novo CPC... III, verbete 0828).

6. O prévio processo de acerto poderá, por previsão expressa de lei, ser transformado em processo de execução contra devedor solvente. O devedor, a teor do art. 757, ilidirá ("rectius", elidirá — vide Lei de Falências, art. 11, § 2.º) o pedido de insolvência se, no prazo para oposição dos embargos, depositar a importância do crédito, "para discutir a legitimidade ou o valor". Afastada a possibilidade de declaração de insolvência, e valendo o depósito como penhora de dinheiro, impugnar o devedor a pretensão creditória através de embargos nos termos previstos na execução contra devedor solvente.

Parece menos feliz a tese adotada por CELSO NEVES ("Coment. ao CPC, ed. Forense, v. VII, n.º 123, pág. 277) de que com o depósito de dinheiro os embargos assumiriam feição similar à "ação declaratória incidental" sobre a relação creditícia. Assim fosse, sob feição apenas declaratória (e não desconstitutiva do título, como soem ser os embargos do devedor), não se compreenderia a possibilidade de, rejeitados os embargos, o credor poder levantar, como preconizam THEODORO JÚNIOR (ob. cit., 3a. ed, pág. 938) e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("O Novo Processo Civil Brasileiro, tomo II, pág. 123) a importância do depósito, para satisfação de seu crédito. O levantamento do depósito revela a natureza executiva adotada pelo processo, após elidida a insolvência.

A recíproca, todavia, não é verdadeira. Ajuizada execução singular contra devedor (aparentemente) solvente, a insuficiência de bens penhoráveis não dá azo a que se opere a conversão desta execução em pedido de concurso universal, ainda que o exequente comprove a existência de penhoras efetuadas previamente por outro credor. Lícito é ao exequente postular a **suspensão da sua execução singular** (o elenco do art. 791 não é taxativo), e propor o **processo prévio** de cognição, no qual o devedor poderá impugnar (art. 756, I e II) não apenas o crédito, como, ainda, poderá aceitar a existência e exigibilidade do crédito, mas afirmar-se não insolvente.

Interessante lembrar a necessidade de a jurisprudência construir, com o **poder geral de cautela** deferido ao juiz, medida cautelar ca-

paz de evitar, em casos tais, que enquanto tramita o processo prévio ajuizado pelo credor "A", da penhora mais recente, possa o credor "B", da primeira penhora, levar avante, e terminar, a execução singular por ele proposta, assim recebendo todo seu crédito sob a regra do "prior in tempore"; destarte, quando o credor "A" lograr obter a sentença de declaração de insolvência, com a conseqüente suspensão das execuções singulares (art. 762), os bens objeto de penhora já terão sido alienados em hasta pública, e os pagamentos feitos ao (s) credor (es) com preferência. A medida cautelar poderia consistir na sustação das hastas públicas, ou no depósito do preço das arrematações, enquanto tramitasse o processo prévio promovido pelo credor que alega a situação de insolvência do devedor comum.

7. Os "embargos" do art. 756 constituem, realmente, uma "contestação", e não um processo incidental como o são os embargos na execução contra devedor solvente. Sobrevém a sentença quer os embargos tenham sido opostos, quer não (art. 755), neste segundo caso operando quanto ao fato da insolvência o efeito da revelia (art. 319).

DO "QUANTUM" A SER PENHORADO NA EXECUÇÃO

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.

A penhora deve garantir o pagamento do valor integral do pedido abrangendo todos os acessórios, devendo ser completa no momento em que se realiza (contemporaneamente) e na medida em que corre o feito (continuadamente) até o momento do pagamento, de tal modo que os bens penhorados sejam suficientes para a liquidação do débito.

Execução por quantia certa. Garantia do Juízo. A penhora deve assegurar o pagamento do principal, juros de mora, custas judiciais, multa legalmente prevista, honorários de advogado e correção monetária devida até a data da diligência e posteriormente até final julgamento.

Aplicação analógica e interpretação sistemática dos artigos 653, 654 e 819 do Código de Processo Civil.

Ocorrência de preclusão.

Lição da melhor doutrina liderada por Galeno Lacerda, Alcides de Mendonça Lima, Egas Moniz de Aragão, Calmon dos Passos e Helio Tornaghi. Incongruência da tese oposta.

A tese defendida no presente trabalho foi acolhida pela Egrégia Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 1123, realizado em agosto de 1977.

Tratando-se de ato ilícito como a contra-ordem dada em cheque administrativo e a decorrente frustração do seu pagamento, a penhora deve garantir a "restitutio in integrum", abrangendo não só os juros destinados a compensar a falta de disponibilidade do dinheiro, mas também a correção monetária que pretende garantir ao credor a integridade do poder aquisitivo da dívida. A correção monetária se impõe "ex vi" das Súmulas n.ºs 562 e 596 e de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Tendo sido feito o depósito pelo devedor em ORTNs, a correção deve ser assegurada ao vencedor da causa, a fim de impedir o enriquecimento sem causa e não permitir que se incentive a procrastinação dos feitos. Todos os valores caucionados devem ser penhorados.

A correção não é acessório, mas tradução numérica do valor devido, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ, vol. 79, pág. 735).

A correção monetária aplicada aos valores depositados não pode tornar suficiente a garantia que inicialmente era incompleta. O raciocínio contrário permitiria a institucionalização da penhora insuficiente, desde que os valores fossem aplicados com correção monetária, pois a inflação, com o decorrer do tempo, aumentaria o valor do depósito (em números absolutos).

I. DOS FATOS

1. A agravante é titular de um cheque bancário emitido pelo agravado no valor de Cr\$ 102.619.500,00 (cento e dois milhões, seiscentos e dezenove mil e quinhentos cruzeiros).

2. Não tendo sido pago oportunamente o cheque, foi intentada execução, a fim de obrigar o agravado a pagar, na forma da lei, o principal, juros, correção monetária, multa legalmente prevista e honorários de advogado, tudo nos termos da inicial.

3. Na petição inicial, a requerente pediu a citação do réu para pagamento do total devido no valor de Cr\$ 147.919.651,76 (cento e quarenta e sete milhões, novecentos e dezenove mil, seiscentos e cinqüenta e um cruzeiros e setenta e seis centavos), tendo o Dr. Juiz determinado a citação do réu, sem qualquer restrição ou reserva. Ocorreu, assim, na matéria, a **preclusão do despacho** que determinou a citação, não cabendo, salvo melhor juízo, reapreciação do mesmo para indeferir parcialmente a inicial, tanto mais que nenhum recurso tempestivo contra o deferimento da inicial foi apresentado pelo agravado, que se limitou a pedir reconsideração após a realização da penhora, ou seja, decorrido o prazo de interposição do agravo em relação ao despacho que deferiu a citação. Entende, pois, o agravante **que, quanto ao despacho que determinou a citação, ocorreu preclusão**, não podendo a matéria ser reapreciada pelo Dr. Juiz a quo.

4. Alegando o réu, ora agravado, que a correção monetária já se continha nos papéis dados em garantia, por se tratar de ORTNs, entendeu a autora, ora agravante, que a penhora deveria ser realizada em valores ou bens correspondentes ao pedido inicial, verificando-se previamente o valor atualizado das ORTNs, para, em seguida, completar-se a penhora na forma inicialmente solicitada e então deferida pelo Dr. Juiz "a quo".

5. Apresentados pelo réu bens no valor de Cr\$ 102.619.500,00 (cento e dois milhões, seiscentos e dezenove mil e quinhentos cruzeiros), ao invés de valores correspondentes aos Cr\$ 147.919.651,76 (cento e quarenta e sete milhões, novecentos e dezenove mil, seiscentos e cinqüenta e um cruzeiros e setenta e seis centavos), inicialmente requeridos, alega a recorrente que cabe, evidentemente, a complementação da penhora, a fim de ser integralmente cumprido o despacho do eminente Dr. Juiz que determinou a citação do réu.

6. O Dr. Juiz "a quo", depois de ter assim entendido e de ter fixado em 10% (dez por cento) do valor do cheque os honorários, para o fim de garantir o juízo e em 6% (seis por cento) ao ano os juros de mora, atendeu o pedido de reconsideração, determinando que a penhora se limitasse ao valor do cheque, ensejando, assim, o agravo.

7. Trata-se, pois, de saber:

- a) se houve preclusão em relação ao despacho que deferiu a inicial, mandando citar o réu;
- b) se a penhora deve recair sobre os acessórios e abranger a correção monetária.

II. DA PRECLUSÃO DA DECISÃO DO EXMO. SR. DR. JUIZ "A QUO"

8. Ao deferir a citação do réu, nos termos do pedido inicial, sem qualquer reserva ou restrição, o douto Juiz em exercício na 2a. Vara Cível decidiu conceder à autora o rito executivo para cobrar do réu o principal e os seus acessórios (juros, multa, custas, honorários) e a correção monetária, não cabendo, salvo melhor juízo, reapreciação posterior da matéria sem que tivesse havido recurso tempestivo por parte do réu, sendo, inclusive, intempestiva a reconsideração apresentada.

9. O despacho de S. Exa., que restringiu a penhora ao valor do cheque, implica, na realidade, indeferimento parcial da petição inicial, que só pode ocorrer por ocasião da apreciação do pedido e não posteriormente, caracterizando-se a situação como de preclusão do despacho.

III. DA GARANTIA DO JUÍZO: DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI

10. O artigo 819 do Código de Processo Civil, ao tratar do arresto, esclarece que:

“Ficará suspensa a execução do arresto se o devedor:

- I — Tanto que intimado, pagar ou depositar em Juízo a importância da dívida, **MAIS OS HONORÁRIOS DE ADVOGADO, QUE O JUIZ ARBITRAR E CUSTAS.**

II — Dar fiança idônea ou prestar caução para garantir a dívida, **HONORÁRIOS DE ADVOGADO DO REQUERENTE E CUSTAS”.**

11. Ora, se no arresto só cabe o depósito abrangendo A DÍVIDA acrescida dos honorários e custas, evidentemente tal norma também deve ser aplicada “a fortiori” à execução, tanto mais que, nos precisos termos do artigo 653 do Código de Processo Civil, o arresto se justifica na execução quando não encontrado o devedor, convolvendo-se, em seguida, em penhora, de acordo com o disposto no artigo 654. É assim evidente que as normas aplicáveis ao arresto também devem incidir, com muito mais razão, nos casos de penhora.

12. Acresce que a dívida, referida no artigo 819, abrange não somente o principal, mas também os seus acessórios, pois mesmo a interpretação restritiva impõe que os acessórios sigam o principal, esclarecendo, na matéria, o artigo 293 do Código de Processo Civil que:

“Os pedidos são interpretados restritivamente **COMPREENDENDO-SE ENTRETANTO NO PRINCIPAL OS JUROS”.**

IV. DO CABIMENTO DA CORREÇÃO MONETÁRIA NAS OPERAÇÕES ENTRE ENTIDADES FINANCEIRAS — SÚMULA N.º 596.

13. Os juros fixados nas relações entre instituições financeiras, em virtude das normas estabelecidas pelo Banco Central e cuja validade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência atualmente já consolidada na Súmula n.º 596, compreendem os juros legais propriamente ditos e a correção monetária livre (calculada “a posteriori” de acordo com os índices oficiais) ou prefixada (na forma da Circular n.º 82 do Banco Central de 15.3.1967).

14. Se o Juízo não estivesse seguro quanto ao principal e aos seus acessórios, a decisão final poderia não encontrar as garantias adequadas para o seu cumprimento, violando-se assim as normas e princípios

que pretendem assegurar ao credor, desde o início da execução e até o pagamento efetivo, a indisponibilidade de bens do devedor suficientes para a satisfação completa do débito.

15. Tanto o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro como o Colendo Tribunal Federal de Recursos já tiveram o ensejo de determinar o pagamento da correção monetária em processo de execução, sendo que o 1.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal Estadual já concedeu a correção, inclusive no caso de emissão de cheque sem fundos.

16. Efetivamente, ao julgar os Embargos à Apelação Cível n.º 2627, o Egrégio Primeiro Grupo, em 18 de maio de 1977, teve o ensejo de determinar, em processo de execução por título extrajudicial, a correção monetária do cheque emitido, por não ter sido pago por falta de fundos, situação que a lei equipara à contra-ordem dada a fim de frustrar o pagamento do cheque, constituindo ambas as situações ato ilícito na área cível e penal (art. 171 § 2.º n.º VI do Código Penal).

17. Por sua vez, o Tribunal Federal de Recursos admitiu reiteradamente que, em processo de execução, fosse o devedor condenado ao pagamento de juros, correção monetária e honorários de advogado (Apelação Cível n.º 40.594 julgada pela 3a. Turma em 19.11.1975).

V. **DA INCONGRUÊNCIA DA TESE QUE DISTINGUE ENTRE SITUAÇÕES IDÊNTICAS, VIOLANDO A SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** (Arresto e penhora, indicação ou não de bens à penhora pelo réu).

18. A admitir, "ad argumentandum", que fossem distintas as normas aplicáveis à penhora e ao arresto, seria incoerente a nossa sistemática jurídica, obrigando-se o credor a pedir o arresto para garantia da obtenção dos futuros honorários, **o que lhe seria assegurado no arresto (e não na penhora), numa interpretação realmente aberrante da lei** que, por outro lado, não condiz com o princípio da economia processual.

19. A interpretação do artigo 659 dada pelo agravado é, com a devida vênia, contrária à lógica. Efetivamente, determina o referido artigo que:

"SE O DEVEDOR NÃO PAGAR, NEM FIZER NOMEAÇÃO VALIDA O OFICIAL DE JUSTIÇA PENHORAR-LHE-Á TANTOS BENS QUANTOS BASTEM PARA O PAGAMENTO DO PRINCIPAL, JUROS, CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS".

20. Pretende o agravado que o artigo 659 só seria aplicável à execução judicial. Ora, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. Acresce que, se se tratasse, exclusivamente, de execução judicial, a mesma abrangeria o valor da condenação "in totum", não havendo qualquer necessidade ou justificativa de constar na lei qualquer alusão às várias parcelas que a compõem (principal, juros, custas e honorários). Ao contrário, a interpretação literal, lógica e sistemática dos artigos 819 e 659 comprova que o legislador referiu-se, na hipótese, aos honorários a serem arbitrados pelo Juiz, preliminarmente, a fim de garantir o Juízo quanto à totalidade do crédito e dos seus acessórios, entre os quais se destacam juros, custas e honorários de advogado.

21. Com a devida vênia, entende a agravante que alguns doutrinadores se equivocaram ao dar à literalidade do título de crédito que justifica a execução um conceito excessivamente estrito. O débito decorrente de título de crédito abrange, para fins de penhora, todos os seus acessórios e as variações de sua expressão numérica de tal modo que, no momento do julgamento, a decisão favorável ao autor possa ser cumprida de imediato, sem necessidade de qualquer medida complementar. Não tem, pois, razão o agravado ao invocar o artigo 586 para concluir que só o valor do título constituiria um crédito líquido e certo. Sendo líquido e certo o principal, também se tornam, conseqüentemente, líquidos e certos os seus acessórios que serão **CERTAMENTE DEVIDOS** se devido o título e cujo valor é **LÍQUIDO**, ou seja, **DETERMINAVEL DESDE LOGO**. Na realidade, ou o título será considerado válido e devido e, em tal hipótese, também serão válidos e devidos os

seus acessórios e sua atualização monetária (juros, multa, honorários e correção), ou o título não tem essas características e não será considerado idôneo para a obtenção de sentença favorável na ação. Nesta última hipótese, serão julgados procedentes os embargos e, evidentemente, o credor não receberá nem o principal nem os acessórios, sofrendo, ao contrário, os efeitos da sucumbência. O que não é possível, data vênua, é reconhecer, em tese, o caráter de débito líquido e certo ao principal e não aos acessórios, tanto mais que, no caso, a lei fixa critérios objetivos, não podendo os honorários ser inferiores a 10% (dez por cento) do valor do débito, nem os juros de mora inferiores a 6% (seis por cento).

22. Uma parte da doutrina, liderada pelo eminente processualista Professor Celso Neves, pretende estabelecer uma diferença entre a penhora de bens indicados pelo devedor e a realizada por indicação do credor, concluindo que:

“Se não há pagamento, nem nomeação de bens à penhora, então SIM, PARA A GARANTIA DA REALIZAÇÃO DO ESCOPO DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO, É QUE SE PENHORAM BENS QUE BASTEM PARA O PAGAMENTO DO PRINCIPAL, JUROS, CUSTAS E HONORÁRIOS. Tal providência é posterior à citação e pressupõe que não tenha havido o pagamento reclamado na citação”.
(Comentários, vol. VII, pág. 222).

23. Inspirado nas lições do mestre paulista, o critério defendido pelo Dr. Juiz “a quo” parece ser, pois, o seguinte:

a) quando o réu indica bens à penhora, o valor respectivo não deve abranger custas, honorários e juros;

b) quando o réu não indica bens à penhora, o valor respectivo deverá abranger custas, honorários e juros.

24. Em conclusão, a veneranda sentença admitiu que não se aplicava à hipótese o artigo 659, pelo fato de ter havido nomeação de bens à penhora pelo réu. Ora, é evidente que não se pode estabelecer

uma diferença de valor em relação aos bens a serem dados em penhora, conforme a personalidade de quem os indicou. A lei não pressupõe este tipo de sanção e, se o fizesse, além de injusta, talvez viesse a ser considerada inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade de todos perante a lei.

VI. DA MELHOR DOUTRINA DOS PROCESSUALISTAS

25. A melhor doutrina entende que são devidos na execução honorários, custas e juros e que devem ser fixados, desde logo, pelo Juiz ao despachar a petição inicial, a fim de estar realmente seguro o Juízo. Neste sentido é a lição de Galeno Lacerda, Calmon dos Passos, Egas Moniz de Aragão e Hélio Tornaghi, como se verifica pelas conclusões do Simpósio de Processo Civil realizado em Curitiba, que foram publicadas na *Revista Forense*, vol. 252 pág. 22, e pelo artigo do Professor Moniz de Aragão, publicado na mesma Revista no vol. 254.

26. O Professor Moniz de Aragão esclarece a respeito que a interpretação da lei deve ser lógica e sistemática, cabendo a condenação às custas e aos honorários, pelas mesmas razões que se impõem, no despejo por falta de pagamento, no caso de purgação de mora. Reconhecendo o cabimento, no caso, da condenação do réu aos juros, custas e honorários, conclui que deve

“o JUIZ, ao apreciar o pedido de execução de título extrajudicial, e apenas nesse momento, pronunciar-se a tal respeito e EXPEDIR MANDADO LIMINAR, DETERMINANDO O PAGAMENTO DESSAS VERBAS EM VISTA DE TEREM APOIO NOS TEXTOS LEGAIS E NA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA JÁ APONTADOS”.

27. Idêntica é a tese de Calmon dos Passos defendida no Simpósio de Curitiba e a do Prof. Hélio Tornaghi em parecer dado sobre o assunto.

28. Finalmente, quanto à correção monetária é preciso salientar que como o réu, ora agravado, depositou valores com correção monetária, não se justifica que possa ele obter um ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, em virtude do seu próprio inadimplemento e que, mesmo se condenado, obtenha VANTAGEM pelo próprio fato da demora da Justiça. Como bem salientou o Colendo Supremo Tribunal Federal, no seu diagnóstico referente à Justiça Brasileira, somente com a imposição generalizada da correção monetária será posto fim à procrastinação de processos por devedores morosos que encontram na inflação um meio de enriquecer, em detrimento dos seus credores.

VII. DA DISTINÇÃO ENTRE A CAUÇÃO E A PENHORA

29. Argumenta o agravado que a caução está sofrendo a correção monetária das ORTNs. Ocorre, todavia, que não se pode confundir a caução com a penhora, de tal modo que, no momento, a penhora existente não recai sobre a totalidade do valor caucionado, pois enquanto a penhora foi limitada pelo despacho do Dr. Juiz ao valor do cheque sem qualquer acessório, a caução sofre um reajustamento contínuo decorrente da correção monetária das ORTNs.

30. Sendo a correção a expressão atualizada do valor depositado, é evidente que os acréscimos da garantia em valores absolutos, decorrentes da inflação, não podem beneficiar o devedor, eximindo-o de completar o valor dos bens penhorados a fim de atender ao pagamento de juros, custas judiciais e honorários de advogado.

31. A garantia efetiva do credor depende da penhora, e não da caução oferecida na ação anulatória, justificando-se, pois, que seja penhorada a totalidade do valor caucionado, ou seja, abrangendo não só o principal, como também a correção monetária, sem prejuízo da complementação do depósito, a fim de atender às demais responsabilidades decorrentes do processo.

VIII. DA INSUFICIÊNCIA DO VALOR CAUCIONADO

32. Acresce que mesmo o valor caucionado é inferior àquele que deveria ser penhorado, de acordo com o pedido inicial, pois, na petição deferida favoravelmente pelo Dr. Juiz "a quo", o credor, ora agravante, solicitou o pagamento não só do principal e da correção monetária cobertos pela caução, mas ainda dos juros de mora, custas judiciais, multa legalmente prevista na lei do cheque no valor de 10% do débito e honorários de advogado a serem provisoriamente arbitrados.

33. Assim sendo, a situação atual é a seguinte:

- a) somente o valor do principal está coberto pela penhora;
- b) o valor da correção monetária está parcialmente coberto pela caução, mas não ensejou a penhora como deveria ocorrer logicamente;
- c) não existe qualquer garantia do juízo em relação a:
 - 1) juros vencidos;
 - 2) despesas judiciais, inclusive taxa judiciária;
 - 3) multa de 10% fixada por lei, no caso de contra-ordem dada a fim de evitar o pagamento do cheque;
 - 4) honorários de advogado que, no mínimo, deverão ser fixados em 10% na forma do Código de Processo Civil.

34. Concluimos, assim, que deve ser complementada a penhora para abranger, além da correção que já está caucionada, valores correspondentes aos juros de mora, custas judiciais, honorários de advogado e multa legalmente prevista.

Rio de Janeiro, agosto de 1977.

PARECERES

EMPRESA PÚBLICA HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE

NEY SÁ
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul
Advogado em Porto Alegre

PARECER

A Comissão de Planejamento e Coordenação do Hospital de Clínicas Médicas pergunta:

1. O volume de recursos que a instalação e manutenção de um hospital-escola exigem, para que o mesmo atinja todas as suas finalidades e se mantenha atualizado, a par com os progressos da ciência, é de tal ordem que, no Brasil, dificilmente poderá ser criado tal tipo de organismo para operar como entidade privada. Em nosso País, um hospital de clínicas médicas depende, substancialmente, de apoio financeiro oficial.
2. Compete a um hospital-escola prestar serviços à comunidade e ao Instituto da Universidade a que esteja vinculado, dar assistência médico-hospitalar gratuita a pelo menos parte dos seus pacientes, cooperar na execução dos planos de ensino das profissões vinculadas aos problemas de saúde, promover a realização de pesquisas científicas e tecnológicas, e desenvolver outras atividades assemelhadas.
3. Para cumprir satisfatoriamente as suas funções, deve ter um hospital-escola características de verdadeira empresa privada, embora, ao contrário dessa, a sua preocupação básica não seja o lucro. De-

O presente parecer, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, General Emílio G. Médici, deu origem à Lei n.º 5.604, de 2 de setembro de 1970, que "autorizou o Poder Executivo a criar a empresa pública Hospital de Clínicas de Porto Alegre".

ve ter flexibilidade administrativa, liberdade de contratar serviços, fixar salários, fazer convênios; ter, em suma, personalidade e patrimônio próprios, poderes para captação de recursos onde esses possam ser encontrados, sem prejuízo de dotações do Governo e outras regalias correspondentes à sua utilidade pública, mas, tudo isso, sem as restrições usuais que a administração pública impõe aos seus órgãos. Deve ter uma administração independente, conquanto articulada com as unidades universitárias da área biomédica. Deve ter um corpo clínico próprio e autodisciplinado sem que isso impeça, porém, que um médico pertença, ao mesmo tempo, às hierarquias docente e hospitalar. O autodisciplinamento significa, apenas, que o corpo clínico de um hospital-escola deve exercer a vigilância técnica e ética sobre si mesmo.

4. Na área central da cidade de Porto Alegre, possui a União Federal um terreno de grandes dimensões, onde foi edificado e está sendo equipado, com verbas concedidas à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, um edifício que se destina a abrigar o Hospital de Clínicas. Os investimentos já feitos são vultosos, como vultosos são aqueles ainda necessários para que a obra chegue a seu termo. E as autoridades competentes estão preocupadas, já há algum tempo, com a organização e a estrutura jurídica do futuro Hospital.

5. O Decreto n.º 62.997, de 16 de julho de 1968, que aprovou o Plano de Reestruturação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dispõe que as unidades universitárias poderão manter órgãos auxiliares; e declara em seu art. 18, que o Hospital de Clínicas Médicas, vinculado à Faculdade de Medicina, é um desses órgãos. Nessa qualidade, o Hospital de Clínicas Médicas teria direção própria, na forma que estabelecer o Estatuto da Universidade.

6. Foi examinada a legislação atual sobre o assunto (Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967, Decreto-Lei n.º 900, de 30.09.1969, e demais diplomas de menor expressão) e procedeu-se a um estudo dos diversos organismos que a lei autoriza para dar corpo e vida a um empreendimento igual ao que aqui se descreve, a saber:

- a) autarquia;
- b) empresa pública;

- c) sociedade de economia mista;
- d) fundação;
- e) órgão autônomo;
- f) órgão auxiliar.

7. Autarquia, segundo definição do art. 5.º do Decreto-Lei n.º ... 200, é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

As vantagens encontradas neste órgão são as de que o mesmo deverá ser contemplado com recursos governamentais suficientes para assegurar a sua constituição e funcionamento.

As desvantagens decorrem do fato de que, apesar de contar com gestão administrativa e financeira descentralizada, a autarquia continua sendo um órgão da administração pública, sujeito, como tal, às inúmeras restrições de ordem burocrática e financeira que alcançam o serviço público em geral.

8. Empresa pública, pela definição do art. 5.º, II, do Decreto-Lei n.º 200, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 900, é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. Suas vantagens são evidentes, e decorrem da sua personalidade jurídica de direito privado. Até mesmo a restrição imposta quanto ao capital foi atenuada pelo art. 5.º do Decreto-Lei n.º 900. Ficamos em dúvida, porém, sobre a possibilidade de se adotar tal forma jurídica para o Hospital de Clínicas que, como já foi dito, embora vinculado a uma atividade econômica, não tem por escopo primordial o lucro.

As mesmas vantagens e desvantagens são encontradas na Sociedade de economia mista.

10. O § 2.º do art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 200 equiparou às empresas públicas as fundações instituídas em virtude de lei federal, e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam as suas finalidades. Essa modalidade, no caso do Hospital de Clínicas, não trazia uma desvantagem sequer. Mas, com a publicação do Decreto-Lei n.º 900 isso se modificou substancialmente. Dispõe essa lei, em seu art. 2.º, que não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam, cumulativamente, os seguintes requisitos e condições: a) dotação específica de patrimônio; b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação equivalentes a, no mínimo, um terço do total; c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da administração federal, direta ou indireta; d) demais requisitos estabelecidos no Código Civil.

Com isso afastou-se a possibilidade de dar ao Hospital de Clínicas a forma de fundação. Em primeiro lugar, porque dificilmente se encontrará, na esfera da economia privada, pessoas físicas ou jurídicas que tenham disponibilidades e interesse para conferir à fundação bens e recursos equivalentes, no mínimo, a um terço do patrimônio e dispêndios correntes. Em segundo lugar, por não se poder afirmar que faltam à administração pública condições para operar satisfatoriamente um hospital-escola.

11. O Órgão Auxiliar de que trata o art. 17 do Decreto n.º 62.997, de 16.07.1968, tem atribuições supletivas e será organizado de forma especial, sempre que a sua estrutura não seja inteiramente compatível com a estrutura departamental da unidade universitária a que esteja vinculado. Para o caso especial, a grande vantagem desse tipo de organismo reside no fato de já ter sido o mesmo criado, podendo o Estatuto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul estabelecer a forma de sua organização e funcionamento.

Os inconvenientes são aqueles que afligem os órgãos de administração direta, e especialmente a falta de personalidade jurídica própria, inibindo-o de contratar e agir sem a tutela do Departamento ou da Universidade.

12. Finalmente, estabeleceu o Decreto-Lei n.º 200, em seu art. 172 (a que o Decreto-Lei n.º 900 deu nova redação), que os serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou ensino, ou de caráter industrial, comercial ou agrícola que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta, terão asseguradas autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente. Deu a lei, àqueles órgãos, a denominação de Órgãos Autônomos. A grande desvantagem desse organismo, sobre o órgão Auxiliar, é que o mesmo, nem por ser relativamente autônomo, deixa de integrar a administração direta.

13. Isto posto, e esclarecendo que o Hospital de Clínicas Médicas de Porto Alegre é definido como um hospital:

- geral — isto é, compreendendo as principais, senão todas, especialidades médicas;
- de base — isto é, servindo como o centro mais categorizado, para onde serão enviados os casos complexos identificados na rede hospitalar e ambulatorial, com a qual o Hospital de Clínicas estará articulado formal ou informalmente;
- de ensino — entrosado com os projetos pedagógicos formulados pelas unidades universitárias da área biomédica, em particular com os da Faculdade de Medicina, e participando neles de forma orgânica;
- com entidade mantenedora que deverá possuir, como características, flexibilidade administrativa, liberdade de contratar serviços, fixar salários, contratar, fazer convênios, etc. ...
- com administração independente — significando isto que haverá uma cúpula administrativa própria, embora articulada com as unidades universitárias da área biomédica; e
- com um corpo clínico próprio e autodisciplinado.

E considerando, ainda, que são objetivos do Hospital de Clínicas Médicas de Porto Alegre:

- a) dar assistência médico-hospitalar a pacientes, no melhor nível possível;
- b) prestar cooperação orgânica e integrada nos planos de ensino da área biomédica;
- c) efetuar pesquisas científicas e tecnológicas em todas as áreas com as quais está relacionado;
- d) contribuir para o aperfeiçoamento do seu pessoal; e
- e) dar educação sanitária aos pacientes e aos seus familiares.

CONSULTA-SE:

- I — Dentro do elenco de organismos definidos na atual legislação, acima citados, qual é o mais indicado para dar personalidade jurídica ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre?
- II — Há, além desses organismos, outros que possam ser adotados, no caso especial objeto da consulta, para dar personalidade jurídica ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre?

RESPONDE-SE

O Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul está dimensionado para 800 leitos, meta que pretende alcançar em etapas sucessivas de 120 leitos em 1971 e 1972, 240 leitos em 1973 e 320 leitos em 1974, atingindo, assim, a plenitude de sua capacidade hospitalar, distribuída em um conjunto arquitetônico em fase final de acabamento, o qual está composto de um bloco central de 13 pavimentos e dois outros blocos de dois pavimentos cada.

Os gastos já efetuados com o empreendimento representam cerca de 60% do investimento total previsto, da ordem de Cr\$ 125,1 milhões, a preços de 1969. Para o término do mesmo será exigida a aplicação de Cr\$ 52,7 milhões, também aos preços de 1969, em etapas sucessivas.

A cronologia dos investimentos a serem realizados indica que, já no próximo ano, o Hospital de Clínicas passará ao efetivo desempenho de suas atividades, a serem gradativamente ampliadas.

Deve-se realçar o alto significado do Hospital que funcionará como entidade regional, cuja área de atendimento imediato será a grande Porto Alegre. Sua influência, porém, como hospital regional, ultrapassará os limites estaduais, alcançando o vizinho Estado de Santa Catarina.

O custo operacional do Hospital de Clínicas, a preços de 1969, crescerá de Cr\$ 6,1 milhões em 1971 para Cr\$ 25,8 em 1975, incluídas em tais parcelas as despesas com pessoal e material, as despesas gerais e, bem assim, os montantes representativos das depreciações e amortizações cabíveis.

A cobertura dos investimentos previstos para se completarem as obras do Hospital de Clínicas — Cr\$ 52,7 milhões — deverá ser efetuada pelo Governo Federal, pela mesma forma como cobriu o investimento já realizado — Cr\$ 72,4 milhões.

O atendimento dos dispêndios operacionais, isto é, o custo total diminuído das depreciações e amortizações, deverá se realizar principalmente através de ingressos propiciados pelos usuários dos serviços hospitalares, isto é, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelos serviços no setor educacional, o Estado do Rio Grande do Sul, pelos serviços que receberá nos setores saúde e social, além de convênios com o INPS e, também, serviços a setores privados.

Eis o que se colhe do “Estudo de Viabilidade do Hospital de Clínicas”, publicado em janeiro do corrente ano.

Tais dados são aqui transcritos para dar uma idéia da grandiosidade da obra a que se propôs o Governo Federal, sendo de destacar, nessa mesma publicação, o enunciado dos objetivos a que se propõe o Hospital de Clínicas.

Informa-se aí que, sendo o Hospital de Clínicas um hospital contemporâneo, deve ser encarado como órgão de Saúde Pública que prestará assistência, curativa e preventiva, principalmente à população de baixa renda e que realizará, nesse setor, cinco funções:

- a) prestação de assistência médico-hospitalar às pessoas portadoras de moléstias, às acidentadas ou acometidas de mal súbito e às portadoras de perturbações tais que possam ser tratadas ou medicadas por serviços e tratamentos hospitalares;
- b) servir de campo para instrução de estudantes de medicina, de médicos, enfermeiros e de outros técnicos e profissionais do campo hospitalar;
- c) proporcionar meios para o desenvolvimento da pesquisa científica;
- d) contribuir para a educação sanitária do povo;
- e) contribuir para a reabilitação dos incapacitados físicos e mentais.

No setor educação, os objetivos do Hospital de Clínicas são:

- a) servir de campo e instrumento para a instrução dos estudantes das unidades universitárias da área biomédica;
- b) servir de campo de aperfeiçoamento de médicos, enfermeiros e de outros profissionais relacionados com a assistência médico-hospitalar;

- c) realizar e proporcionar meios para o desenvolvimento de pesquisas científicas;
- d) contribuir para a educação sanitária da coletividade sob sua influência.

Face a empreendimento dessa envergadura, que envolveu — e ainda envolverá — o investimento de importâncias tão consideráveis como as acima transcritas, e considerando as ambiciosas metas a atingir, indaga-se qual a forma jurídica a adotar, que melhor consulte a consecução dos objetivos pretendidos.

Como se alude na consulta, hoje, em nosso País, a matéria deve ser examinada à luz dos princípios contidos no Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as alterações determinadas pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969.

Assim, nos termos do art. 4.º do primeiro dos diplomas invocados, o Hospital de Clínicas poderá funcionar como Serviço integrado na estrutura administrativa da Presidência da República ou dos Ministérios, constituindo, por esse modo, parcela da Administração direta, ou poderá integrar-se na Administração Indireta, mediante personalização própria, compreensiva de uma das categorias enunciadas no inciso II do aludido art. 4.º, isto é, constituir-se em Autarquia, Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista.

De se transformar o Hospital de Clínicas em mero órgão da Administração Direta não cuidou a Comissão de Planejamento e Coordenação. A necessidade sentida de dotar o empreendimento de flexibilidade administrativa, liberto das peias burocráticas da Administração Central, de preservar a liberdade de contratar serviços, fixar salários, celebrar convênios, contratar com particulares a prestação de serviços, levou a Comissão a pretender a criação de um órgão dotado de personalidade jurídica e liberdade de ação para, sob forma de empresa, ingressar no campo de atividade a que se propõe, em situação de igualdade frente ao empresário privado.

Esta só consideração afasta, peremptoriamente, também, a forma autárquica, antes referida como uma das categorias que a lei faz integrar a Administração Indireta.

Como é corrente, a administração pública pode se realizar através dos órgãos enfeixados em seu corpo orgânico (Administração Central), ou mediante complexos administrativos dele separados, vale dizer, descentralizados. Tais complexos são as autarquias, unidades destacadas do "centro", não obstante relacionadas com este através de vínculos de controle administrativo. Estes vínculos, sempre crescentes, se traduzem em uma subordinação do ente autárquico de tal forma que, mesmo naqueles institutos tais como a Ordem dos Advogados, onde existe, efetivamente, uma auto-administração, "... verifica-se a presença do Estado na definição das finalidades do órgão e na faculdade que se reservou o Estado de organizar e reorganizar, dando-lhe e modificando-lhe a forma, a estrutura e até a finalidade". (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, in "Tratado de Direito Administrativo", vol. II, pág. 173, 3.^a edição).

O próprio Decreto-Lei n.º 900, objeto deste estudo, em seu art. 4.º, encerra exemplo da tutela a que se submetem as autarquias, quando estabelece que a aprovação dos quadros e tabelas de pessoal dessas entidades, bem como a fixação dos respectivos vencimentos e salários, são da competência do Presidente da República.

Tal situação tutelar decorre — como explica CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO — "da íntima e natural ligação entre Administração e autarquia, como consequência da própria natureza desta, de suas obrigações em face do Estado e de sua acomodação necessária ao sistema tripartido de poderes".

Esta última verificação — refere o mesmo autor — "sugere e insinua a possibilidade de tutela mesmo sem previsão legal". ("Natureza e Regime Jurídico das Autarquias", pág. 440, edição 1968).

Verifica-se daí, incontestemente, que o ente autárquico face ao empresário privado coloca-se em situação de inferioridade, dependente

que sempre está do regime tutelar que lhe estabelece o Poder criador. Em contrapartida, sobre a generalidade das sociedades particulares que visam a realizar objetivos de interesse comum, o Estado exerce, sempre, mera vigilância (cf. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI; op. cit., pág. 176) sem estabelecer as peias burocráticas que inibem o ente autárquico.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, discorrendo sobre o controle administrativo das autarquias, explica que tal expressão abrange "... toda espécie de atos através dos quais a Administração Central conforma a ação das pessoas autárquicas ao cumprimento de seus fins específicos em consonância com os genéricos objetivos estatais, quer no que respeita ao mérito de seus atos, quer no que tange às exigências de legitimidade deles. Envolve, por conseguinte, também o chamado controle financeiro, isto é, aquele que diz respeito aos atos concernentes ao processamento da receita e despesa das autarquias, bem como aos aspectos formais da gestão de seus recursos". (op. cit., pág. 426)

RAGGI observa a propósito:

"La tutela... comprende non solo un controllo di legittimità, ma anche un controllo di merito circa l'opportunità dell'atto" (Diritto Amministrativo, vol. IV, págs. 193 e 194)

É ainda na excelente obra de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que se colhem estas palavras:

"Como é sabido, inexistente, entre nós, um regime orgânico de tutela. Leis esparsas tratam da matéria, via de regra reportadas a cada autarquia.

Na verdade, considerado o problema em termos de política jurídica, parece conveniente que a situação perdure neste pé até que uma experiência mais longa sobre o instituto forneça subsídios e indicações capazes de nortear com segurança as soluções adequadas.

De "lege ferenda", é preciso sobretudo acautelar-se contra os riscos do controle excessivo, tão a gosto de certas tendências centralizadoras, bem acolhidas em geral na Administração Pública, a fim de evitar o desnaturamento das razões políticas que inspiram a criação das autarquias. Cercear exageradamente a liberdade delas implica em tornar gravosa sua criação, porque redundaria em expansão da burocracia ao invés de servir como fator de flexibilidade e dinamismo administrativo". (op. cit. pág. 458).

Outro fator que "in casu" parece desaconselhar a eleição da figura autárquica consiste no regime estatutário atribuído aos seus servidores.

Conquanto os servidores autárquicos sejam, apenas, equiparados "no que couber", aos funcionários da União (Lei n.º 1.711, de 28.10.1952, art. 252, n.º II), admite-se pacificamente que o seu regime é o estatutário. Não se regem, via de regra, pelo Estatuto do Funcionário Público, mas os Regimentos Internos das autarquias lhes definem os direitos e deveres, não raro extraídos do próprio Estatuto.

De qualquer forma, suas relações com a autarquia são sempre de ordem estatutária (cf. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — "Dos Funcionários das Autarquias", in Rev. Dir. Adm., vol. II, pág. 6).

Apenas o pessoal de obras, empregado em serviços temporários, das autarquias federais, fica sujeito ao regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive para efeito de estabilidade no respectivo emprego autárquico e reclamação de seus direitos perante a Justiça trabalhista (cf. HELY LOPES MEIRELLES, in "Direito Administrativo Brasileiro", pág. 293, edição 1966).

Ora, os objetivos colimados pelo Hospital de Clínicas, segundo entendo, serão mais facilmente atingíveis dentro de um relacionamento interno de tipo empresarial e nunca em um sistema estatutário destinado a reger principalmente pessoal burocrático.

Afasto, assim, permissa venia, a adoção da figura da autarquia como forma ideal para se atingirem os objetivos visados pelo Hospital de Clínicas.

Resta examinar as sociedades de economia mista e as empresas públicas, para, dentre elas, se tentar eleger a forma mais adequada "in casu".

Ao se colocar o problema em tais termos, não se podem esquecer as palavras de BILAC PINTO, em Conferência pronunciada no auditório da Fundação Getúlio Vargas, em 1952:

"...Na nossa opinião — e a experiência o demonstrou — esta associação entre o Estado e os particulares (a sociedade de economia mista) não pode, senão excepcionalmente, conduzir a bons resultados. Uma associação não beneficia, com efeito, a todos os associados senão quando eles visem a um fim comum, ou, pelo menos, a fins análogos, excluída a oposição entre uns e outros. Ora, em uma empresa de economia mista, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; eles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão seu interesse pessoal; ele quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permita, se ela existir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interesse geral, seja o dos consumidores ou o dos utentes; ele se esforça, então, para manter o preço de venda em níveis baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irreduzível, no qual um deles será inevitavelmente a vítima. Nesse caso, ou são os particulares que empolgam a direção, e a empresa passa a ser dirigida com fim lucrativo, como uma empresa privada; ou o Estado tem êxito em fazer prevalecer o ponto de vista favorável à comunidade, e nessa hipótese são então os particulares que não alcançam os proveitos que tiveram em vista ao investirem os seus capitais. Se as forças desses dois grupos de associados mais ou menos se equilibram, a oposição de interesses subsis-

te e surge o risco de sua repercussão sobre a direção da empresa, de conseqüências sempre lamentáveis; os conflitos se repetem continuamente e são resolvidos ora num sentido, ora noutro, comprometendo, assim, a unidade da direção. A empresa passa a ser, então, um corpo com duas cabeças, ou, para usar uma expressão de Fayol, "um monstro que não vale a pena viver". ("O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas", in Rev. Dir. Adm., vol. 32, págs. 1 e segs.)

Conquanto se possa contrapor a essa crítica do emérito BILAC PINTO que ao capitalismo moderno já não se permite mais o lucro imoderado e abusivo, contentando-se o detentor de capitais em perceber uma justa remuneração, capaz de justificar a sua aplicação em empreendimento de tal natureza, não é menos verdade que, mesmo os que assim a ele se contrapõem admitem que se deverá reservar a sociedade de economia mista unicamente para aquelas hipóteses em que o Estado vi-se apenas a estimular ou amparar a iniciativa privada, nas atividades consideradas como de interesse geral; nos demais casos, se há de recorrer à empresa pública (cf. ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, "As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado", in Rev. Dir. Adm., vol. 60, págs. 1 e segs).

Vale serem reproduzidas as palavras com que ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA conclui seu trabalho aqui já referido e que esplendidamente sintetiza o quanto venho tentando expor: "...cumpre-nos finalmente assinalar — diz ele — que tanto as sociedades de economia mista quanto as denominadas empresas públicas constituem preciosos e eficientes instrumentos jurídicos postos a serviço do Estado moderno, no instante em que as solicitações do interesse público reclamam e exigem sua crescente intervenção no domínio econômico".

E acrescenta:

"Entretanto, à medida que tais sociedades se afastem das normas e das técnicas das empresas privadas, despindo-se de

suas características de independência de ação e conseqüente liberdade administrativa, deixarão de ser os instrumentos simples, flexíveis e eficientes e correrão, por conseguinte, o risco de falharem às suas finalidades.

Torna-se, por isso mesmo, indispensável não se repita com tais tipos de sociedades o que ocorreu com as entidades autárquicas que, segundo OSCAR SARAIVA, envelheceram precocemente: "surgidas", diz ele, "em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir as influências centralizadas de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado, e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição". (op. et loc. cit.).

ARNOLD WALD, citado por ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, teve ensejo de publicar excelente trabalho onde, depois de esclarecer que a companhia mista não exclui a empresa pública, como esta não impede a existência daquela, afirma que "a experiência do direito comparado nos revela que a economia mista e a empresa pública são processos fecundos de intervenção estatal. Necessário é, todavia, distinguir entre as funções de ambas, e a distinção há de ser feita distribuindo-se a cada uma sua verdadeira missão. O advento da empresa pública não implica o declínio da economia mista. Ambas podem existir simultaneamente, e, nos países subdesenvolvidos, em que faltam os capitais necessários para os grandes empreendimentos, representam técnicas cujo emprego é indispensável para o desenvolvimento nacional"

A adoção da empresa pública, ou, ao contrário, da sociedade de economia mista, realmente deverá depender do exame dos objetivos visados e, por conseguinte, da atividade a ser exercida. Assim sendo, enquanto o campo reservado à sociedade de economia mista deve ser preenchido pelos empreendimentos a que o Estado comparece objetivando estimular e amparar a iniciativa privada, que sem tal estímulo e amparo

não se encorajaria a enfrentar atividades que exijam avultadas somas de capital, a empresa pública deve constituir o instrumento preferido na hipótese de execução de um serviço público, da qual esteja excluída a finalidade lucrativa (BILAC PINTO, op. cit.; PAUL REUTER, "La société anonyme au service des collectivités publiques"; GASTON LA GARDE, "De la société anonyme à l'entreprise publique, in Étude offer-tes à Georges Ripert, "Paris, 1950, tomo II, págs. 296/318 — apud ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, op. et loc. cit.).

"In casu", data vênia, não há como cogitar da adoção da figura da sociedade de economia mista, eis que, por certo, não encontraria a União participantes para empresa de tal vulto.

Posto isto, resta, apenas, examinar mais detalhadamente a chamada empresa pública, vista, merecidamente, com entusiasmo pelos juristas contemporâneos, como valioso instrumento da administração pública nos tempos atuais — e verificar se os seus objetivos, sua organização e sua maneira de agir condizem com o que se pretende para o Hospital de Clínicas.

Como relata LEOPOLDO BRAGA (Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 20, págs. 150 e segs.), um dos fenômenos hoje em dia mais freqüentemente assinalados pelos estudiosos do direito público e, em especial, do direito administrativo moderno, como índice da evolução por que vem passando, nas últimas décadas, a concepção jurídico-política do Estado, é o da crescente atuação do Poder estatal no campo da atividade e da economia privada. O rápido desenvolvimento da indústria, o aumento das atividades econômicas do Estado durante as últimas guerras, o crescimento e complexidade das necessidades públicas, acrescido da agravamento dos problemas sociais decorrentes das crises econômicas, constituíram-se nas principais causas determinantes da progressiva intervenção do Estado no domínio econômico.

Como observa GEORGES RIPERT, "L'Etat aujourd' hui veut diriger l'économie. Il est impossible que cette conception nouvelle de l'économie dirigée laisse intact le contract que le libéralism e du XIX^e siècle avait conçu. Le pouvoir politique assume une tâche nouvelle; esti-

mant que l'initiative individuelle est impuissante à assurer la production, la circulation, la distribution des richesses il entreprend de guider dans cette tâche les volontés individuelles" (Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne, 2.^a ed., Paris, 1948, págs. 254/255).

O insigne ZANOBINI, em cuja autorizada opinião, "oggi l'attività dello Stato nell'economia si può considerare la più vasta e la più complessa fra quante costituiscono l'azione amministrativa", distingue, do ponto de vista jurídico, a intervenção do Estado, nesse campo, em intervenção em forma legislativa e intervenção em forma administrativa.

Esta última é a que o Estado desenvolve no campo da economia através de sua atividade de administração e assume formas interessantes e numerosas. A parte a ação de simples fiscalização, que tem por fim assegurar a observância das leis que regulam a conduta dos particulares no campo da produção — conclui ZANOBINI — esta atividade pode resumir-se em duas formas fundamentais, a saber: a do exercício direto da atividade econômica por parte da administração pública e a da direção e controle, por parte da mesma administração, sobre atividades econômicas exercidas por empresas privadas (GUIDO ZANOBINI, "Corso di Diritto Amministrativo, Milão, 1950, vol. 5.^o, págs. 215 e 221 a 223).

As Constituições de várias repúblicas americanas (Colômbia, Venezuela, Argentina, etc.) contêm dispositivos concernentes ao tema da intervenção do Estado no domínio econômico.

No Brasil, omissa a respeito era a primeira Constituição Republicana, de 1891.

A Constituição de 1934 preceituava em seu art. 116:

"Art. 116 — Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas conforme o art. 112, n.^o 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais".

A Carta de 1937, art. 135, sob a epígrafe “Da Ordem Econômi-
ca”, estabelecia:

“Art. 135 — Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

A Carta Política de 1946, em seus arts. 145, 146 e 147, assim dispunha:

“Art. 145 — A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único — A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”.

“Art. 146 — A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”.

“Art. 147 — O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

A Carta Constitucional de 1967, emendada pelo Ato de 17 de outubro de 1969, assim dispõe, sob a epígrafe — “Da Ordem Econômica e Social”, arts. 163 e 170:

“Art. 163 — São facultados a intervenção do domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único — Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer”.

“Art. 170 — As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1.º — Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2.º — Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3.º — A empresa pública que explore “atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.”

Do confronto dos textos acima transcritos, verifica-se que, quanto desde a Constituição de 1934 se venha ocupando o legislador com a intervenção estatal no domínio econômico, somente a Carta de

1967 deu contornos mais precisos à forma de proceder tal intervenção, contemplando especificamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista como meios adequados. Aliás, o texto primitivo da Carta de 1967 incluía dentre tais figuras a autarquia, submetendo-a, também, às normas aplicáveis às empresas privadas. Tratou-se, evidentemente, de um equívoco do legislador, prontamente corrigido pela Emenda Constitucional de 1969 que, excluindo as autarquias do elenco dos órgãos de intervenção no campo econômico, sob o regime de empresa privada, deu atendimento à melhor doutrina, como acima já se teve oportunidade de expor.

Em todos os textos constitucionais se assegura que a intervenção estatal será feita suplementarmente, em função do interesse público, salientando-se, na Carta Constitucional vigente, que a intervenção será facultada “quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa”.

Isto, em realidade, é o que tem sido recomendado por ilustres cultores do direito.

Como sustenta o eminente EINAUDI, a característica das empresas públicas consiste no fim público. Salienta o ilustre estadista e Professor da Universidade de Turim que, entre as condições exigíveis para que exista o fim de pública utilidade numa empresa pública, ou mediante as quais a empresa pública satisfaça, na opinião comum, o requisito da utilidade coletiva, se enumeram as seguintes: a) a necessidade de evitar a fraude; b) a instalação da empresa em plena via pública, ou que deva exercer-se sobre ela; c) monopólio de quem exerce a empresa; d) o caráter não acumulável do produto ou serviços da empresa; e) a necessidade de alcançar certos fins extra-econômicos, não exequíveis por parte das empresas privadas; f) a necessidade de evitar que surjam interesses privados contrários ou interferentes com o interesse público; g) o caráter subsidiário de uma empresa com relação a outras já estatizadas. (apud LEOPOLDO BRAGA, op. cit., págs. 111/112).

O ilustre financista pátrio Professor ALIOMAR BALEEIRO, em sua apreciada obra “Uma Introdução à Ciência das Finanças”, desenvolve em onze itens as razões justificativas da instituição das empresas públicas, quando ensina que os principais objetivos dessas empresas são os seguintes, não raro se encontrando a consociação de dois ou mais motivos na mesma indústria ou serviço:

“I) — Assegurar meios suficientes à defesa nacional em caso de guerra;

II — Barateamento, efetividade e garantia de autenticidade da produção da qual o governo é o principal senão o único consumidor; cunhagem de moeda divisionária, impressão de cédulas de papel moeda, selos postais e estampilhas;

III — Funcionamento de serviço a preços políticos com o suprimento à parte do território que ainda não pode suportar o custo: Correios e Telégrafos, estradas de ferro, etc.

IV — Manutenção de estabelecimentos modelares, para orientação de particulares ou para preservação de artes e indústrias tradicionais;

V — Para suprir a falta de iniciativa particular, estimulá-la, ampará-la em colapso, ou fornecer-lhe elementos essenciais;

VI — Garantia da pureza de um produto e eliminação de especuladores no interesse da saúde pública;

VII — Cobrança e fiscalização do imposto de consumo sobre mercadorias que fornecem as maiores receitas desse tributo;

VIII — Fins políticos, e, às vezes, partidários, nem sempre de inteira constitucionalidade ou moralidade: publicidade no interesse dos governos, através de emissoras de rádio, jornais, revistas, etc.;

IX — Controle da moeda e do crédito, colocação de títulos públicos, etc.;

X — Como instrumento de padrão ou comparação e competição para controle de serviços públicos análogos concedidos;

XI — Nacionalização de empresas ao influxo de idéias e tendências socialistas”.

Tais empresas, a que os alemães chamam de “sociedades públicas de um só membro”, e que a nossa Constituição preferiu chamar “empresa pública”, são, realmente, adequadas aos fins enumerados.

Trata-se, na espécie, de um tipo de empresa governamental, porém sujeita aos moldes e técnicas jurídicas do direito privado.

As características externas da empresa pública, ensina o ilustre Professor BILAC PINTO em sua excelente Conferência já acima citada (in Rev. Dir. Adm., vol. 32, pág. 1 e segs.), assim se resumem: “1.^a — adota a forma das empresas comerciais comuns (sociedades por ações, sociedades de responsabilidade limitada) ou recebe do legislador estruturação específica; 2.^a — a propriedade e a direção são exclusivamente governamentais; 3.^a — tem personalidade jurídica de direito privado”.

E acrescenta o Mestre:

“Dessas características externas decorrem as internas, que são as que tornam a empresa pública um instrumento apto e eficaz para a execução dos encargos econômicos, industriais e comerciais do Estado. Ao adotar, para as empresas públicas, as técnicas e os processos das empresas privadas, o Estado incorporou a este novo órgão de suas atividades todas as vantagens da administração particular, dentre as quais devemos destacar, como mais relevantes: 1.^a) — Completa autonomia técnica e administrativa; 2.^a) — Capitalização inicial; 3.^a) — Possibilidade de recorrer a empréstimos bancários; 4.^a) — Possibilidade de reter os lucros para ampliar o capital de giro e constituir reservas; 5.^a) — Liber-

dade em matéria de despesas; 6.^a) — Flexibilidade e rapidez de ação; 7.^a) Capacidade para acionar e ser acionada; 8.^a) — Regime de pessoal idêntico ao das empresas privadas”.

Além disso, como assinala o já citado LEOPOLDO BRAGA, observam os autores, acerca de tais organismos, as seguintes regras e peculiaridades: “a) a atividade da empresa deve ser privada, mas o titular, que a institui ou assume, há de ser um ente público; b) as aludidas empresas representam o exercício de um serviço público, embora regidas pelo direito privado; c) a empresa se diz “pública” em consideração à natureza do titular, mas o seu regime jurídico-legal é o da empresa privada; d) adotam, ou conservam, tais empresas, o estatuto geral das sociedades comerciais; e) aplicam-se-lhe as regras sobre a contabilidade comercial e, por assim, escapam às regras e aos rigores da contabilidade pública”.

Como se vê, tanto pelos seus fins como pelos meios de que dispõe, a empresa pública adapta-se, à perfeição, ao que se pretende na consulta.

O Hospital de Clínicas, como se enunciou, destina-se a uma finalidade de ordem pública, já que deve ser encarado como órgão de Saúde Pública que prestará assistência curativa e preventiva, no nível hospital de base, à população de vasta área. Nesse setor, não só a assistência médico-hospitalar será o seu objetivo, mas propiciará o desenvolvimento da pesquisa científica e contribuirá para a educação sanitária do povo, visando, ainda, à complementação e ao aprimoramento da rede hospitalar.

Mais: constituir-se-á esse Hospital em estabelecimento modelar, destinando-se, também, a certos fins não exequíveis por parte de empresas privadas tais como, além de alguns acima mencionados, os objetivos enunciados no campo da instrução de estudantes das unidades Universitárias da área biomédica, e ao aperfeiçoamento de médicos, enfermeiros e outros profissionais relacionados com a assistência médico-hospitalar.

Como se viu antes, a cobertura dos dispêndios operacionais deverá se realizar principalmente através de ingressos propiciados pelos usuários dos serviços hospitalares, dentre os quais se enumeram não só pessoas jurídicas de direito público, como, também, de direito privado, — o que indicou à Comissão de Planejamento e Coordenação buscar a forma jurídica que assegurasse flexibilidade administrativa, de maneira a preservar a liberdade de contratar serviços, fixar salários, celebrar convênios, contratar, enfim, sem as peias burocráticas que emperram e dificultam a ação dos órgãos da administração pública.

O obstáculo que se pressentiu nas disposições contidas no Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as alterações determinadas pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, realmente não existe.

O primeiro dos diplomas indicados, no seu art. 5.º, II, definia a empresa pública como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades de Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

A nova redação de tal dispositivo, dada pelo prefalado Decreto-Lei n.º 900, soa desta forma:

“Art. 5.º — ...

“II — Empresa Pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

Verifica-se, pois, desde logo, ter a lei excluído do elenco das empresas públicas as entidades constituídas com capital dos órgãos de administração indireta (com a atenuação do art. 5.º, do Decreto-Lei n.º ... 900/69), substituindo as palavras definidoras da finalidade de tal empresa, antes ditas “atividades de natureza empresarial”, pela expressão “atividade econômica”.

Reside, pois, o problema em saber qual a extensão que se deverá dar ao objetivo expresso como “atividade econômica” ou, por outras palavras, qual a limitação que se quis estabelecer para a constituição de empresas públicas face aos objetivos visados.

Certamente houve uma limitação, imposta pela lei nova, no substituir “atividade de natureza empresarial” por “atividade econômica”, sabido que a atividade empresarial pode, eventualmente, abarcar outros objetivos além dos econômicos.

Mas objetivo econômico não é, essencialmente, finalidade lucrativa.

Mesmo no que respeita às empresas privadas, as tendências mais modernas minimizam tal objetivo, como se vê nas palavras de JOSÉ PASCHOAL ROSSETTI, conceituado Professor de Economia da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Mackenzie que, em sua recente obra “Introdução à Economia” (2.ª edição, abril de 1970), preleciona:

“...perseguido a obtenção de lucros, as empresas de-
frontam-se com a necessidade de maximizar o produto em função dos fatores empregados e o lucro passa a ser um prêmio à capacidade empresarial e uma recompensa da inovação. Nestas condições, a função do empresário é obter lucros, podendo-se em princípio medir sua capacidade, seu dinamismo e sua agressividade através dos resultados líquidos realizados por sua empresa”.

Mas, logo acrescenta o ilustre Professor:

“Contudo, as importantes funções e, principalmente, a responsabilidade social do empresário não se esgotam com a capacidade empresarial, a inovação, o dinamismo, a agressividade e a realização de lucros. Isto porque os lucros realizados pelas unidades de produção não devem ser entendidos apenas como remuneração residual do empreendimento, mas sobretudo como um excedente da atividade produtiva, depósito da acumulação e fonte de novos investimentos, que a sociedade confia ao empresário, julgando-o capaz de aplicá-lo da melhor forma”. (op. cit. págs. 156 — 157)

Se por esta maneira se manifestam os economistas com relação às empresas privadas, que se há de dizer no que respeita àqueles outros organismos, criados pelo Estado, visando, sobretudo, ao bem público, ao interesse social?

ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, em seu trabalho já antes citado, com apoio em BILAC PINTO, “O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas”, in *Rev. Dir. Adm.*, vol. 32, págs. 1 e segs.; — PAUL REUTER, “La société anonyme au service des collectivités publiques”, GASTON LAGARDE, “De la société anonyme à l’entreprise publique, in *Études offerts Georges Ripert*, “Paris, 1950, tomo II, págs. 296/318, é peremptório no afirmar que “... a empresa pública... deve constituir o instrumento preferido na hipótese de execução de um serviço público, da qual esteja excluída a finalidade lucrativa”.

Aliás, na obra de R. VAN DER BORGHT (“Hacienda Pública”, traduzido da 6.^a edição alemã e anotado por MIGUEL SANCHO IZQUIERDO e MANUEL SANCHEZ SAROT, 3.^a edição, Barcelona, 1934, tomo 1.^o, Parte Geral), a par de vários e expressivos exemplos dos progressos a que tem atingido, na Alemanha, a atividade empresarial por parte do Estado e, muito mais freqüentemente, por parte dos Municípios, através de instituições várias, diversamente denominadas, sobretudo no campo das operações de crédito, onde sua atuação “puede considerarse... una verdadera fuente de ingresos”, lê-se, ademais, a observação seguinte: “Estas instituciones no están orientadas, por lo común,

hacia una finalidad lucrativa, pero en muchos casos arrojan ingresos suficientemente respectables para que se adjudique a estas entidades una significación financiera bastante elevada” (op. cit. pág. 119).

Vale transcrever, ademais, a observação que a este propósito faz LEOPOLDO BRAGA (op. et loc. cit.):

“Certo, ... é que, nas empresas públicas, em geral, a consideração do interesse público deve sobrelevar e, via de regra, sobrelevar o interesse ou objetivo fiscal. Por isso mesmo, o que se verifica é que, de ordinário, os preços estabelecidos pelas empresas públicas são, geralmente, inferiores àqueles que espontaneamente se formariam em um mercado livre pelo jogo da procura e da oferta e aqueles que prevaleceriam em regime de monopólio privado, pois tais preços correspondem, nessas organizações, ao critério econômico de cobrir completamente o custo de produção, embora na maioria dos casos se ofereçam resultados deficitários, avultando de muito as despesas sobre as rendas ou lucros apurados (LIGUORI, op. cit., pág. 43; FRANCESCO NITTI, *Principes de Science des Finances*, ed. francesa, trad. da 5.^a edição italiana por STEFAN FREUND, Paris, 1928, vol. 1.^o, pág. 278; FLEINER, op. cit., pág. 261; A. de VITI DE MARCO, *Principi di Economia Finanziaria*, 3.^a ed. Turim, 1953, págs. 45/46; ZANOBINI, op. cit., vol. 5.^o, pág. 225; ALDO M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1952, pág. 393; KARL THEODOR VON EHEBERG, *Compendio de Hacienda Pública*, trad. de FEDERICO RUIZ KOENIG, México, 1945, págs. 56-57; EHEBERG-BROESLER, *Principios de Hacienda*, versão da 7.^a edição alemã por JUAN SARDÁ DEXEUS e LUCAS BELTRAN FLÓREZ, Barcelona, 1944, pág. 99)”.

Face a tais ensinamentos que, como se viu, coincidem com os princípios formulados pela moderna economia política, pode-se, sem qualquer receio, afastar a idéia de lucro como finalidade de “atividade econômica”.

Aliás, o fim lucrativo, quando perseguido profissionalmente na interposição entre a oferta e a procura, é mais característico de um conceito que, em verdade, refoge à mera atividade econômica, passando a abranger um outro campo, qual seja o da mercancia: *finis mercatorum lucrum est*.

Evidentemente, a atividade comercial ou industrial é atividade econômica, mas é espécie desta, que se constitui em gênero.

Isto bem compreendeu o legislador pátrio, ao editar o Decreto-Lei n.º 900, aqui já referido, eis que ao limitar, de certa forma, o surgimento de empresas públicas, proeureu, ao revés, ampliar o campo existencial das sociedades de economia mista e, para isto, suprimiu da anterior definição, dada pelo Decreto-Lei n.º 200, a expressão “exercício de atividades de natureza mercantil” substituindo-a pela mais ampla “para a exploração de atividade econômica”.

O discripe substancial entre a empresa pública e a sociedade de economia mista há de ser localizado na circunstância de que na última se encontra o fim lucrativo, que chamará o investidor particular a se associar ao Poder Público na exploração da atividade econômica, enquanto que na primeira, o Estado se obrigará sozinho na empresa, dada a baixa rentabilidade dos objetivos visados, cujo interesse social o colocará na contingência, ou lhe mostrará a conveniência, de assim proceder.

De outra parte, convém salientar que não só a produção e a circulação de bens se constituem em objeto de atividade econômica. A prestação de serviços também o é, inquestionavelmente.

Di-lo, por exemplo, J. MARTINS DE SOUZA (“Economia Política — História das Doutrinas Econômicas — Conceitos Fundamentais”, São Paulo, 1969):

“...conclui-se — ou se reafirma à conclusão — que, do ponto de vista da “Economia, empresa é uma unidade produtiva,

quer seja ela particular, quer seja estatal; quer ainda, produza bens ou coisas, quer produza, tão-somente, serviços”. (op. cit. pág. 324)

HUGH DALTON (“Princípios de Finanzas Públicas”, na tradução uruguaia de CARLOS LUZZETTI, 2.ª edição, 1953) — anota que a evolução moderna tem levado, em muitas esferas, à tendência de aumentar a eficiência dos entes públicos em comparação com a das associações e empresas privadas. Nos tempos correntes — diz ele — “...la elección de los órganos del Estado, antes que las entidades privadas, para el cumplimiento de una función, constituye hoy lo que podríamos llamar una sabia elección, aun cuando podría no haberlo sido hasta ayer”.

E conclui o Professor da Universidade de Londres:

“El desarrollo moderno, además, en otros campos de la actividad humana, ha hecho necesario que los entes públicos asuman nuevas funciones, que no hubieran podido ser realizadas en forma alguna por las empresas privadas. El cuidado de la salud pública en las ciudades modernas constituye, tal vez, la más clara ilustración de esta clase de funciones. Las condiciones de salubridad en Londres, por ejemplo, y por tanto el riesgo de enfermedad y de salud deficiente, son comunes tanto para los ricos como para los pobres que habitan la capital inglesa. ...La protección contra las enfermedades contagiosas, como la que garantiza contra los ataques externos, constituye ejemplos típicos de beneficios indivisibles, cuya prestación no sería retributiva para las empresas privadas que los proveyesen, desde que ellas no podrían cobrar a los individuos separadamente por servicios que deben ser usados por todos e por ninguno”. (op. cit. págs. 221/222).

O legislador brasileiro, pois, deu um passo decisivo e acertado no sentido do progresso, com o reconhecimento das empresas públicas, cujo advento MC-DIARMID saúda com estas palavras:

“Da zona cinzenta da faixa fronteiriça que separa o Governo e os negócios surgiu, como entidade híbrida, a empresa pública.

O recente reconhecimento das suas vantagens para a execução de certas atividades governamentais marca um progresso significativo na arte da administração pública.

Com efeito, a empresa pública representa uma réplica à acusação de que o Governo é tão deficientemente organizado e tão rigidamente burocratizado que a exploração pelo Estado de um empreendimento econômico é inevitavelmente ineficiente”. (JOHN MC DIARMID, *Government Corporation and Federal Funds*, The University of Chicago Press, 1938, p. 209, apud BILAC PINTO, op. cit.).

Em conclusão:

- I — segundo deixamos entrever, o organismo que, pelos meios de que se serve, melhor atenderá as necessidades operacionais do Hospital de Clínicas é a empresa pública que, desejada pela consulente, não encontra obstáculo no direito positivo brasileiro, como acima se demonstrou;
- II — além da empresa pública seria possível a adoção da forma autárquica. Entretanto, face aos inconvenientes antes apontados, julgamos desaconselhável a eleição de tal tipo jurídico para o Hospital de Clínicas.

Este é o parecer, que submetemos ao juízo dos doutos.

Porto Alegre, 02 de junho de 1970.

PRESCRIÇÃO DA PENA DISCIPLINAR DE DEMISSÃO

MARIO BERNARDO SESTA
Consultor Jurídico do Estado
do Rio Grande do Sul

P A R E C E R C G E N.º 3 6 7 5

Prescreve em três, seis, nove, doze e quinze meses a aplicabilidade das penalidades de advertência, repreensão, multa, repreensão e multa e suspensão respectivamente.

Prescreve em vinte anos a aplicabilidade de qualquer penalidade expulsiva que não corresponda objetivamente à descrição legal de crime ou contravenção.

Prescreve, de conformidade com o conteúdo das normas penais específicas, a aplicabilidade de qualquer penalidade administrativa sempre que os fatos ou omissões de que se constitua correspondam objetivamente à descrição legal de crime ou contravenção.

1. Do procedimento administrativo-disciplinar, onde foi indiciado V.A., Professor do Ensino Médio II, do Centro de Lotação Regional da 3a. Delegacia de Educação, de Cruz Alta, resultou o Parecer CGE n.º 3385/76, o qual, aprovado pelo Consultor-Geral, subiu à conside-

ração do Governador do Estado, sugerindo aplicação da pena de suspensão por 30 (trinta) dias, conversível em multa nos termos do parágrafo único, do art. 215, do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

A Casa Civil do Gabinete do Governador do Estado entendeu, porém, de devolver o expediente a esta Consultoria-Geral, a fim de que se pronunciasse sobre a "... contagem de prazos prescricionais na aplicação das penalidades estatutárias".

Distribuído à 2a. Turma da Equipe de Revisão, resultou o Parecer CGE n.º 3535/77, onde se ensaia exegese ampla do disposto no art. 224 do sobredito Estatuto (Lei Estadual RS n.º 1.751/52); a "... caducidade da faculdade de aplicação da pena disciplinar, pelo decurso do tempo fixado em lei, é o tema na verdade a ser perquirido, de modo genérico, em suas diversas questões".

Principia dito Parecer a análise a que se propõe pela constatação de que, na cabeça do mencionado art. 224 do Estatuto, não se prevê nenhum prazo prescricional para as pretensões punitivas correspondentes a faltas às quais se cominem penas expulsivas — demissão e demissão a bem do serviço.

Essa situação vem determinando entendimento de que, quando se trata de falta a que se comine pena expulsiva, é imprescritível a pretensão punitiva correspondente, exceção feita da prescrição indireta, referida no § 1.º do artigo em tela, quando a falta cometida constitua também crime ou contravenção, hipótese em que a norma estatutária, em matéria prescricional, remete à norma penal.

Desse entendimento resulta, porém, situação que fere o senso jurídico na medida em que, sempre falando em faltas a que se comine pena expulsiva, o funcionário que comete ilícito menos grave, que não chegue a sensibilizar a área de tutela do Direito Penal, poderá ser imprescritivelmente perseguido pela pretensão punitiva do Estado, ao prazo que a prescrição penal poderá dar fim ao curso ou possibilidade da mesma pretensão justa e paradoxalmente quando a falta cometida, por mais grave, seja também prevista como crime ou contravenção.

Na tentativa, de que a final capitula, de encontrar argumentos capazes de confortar interpretação mais equitativa, envereda pelo princípio de legalidade penal exigido no § 16 do art. 153 da Constituição Federal, procurando enquadrar a prescrição como um dos elementos inerentes à descrição do tipo penal, concluindo, porém, pela imprestabilidade da via tentada, ao endossar a tese de que a prescrição não é instituto de direito material e, sim, de direito adjetivo, não cabendo, assim, falar "... em uma pretensão do agente a determinado prazo constitucionalmente garantido. É inarredável que, se adotada outra posição, ter-se-ia que considerar como inconstitucionais quaisquer regras, habitualmente ocorrentes na legislação penal, as quais dispusessem sobre a suspensão ou a interrupção do curso dos prazos prescricionais" (Parecer CGE n.º 3535/77, fl. 5).

Convencido da inarredabilidade do entendimento até agora sufragado, ressalta ainda o Parecer CGE n.º 3535/77, como elemento fundamental de análise, a diferença existente entre direito penal e direito administrativo-disciplinar, lastreando-se nas lições de CIRNE LIMA ("in" *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 4a. ed., Livraria Sulina Editora, PA, 1964, § 26.1, págs. 215-216) e de HELY LOPES MEIRELLES ("in" *Direito Administrativo Brasileiro*, 3a. ed., Editora RT, SP, 1975, V, pág. 95).

Quanto ao primeiro tema abordado, conclui não ser uma "... exigência de ordem jurídica, seja por princípio constitucional, ou dos direitos penal e administrativo (nem por transposição de uma dessas esferas para a outra), a prescribibilidade da faculdade punitiva estatal relativamente às condutas socialmente indesejáveis. Portanto, também em relação às infrações disciplinares nada exige que as mesmas sejam adjetivadas de um prazo prescricional, decorrido o qual caducaria a faculdade de aplicar a penalidade estatutária" (Parecer n.º 3535, fl. 8; grifou-se), adotando a tese de imprescribibilidade das penas estatutárias expulsivas, ressalvada a hipótese de caducidade indireta por força do § 1.º do art. 224 em exame.

No que concerne ao segundo aspecto que se propôs a abordar, o da determinação do início do prazo prescricional quando houver,

conclui o mesmo Parecer n.º 3535 não estar a ciência por **superior hierárquico**, a que se refere o § 2.º, sempre do art. 224 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52, adstrita às autoridades arroladas no art. 220 da mesma lei e significando, então, "... qualquer autoridade hierarquicamente superior ao servidor faltoso, independentemente de possuir ou não competência para a aplicação de penas disciplinares" (Parecer n.º 3535, fl. 9).

Tendo dúvidas quanto à prescribibilidade indireta fundada no § 1.º do art. 224 em tela, bem como sobre a conclusão do Parecer n.º 3535, no que refere ao superior hierárquico cujo conhecimento da falta administrativa marca o início do cálculo do prazo prescricional correspondente, solicita novo pronunciamento o Consultor-Geral do Estado.

É o relatório.

2. No que respeita à prescrição da pretensão punitiva no processo administrativo-disciplinar, adotou a Lei Estadual RS n.º 1.751/52 um sistema híbrido, fundado na distinção entre faltas funcionais que não repercutam na área de tutela do Direito Penal e as faltas funcionais que também constituam crime ou contravenção.

Em relação ao **primeiro grupo**, a prescrição regula-se pela cabeça do art. 224 do Estatuto. Esta, tomada na pobreza literal e isolada de seu texto, ao enunciar o que se poderia, de início, tomar como a norma geral sobre prescrição na matéria, defere-a tão-somente à aplicação de penalidades às faltas puníveis com advertência, repreensão, multa, repreensão e multa, e suspensão, **omitindo** qualquer menção às faltas puníveis com **penas expulsivas — demissão simples e demissão qualificada** —, o que induz ao entendimento de que estas seriam **imprescritíveis**.

Haveria, pois, dentre o primeiro grupo de faltas funcionais, as que não constituem também crime ou contravenção, dois subgrupos: **primeiro**, o daquelas cujas penas **prescrevem**; **segundo**, o daquelas cujas penas são **imprescritíveis**.

Já no **segundo grupo**, o das faltas funcionais que também constituem crime ou contravenção, a norma estatutária relativa à prescrição da correspondente pretensão punitiva é a do § 1.º do mencionado art. 224 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52, que adotou técnica diversa, remetendo o intérprete à **lei penal** sem qualquer discriminação entre faltas ou entre penalidades.

A combinação das duas normas, a da cabeça e a do § 1.º do art. 224, da Lei Estadual RS n.º 1.751/52, propõe ao exegeta um **paradoxo**, qual seja o de que, enquanto **sempre prescritível**, pois regida pela lei penal, a pretensão punitiva estatal em relação às faltas funcionais que também constituam crime ou contravenção, e que se não de reputar **mais graves**, será **imprescritível** a mesma pretensão punitiva quando referida a faltas que, por não sensibilizarem, como se disse, a área de tutela do Direito Penal, se não de presumir **menos graves**, ainda que puníveis com pena expulsiva.

Solução até agora aceita como superação do paradoxo fundamenta-se no **princípio da acessoriedade** que limitaria o alcance da norma do § 1.º do art. 224 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52 à da cabeça do mesmo artigo, de sorte a reduzir o alcance da prescrição penal às hipóteses de prescribibilidade literalmente enunciadas no topo do artigo, resultando assim imprescritíveis não só as penas expulsivas correspondentes a simples faltas funcionais como também as penas expulsivas mesmo quando correspondentes a faltas funcionais que também constituam crime ou contravenção.

A sobredita solução, porém, posto que aparentemente resolva o paradoxo antes referido, é, tecnicamente, discutível e, o que é pior, antes agrava que reduz o caráter problemático do entendimento que se vem atribuindo ao dispositivo legal em tela, eis que, em vez de estreitar, **amplia** a área onde se revelaria **imprescritível** a pretensão punitiva estatal no processo administrativo-disciplinar.

3. É de registrar que o dispositivo legal, ora em exame, adota solução que, em **largos traços**, se assemelha ao seu congênere da norma estatutária federal (Lei Federal n.º 1.711, art. 213):

REGIME ESTATUTARIO
LOCAL

Lei Estadual RS n.º 1.751,
de 22-02-1952

Art. 224 — A aplicação das penalidades prescreverá: advertência, em três meses, repreensão, em seis meses; multa, em nove meses; repreensão e multa, em doze meses; suspensão, em quinze meses.

§ 1.º — Quando as faltas constituírem também crime ou contravenção, a prescrição será regulada pela lei penal.

§ 2.º — O prazo da prescrição contar-se-á desde a data do conhecimento do ato por superior hierárquico.

LEI ANTERIOR:

Decreto-Lei n.º 311, de 31 de dezembro de 1942,

omissa

Como se vê, ambos os regimes estatutários, na pobreza de seus textos regulamentares, conduzem ao reconhecimento de **pretensões punitivas** à primeira vista **imprescritíveis** no processo administrativo-disciplinar.

REGIME ESTATUTARIO
FEDERAL

Lei Federal n.º 1.711,
de 28-10-1952

Art. 213 — Prescreverá:

I — em 2 (dois) anos, a falta sujeita à penas de repreensão, multa ou suspensão;

II — em 4 (quatro) anos, a falta sujeita:

a) à pena de demissão, no caso do § 2.º do art. 207, (abandono de cargo)

b) à cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Parágrafo único — A falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este.

omissa.

LEI ANTERIOR:

Decreto-Lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939.

omissa

Ainda assim, ambos os regimes estatutários, na literalidade de seus dispositivos **vigentes**, representaram, sem dúvida, **progresso** diante da **absoluta omissão** do regime legal **anterior** no que respeita à prescrição no processo administrativo-disciplinar.

4. Quando se visualiza a temática concernente à prescrição sob um prisma histórico, a constatação indiscutível é de que a evolução se fez no sentido da absoluta e geral imprescritibilidade inicial para a regra atualmente dominante da prescritibilidade.

O mais antigo texto legal romano conhecido, regulando prescrição, é a LEX JULIA DE ADULTERIIS, do ano 18-AC, onde foi instituída a prescrição quinquenal para os crimes de adultério, estupro e lenocínio. Na legislação subsequente, predominou a prescrição vintenária, restando a imprescritibilidade confinada apenas aos crimes de parricídio, heresia e substituição de recém-nascido.

Lentamente, através dos séculos, foi avançando o princípio da prescritibilidade no campo penal, excluindo-se alguns delitos que mais sensibilizassem negativamente os valores e interesses dominantes em cada tempo e lugar, como, por exemplo, os de lesa-majestade, moeda falsa, etc.

Em 1791, introduziu-se em França a prescritibilidade da condenação, hoje adotada, praticamente, por todos os ordenamentos jurídicos.

O Direito Penal brasileiro nasceu já informado pelo princípio da prescritibilidade geral, que tem sido a regra dominante na matéria. O único caso de imprescritibilidade existente é o relativo às penas acessórias.

No que respeita ao direito privado, ocorre a lição de PONTES DE MIRANDA:

“No direito romano, a perpetuidade era a regra; e isso correspondia às convicções filosóficas e ao estado de evolução econômica. Daí ter sido preciso dizer-se que a pretensão era

prescritível, para que o fosse; e não haver teoria geral da prescrição. A princípio nenhuma pretensão ou ação prescrevia. Foi o direito pretório que instituiu a temporalidade (...) e pode-se dizer que só no século V após Cristo se formulou regra jurídica da prescrição das pretensões (L. 3, C, de praescriptione XXX vel XV annorum, 7,39 — Teodosio III, ano 424, L.un., C. Th., de actionibus certo tempore finientis, 4,14) ...” (Tratado de Direito Privado, VI, § 696, n. 1, p. 275)

Costumam os penalistas perquirir mais extensamente sobre as razões justificativas da prescrição. Assim o esquecimento do crime pela sociedade (VILLERET, LUCCHINI, D'ANTONIO, GIROLANO PENSO, ORTOLAN, MANZINI), o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social (HAUS, GARRAUD, CARRARA), a dispersão e perecimento das provas (THOMAZIUS, BINDING), a expiação pelo remorso (LE SELLYER, BOITARD), a emenda presumida, a eliminação do elo psicológico entre o fato e o agente, e muitas outras.

Em exposição brilhante, já antiga mas permanentemente atual, GARRAUD sustenta, em seu monumental “*Traité Théorique et Pratique du Droit Penal Français*”, que o **fundamento verdadeiro da prescrição deve ser buscado nas bases mesmas do direito de punir**. O exercício desse direito é informado e limitado pelas idéias de justiça e de utilidade social.

Enquanto a primeira parece condenar a prescritibilidade como regra, a segunda a justifica plenamente.

De fato, o decurso do tempo, somado à inércia em face do ilícito, torna inútil sua punição em face do princípio de utilidade social, eis que o **esquecimento presumido** do fato delituoso ou da condenação, a ele relativa **apaga a lembrança da prática antijurídica e retira a funcionalidade exemplar da mesma**.

A **cessação da razão de punir** explica e legitima, pois, no pensamento do ilustre penalista francês, tanto a prescrição da ação quan-

to da pena, pois o **esquecimento suprime a necessidade** e, por via de conseqüência, a **legitimidade da repressão**. (obra citada, Librairie de La Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 2a. ed., Paris, 1898, II, § LXXXIX, n. 526, págs. 379 e 380)

Aliás, parece mesmo conatural ao fenômeno da prescrição sua vinculação à precariedade inarredável da memória humana a respeito de atos e fatos. Basta se tenha em mente a prescrição imemorial (Dig. Lib. XLIII, Tit. XX, Fr. 3, § 4.º), que requeria, ao tempo do litígio, testemunhas que eontassem cinquenta e quatro anos, ou seja, capazes de serem sabedores, desde os quatorze anos, e durante quarenta anos consecutivos da situação fixada pelo decurso do tempo (cf. CIRNE LIMA, **Pareceres de Direito Público**, Livraria Sulina Editora, Porto Alegre, 1963, pág. 46).

No Direito Civil, a explicação forte e simples de PONTES DE MIRANDA:

“A proteção, que se contém nas regras jurídicas sobre prescrição, corresponde à experiência humana de ser pouco provável a existência de direitos, ou ainda existirem direitos, que longo tempo não foram invocados. Não é esse, porém, o seu fundamento.

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade. Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina”. (Tratado de Direito Privado, § 662, pág. 101)

Como se vê, não mais interessa aos valores de ordem e segurança informadores do Direito, enquanto instrumento viabilizador do convívio, que as pretensões ou direitos sobrevivam ilimitadamente no

tempo e independentemente do descaso de quem deveria acioná-los, ou que faltas e crimes perpetrados no seio da comunidade permaneçam indefinidamente perseguíveis.

Por isso, a prescrição "... em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional". (PONTES DE MIRANDA, obra citada, VI, § 667, n. 1, pág. 127)

No Direito Penal, a lição incisiva do já antes citado GARRAUD, no sentido de que a prescrição se aplica a todas as infrações, pois nenhuma existe da qual o tempo não apague a lembrança. Assim, diz o grande penalista, comentando o Código Penal Napoleônico, não há crimes imprescritíveis, por mais graves que sejam (obra citada, II, n. 530, pág. 384).

Quando a imprescritibilidade era a regra, a exceção devia vir expressa. A omissão induzia o princípio dominante. Hoje a situação é inversa: a prescritibilidade é a regra. **Já não se pode deduzir tranquilamente, da omissão, principalmente de lei especial que regule a prescrição, a imprescritibilidade de qualquer pretensão.**

5. À mesma conclusão nos conduz, embora noutro nível de indagação jurídica, a constatação de que a ação esmaecedora do tempo, em face da inércia diante do ilícito, retira a funcionalidade e, pois, a legitimidade da punição, tornando a indefinida perseguibilidade da infração e do infrator elemento até prejudicial aos fins do Direito enquanto instrumentação do convívio social.

Não poucos nem desautorizados os penalistas que, em face dessa problemática, concentram sua atenção, como já se disse, na **dispersão ou perecimento das provas**. Estas, como não poderia deixar de ser, seguem inapelavelmente a sorte temporal e contingente do homem. Entenda-se aqui prova no seu sentido global. É claro que, conforme o tipo da infração, sempre poderá resistir alguma prova material, mais duradoura, capaz de incriminar o autor. Perecerão, porém, a disponibilidade de testemunhos pessoais e a lembrança de circunstâncias capazes de dar ao sistema probatório a possibilidade de render todas as suas

virtualidades, evidenciando, quem sabe, a enganosa aparência de provas documentais e outros indícios materiais, relativamente perenes e à primeira vista incriminatórios.

Uma vez que o tempo, se não limitado pela prescritibilidade, na sua inevitável ação esmaecedora, tolherá a amplitude da defesa que, à distância dos fatos, poderá tornar-se precária e conseqüentemente fatal, a inexistência de prazos prescricionais revela-se antinômica de princípios inerentes à sistemática constitucional brasileira.

Desnecessário se nos afigura perquirir se a prescrição é instituto de direito material ou formal, para indagar, em seguida, se sua fixação não seria integrativa da tipificação do delito, mesmo porque, além do caráter polêmico do tema, sua utilização como base argumentacional nos limitaria por demais ao âmbito do Direito Penal.

O direito-dever de punir que ao Estado assiste no campo do Direito Penal como, no do Direito Administrativo-Disciplinar, ambos, no que têm em comum, informados pelo mesmo e superior princípio do interesse público, não se exerce, em nenhuma hipótese, alheado do princípio de legalidade, mais estrita e melhormente definido no primeiro campo, atenuada e precariamente no segundo, mas nunca ausente.

Funda-se o **princípio de legalidade**, informador do direito-dever de punir, noutro, qual seja o da **presunção de inocência** que vem sendo afirmado e reafirmado desde, pelo menos, o art. 29 da Magna Charta de 1265 até a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela III A. Assembléia Geral das Nações Unidas como norma complementar do que dispõem os arts. 55 e 56 da própria Carta das Nações Unidas, esta juridicamente vinculativa para o Brasil, que a assinou e ratificou.

Todo o processo de accertamento da culpa, e dentro dele acima de qualquer coisa o **direito de defesa**, seja através do processo penal, seja através do contencioso administrativo-disciplinar, nada mais é do que uma garantia constitucionalmente assegurada da presunção de inocência.

E dúvida não pode restar da afirmação constitucional desse direito e dessa garantia quando se tenha em vista o teor do art. 105 da Lei Maior, segundo o qual a demissão somente será aplicada ao funcionário em virtude de sentença judiciária se for vitalício e, no caso de ser estável, mediante sentença judiciária ou mediante processo administrativo "... em que lhe seja assegurada **ampla defesa**". (grifou-se)

Note-se bem: **ampla defesa**.

Como conciliar ampla defesa com a possibilidade do empobrecimento das provas possibilitado pela indefinida imprescritibilidade da infração?

O Estado, indefinidamente inerte na tutela do interesse por que lhe incumbe zelar, pode legítima e validamente perseguir o infrator quando o tempo em que se omitiu tolheu ao perseguido a amplitude de defesa que a Constituição lhe assegura?

Obviamente NÃO.

Como se não bastasse o texto constitucional acima referido e parcialmente transcrito, encontramos a mesma garantia reafirmada como indiscutível amplitude no § 15 do art. 153 da mesma Constituição, onde se diz que a "... lei assegurará aos acusados **ampla defesa**, com os recursos a ela inerentes..." (grifou-se)

Note-se bem que o texto maior, a par de incisivo, não limita a garantia assegurada com adjetivações restritivas de seu alcance.

Ora, a imprescritibilidade como regra revela-se, pois, incompatível com a sistemática constitucional brasileira, impondo-nos, como necessidade técnica, encontrar prazos prescricionais para toda e qualquer pretensão punitiva, sempre que a lei específica for omissa.

6. Isto posto, retorna, oportuna, mais uma vez a lição de GARRAUD, quando sustenta, como conseqüência do que acima se disse, invocando seu magistério e a sistemática constitucional brasileira, que a prescrição de **direito comum** se aplica, na ausência de disposições contrárias, a todas as infrações, sejam elas previstas no Código Penal ou em leis especiais (obra citada, II, n.º 530, págs. 384, 385).

Não nos parece útil, para o deslinde dos problemas como se quer, exame tendente a demonstrar a já indiscutível autonomia do direito administrativo-disciplinar em face do Direito Penal. A autonomia desses dois campos do Direito, porém, não autoriza a que se os considere reciprocamente estranhos, a tal ponto de se não poderem tramitar conclusões ou teses ou princípios de um para outro. Afora o fato de ser o Direito como tal um sistema, o que revela de logo sua básica unidade, os setores de que ora se trata, na medida em que regulam atitudes estatais persecutórias do agente transgressor, apresentam, evidentemente, pontos em comum.

Seja como guardião das condições mínimas do convívio social, seja como empregador buscando salvaguardar a excelência dos serviços de que carece, o Estado, em ambos os papéis, exerce pretensões de perseguir e punir, pretensões essas que, no de comum, devem exercer-se dentro de um sistema de garantias que se conhecem na terminologia de origem como "due process of law"

Nada mais natural, portanto, que, sem esquecer a autonomia do direito administrativo-disciplinar, se busquem subsídios no Direito Penal, cujas soluções, técnicas, garantias, princípios e doutrina de há muito revelam sua eficiência, para aperfeiçoar o primeiro, novo e evidentemente precário na sua instrumentação.

Por outro lado, PONTES DE MIRANDA, no seu sempre citado TRATADO DE DIREITO PRIVADO, ao examinar o tema da prescrição, relativamente às dívidas ativas não-fiscais, diz:

"Nem todas as pretensões de que são titulares a União, os Estados-membros, o Direito Federal, os Territórios e os Municípios são pretensões fiscais.

.....

Não há dúvida quanto a serem regidas pelos arts. 178, § 7.º, II, e 179 as dívidas ativas de direito privado, isto é, as pretensões de direito privado cujos titulares são entidades esta-

tais, ou entidades por lei especial a elas equiparadas. Quanto às dívidas de direito público não-fiscais, não há legislação especial que pudesse ser invocada, de modo que incide o Código Civil, arts. 178, § 7.º, II e 179.

.....

Seja como for, é o Código Civil que se há de aplicar em tudo que escapa ao conceito de fisealidade". (obra citada, VI, § 705, n. 2, págs. 326 e 327; grifou-se)

Ora, com esse mote, conquanto não se dirija especificamente ao direito administrativo-disciplinar, reencontramo-nos com a lição francesa do grande penalista e, considerando ser hoje a prescritibilidade o princípio dominante, o que nos impele em direção de norma supletiva nas hipóteses de omissão da lei especial, entendemos se deva recorrer ao art. 179 do Código Civil Brasileiro, que, combinado com o art. 177 ao qual remete, nos conduz, por exclusão, ao prazo prescricional vintenário das ações pessoais.

Nesse sentido igualmente o pensamento de CIRNE LIMA quando, referindo-se expressamente à prescrição, remete ao Direito Civil como fundo comum ("in O Código Civil e o Direito Administrativo, Livraria Sulina, P. Alegre, 1960, § 7.º, págs. 46; grifou-se).

Mais expreso, no mesmo sentido, citando CARPENTER:

"... concluímos que a prescrição de trinta anos é, também, a prescrição ordinária vigente no direito administrativo... Hoje, o prazo da prescrição ordinária é de vinte anos". (CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, Livraria Sulina, P. Alegre, 4a. ed., 1964, pag. 99, n. 3)

Temos, pois, como conclusão parcial, que a pretensão punitiva estatal, nos termos da cabeça do art. 224 da Lei Estadual RS n.º... 1.751/52, combinados com os do art. 177 do Código Civil Brasileiro, prescreve em três, seis, nove, doze e quinze meses conforme se refira,

respectivamente, a faltas puníveis com advertência, repreensão, multa, repreensão e multa e suspensão, e, em vinte anos, quando se refira a falta punível com pena de demissão simples ou qualificada.

7. Outro aspecto, relevante para bem entender o alcance da cabeça do art. 224 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52, diz respeito à circunstância de esse texto não distinguir a prescrição da pretensão persecutória da que se refere especificamente à execução da pena.

Inexistindo especificação na lei e não havendo norma segundo a qual sejam imprescritíveis, quanto à execução, as penalidades administrativas depois de decretadas, só nos resta entender, partindo de que a imprescritibilidade é exceção só admissível quando expressa, que a regra do art. 224 em tela fixa prazos prescricionais, necessariamente complementares pela lei civil quanto às penalidades de que resultem penas expulsivas, sempre e todos prazos, porém, abrangentes tanto da fase persecutória da infração quanto da execução da penalidade correspondente.

Assim sendo, é de entender-se que o processo administrativo-disciplinar, só legal e constitucionalmente necessário (Lei Estadual RS n.º 1.751/52, art. 226; Constituição Federal, art. 105) quando se trata de aplicar penalidade expulsiva, e a execução da pena ou, pelo menos, o início de sua execução quando esta for continuada — suspensão — devem, sob pena de caducidade, verificar-se dentro da fluência ou antes do término do prazo prescricional específico.

Se o inquérito é surpreendido pela prescrição durante seu curso, outra atitude não cabe senão seu arquivamento. Nenhuma anotação pode ser feita no assentamento individual do funcionário indiciado, que se haverá de reputar inocente, porquanto não houve acerto tempestivo de sua eventual culpa.

Se o inquérito chega a terminar concluindo pela existência de infração funcional, mas a prescrição se verifica antes da aplicação da penalidade correspondente, esta terá caducado, sem prejuízo, porém, da anotação da falta cometida nos assentamentos individuais do

funcionário, conforme determina o art. 222 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52, seguida de observação indicativa da não-aplicação da pena em razão da prescrição.

No caso de faltas funcionais para as quais se comina pena expulsiva, a decretação da pena, uma vez publicada, constitui sua execução ou, em outras palavras, sua aplicação. Se, por ignorância ou negligência, o funcionário demitido continuar prestando serviço não poderá, evidentemente, invocar prazos prescricionais para tornar inexecutível a pena a que foi condenado. Poderá, se de boa-fé, haver remuneração como servidor de fato. Nada mais.

Cuida-se ainda de que, no âmbito da cabeça do art. 224 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52 não há, como existe no âmbito da lei penal, **suspensão** ou **interrupção** dos prazos prescricionais. Ao contrário, o art. 197 da mesma lei, ao dispor sobre os pedidos de reconsideração e os recursos, dispõe expressamente que ditas medidas procedimentais não têm efeito suspensivo.

8. Quando se analisa o § 1.º do mesmo art. 224 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52, verifica-se que adota técnica nitidamente diversa da empregada na cabeça do mesmo artigo. Aqui a norma estatutária remete à norma penal, dispondo regular-se por esta a prescrição sempre que as "... faltas constituírem também crime ou contravenção..."

Cuide-se ser bem diversa a técnica empregada, no dispositivo de lei estadual ora em exame, da que se empregou no seu correspondente a nível estatutário da União, o parágrafo único do art. 213 da Lei Federal n.º 1.711/52, anteriormente transcrito.

A norma federal vincula inteiramente, em matéria prescricional, a sorte da falta funcional com a sorte, concretamente considerada, do crime — apenas do crime — correspondente ao mesmo pressuposto fáctico. Nessa hipótese, a prescrição administrativo-disciplinar correrá, vencer-se-á, suspender-se-á, interromper-se-á exatamente ao mesmo compasso do crime que também for. Não se fala em contravenção.

Já a norma estadual remete abstratamente às regras penais sobre prescrição sempre que a falta funcional constitua também crime ou contravenção.

Como se haverá de entender essa norma?

Trata-se evidentemente de uma norma de remissão.

É claro que a norma administrativa não está a declinar da competência dos órgãos exercentes do contencioso administrativo-disciplinar para apreciarem os fatos e determinarem a responsabilidade eventual do agente. Isso equivaleria a abdicar da autonomia do próprio direito administrativo-disciplinar em matéria prescricional.

Evidentemente, a decisão judicial que rotule determinada ação ou omissão como crime ou contravenção, imputável a alguém que seja funcionário, vinculará, pela hierarquia própria do ato decisório considerado, a apreciação dos mesmos fatos no âmbito do contencioso administrativo. O mesmo se diga quando a decisão judicial disser que o fato não existiu ou não é imputável a quem de início se pensara ser seu autor.

Antes de eventual decisão judicial, porém, a situação é diversa. Veja-se bem que o § 1.º do art. 224, ora em exame, não remete à decisão do juízo criminal; remete abstratamente à norma penal, cujo conteúdo passa, de certa forma, a ser o da norma administrativa.

Tudo se passa como se a norma administrativa, na hipótese de os fatos constitutivos da infração disciplinar também corresponderem à descrição legal tipificada de algum crime ou contravenção, reproduzisse como suas as regras penais sobre prescrição.

Desnecessário se conclua a rotulação do fato e o acertamento de culpa no âmbito penal por sentença. Desnecessária mesmo qualquer medida no campo penal.

Poder-se-á discutir, em hipótese concreta, a correspondência ou não, da falta considerada, a crime ou contravenção. Mas, na instância administrativa-disciplinar, com vistas à aplicação de norma administrativa, cujo conteúdo é dado, por remissão, pela norma penal.

Só a decisão judicial será, como se viu, vinculativa para o contencioso administrativo-disciplinar.

Mas, mesmo a análise da correspondência com as figuras criminais, que entendemos se possa fazer na instância administrativa, será simplesmente **objetiva**. Por certo não se pretenderá fazer da instância administrativa uma sessão de pré-estrela da instância penal, adentrando o agente do contencioso em apreciações do elemento subjetivo como se fosse magistrado. Cuidar-se-á, apenas, de analisar se os fatos da infração disciplinar, objetivamente considerados, também se enquadrariam no tipo legal de algum crime ou contravenção. Nada impede, mesmo que essa correspondência exista e, portanto, a prescrição se regule nos termos da lei penal, que a apreciação **administrativa** de fatos, circunstâncias e mesmo do elemento subjetivo aconselhe ao não-acionamento, pela administração, da sistemática repressiva penal. Se razões houver, a mostrarem, por exemplo, que evidentemente não houve dolo, fica a administração evidentemente liberada daquela obrigação. Sem que isso, porém, afete a correspondência **objetiva** dos fatos a fazer incidir o § 1.º do art. 224 do Estatuto e, conseqüentemente, o **conteúdo** das disposições penais sobre prescrição.

9. Noutra passagem, registramos que esta Consultoria-Geral já entendeu interpretar o § 1.º do art. 224 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52 em termos de acessoriedade em face da cabeça do mesmo artigo, para concluir, com base na idéia até então dominante de que as penas expulsivas, por não conumeradas no topo do artigo seriam imprescritíveis, pela extensão dessa imprescritibilidade ao parágrafo, que ficaria conseqüentemente diminuído na sua abrangência.

Entendiam-se, assim, imprescritíveis todas as penas expulsivas, mesmo as que também constituíssem crime ou contravenção.

Nosso entendimento a propósito é diverso.

Já dissemos, no que concerne à cabeça do artigo, não mais se pode deduzir a imprescritibilidade das penas expulsivas em face da omissão da norma estatutária, isto é, da lei especial. Esta talvez pudesse, por disposição expressa, estipular a imprescritibilidade de qualquer ou de todas as infrações disciplinares. Mas de seu silêncio não há como entender adotada a imprescritibilidade. Impõe-se, isto sim, como se viu, buscar no fundo comum, na lei geral, que é, sem dúvida, a lei civil, a solução apta a preencher a lacuna da lei especial.

De qualquer forma, porém, mesmo se não entenda assim e se considerem imprescritíveis as penas expulsivas omitidas no elenco da cabeça do dispositivo legal em exame, a indiscutível acessoriedade que necessariamente subordina o alcance de qualquer parágrafo à amplitude do topo do artigo a que pertença, não levaria a entender igualmente imprescritíveis as penas expulsivas que também configurassem crime ou contravenção.

Isso porque o tema chave do art. 224 da Lei Estadual RS n.º 1.751/52 não é o elenco das penas e, sim, a **regulação da prescrição** como um todo. Cuide-se que, em todo o contexto do Estatuto, é o único dispositivo que versa prescrição de pretensões punitivas estatais em matéria administrativo-disciplinar.

Assim sendo, seja qual for o entendimento atribuído à cabeça do artigo em tela, prescrevem nos termos da lei penal as penas expulsivas que também configurem crime ou contravenção

O entendimento que adotamos, porém, é o de que as penas expulsivas que não configurem crime ou contravenção prescrevem nos termos da lei civil (20 anos), enquanto as que também constituem crime ou contravenção prescrevem nos termos da lei penal.

Esse entendimento, além de nos parecer mais compatível com a melhor técnica jurídica, permite superar, ou, quando menos, minimizar o paradoxo mencionado, no início do parecer, de prescreverem penas presumivelmente correspondentes a faltas mais graves, enquanto outras, correspondentes a faltas presumivelmente menos graves, ficam relegadas à imprescrição.

10. Outra questão ainda, expressamente proposta na consulta é a de saber qual o superior hierárquico cujo conhecimento da falta determina o início da contagem do prazo prescricional da respectiva pretensão punitiva; se apenas os enumerados no art. 220 do Estatuto ou se qualquer superior hierárquico tomado na acepção comum do termo.

Os prazos prescricionais, sendo de certa forma a contrapartida da inércia, vinculam-se fortemente ao momento da ciência pelo titular da pretensão, no caso punitivo, da existência da falta disciplinar.

Ora, o Estado e, mais particularizadamente sua estrutura administrativa é uma **realidade orgânica**, na qual funções e poderes, e consequentemente responsabilidades, distribuem-se pelos diversos escalões, de baixo para cima, em certo sentido na razão inversa do volume e direta da importância. Careceria, assim, de sentido exigir-se, para considerar ciente o Estado da falta funcional cometida por qualquer servidor, que o conhecimento dessa falta tivesse tido sede num Coordenador, num Supervisor, num Secretário de Estado ou no Governador.

Parece-nos mais consentâneo com a organicidade da estrutura administrativa do Estado e com as melhores indicações de boa execução tomar no **sentido comum** e, pois, **amplo** a expressão "superior hierárquico" referida no § 2.º do art. 224 do Estatuto.

Ocorre-nos, sempre na mesma linha, ser muito mais lógico associar aquela expressão ao conteúdo dos arts. 201, VI e, especialmente, 225, em lugar de restringi-la ao elenco do art. 220, todos da Lei Estadual RS n.º 1.751/52.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de setembro de 1977.

VENCIMENTOS DO FUNCIONÁRIO READAPTADO

JOSÉ QUADROS PIRES
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3558

Manutenção do nível remuneracional do cargo de origem.

Garantia que acompanha a vida funcional futura.

Funcionário público efetivo, lotado na Secretaria da Administração, foi READAPTADO, através de Boletim n.º 535/70, do cargo de Técnico de Inspeção, padrão 8, para o cargo de Auxiliar de Administração, padrão 7, sendo-lhe assegurados vencimentos correspondentes ao padrão 8.

Recebeu vencimentos correspondentes a este padrão até o mês de abril de 1976, exclusive, quando, então, passou a receber vencimentos correspondentes ao padrão 7.

Tal deliberação foi tomada pelo Tesouro do Estado com base no Parecer CGE n.º 2649, de 2 de outubro de 1974, de autoria do Consultor Jurídico ALMIRO DO COUTO E SILVA.

Inconformado, o interessado requereu o restabelecimento do pagamento com base no padrão 8, desde a data do rebaixamento.

Como subsídio, anexou ao requerimento cópia da decisão proferida pela 2a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, na Apelação Cível n.º 26.681, por tratar-se de caso análogo ao seu.

Face à diversidade de soluções dadas pelo Parecer n.º 2649 e pela Câmara Cível citada, vem o processo para manifestação desta Consultoria-Geral.

É o relatório.

2. Com efeito, segundo o Parecer n.º 2649, baseado em entendimento exposto no Parecer n.º 6671, do extinto Conselho do Serviço Público, depois de lembrar que a "readaptação" é forma de provimento de cargo público (art. 10 da Lei n.º 1.751), a não-redução dos estímulos do funcionário readaptado é assegurada apenas no momento da readaptação.

Uma vez ocorrida a readaptação do funcionário em outro cargo, ocorre, igualmente, a desvinculação do cargo exercido anteriormente. Desse modo, não acompanhará, no futuro, as alterações de ordem pecuniária que o antigo cargo venha a sofrer.

Assim diz o mencionado Parecer:

"Todavia, não se pode esquecer que a readaptação é forma de provimento de cargo público (Estatuto, art. 10, VIII). Por ela, portanto, desvincula-se o funcionário do cargo anterior, deixando de exercer as atribuições que constituem seu conteúdo ocupacional e passa a exercer novo cargo. Como, entretanto, não pode ele sofrer diminuição em seus estímulos, assegura-lhe a lei que perceba a diferença entre as vantagens pecuniárias a que fazia jus no cargo anterior e as atribuídas ao cargo em que foi readaptado, quando estas tiverem valor inferior ao daquelas. Seria em realidade um contra-senso que o funcionário provido em um cargo ficasse ligado subjetivamente a outro, percebendo indefinidamente as vantagens que a este fossem pela lei deferidas. A readaptação corta definitivamente a vinculação com o cargo anterior. Apenas, para que

o funcionário não fique prejudicado patrimonialmente, o Estatuto contém regra protetiva de seus interesses, determinando que ele não sofra diminuição em suas vantagens. É elaro, porém, que as modificações que daí para o futuro se operarem nessas vantagens não o alcançarão mais, pois ele já está provido em outro cargo, o qual poderá ser tratado, sob este aspecto, de modo diferente e com valores também distintos. Ao consumir-se a readaptação, o funcionário passa a acompanhar o destino do cargo em que foi readaptado. Não era outro, aliás, o entendimento adotado no Estado, como se vê desse tópico do Parecer n.º 6671, do extinto Conselho do Serviço Público:

"Mais ainda, a readaptação implica em novo provimento, o qual é definitivo. É de se concluir, pois, que uma vez readaptado em outro cargo o servidor desvincula-se completamente do cargo que exercia anteriormente, não mais acompanhando, no futuro, oscilações que se processarem no tratamento pecuniário do mesmo". (in Parecer CGE n.º 2649, fls. 4/5)

3. Coincidentemente, o entendimento oposto, consubstanciado na decisão trazida pelo interessado, proferida pela 2a. Câmara Cível, ao examinar a Apelação n.º 26.681, refere-se ao mesmo caso que ensejou o Parecer n.º 2649.

Conforme essa decisão, de setembro último, o art. 48 da Lei n.º 1.751 assegura ao funcionário readaptado direito aos vencimentos do cargo anterior, não só na ocasião da readaptação, como também no futuro.

Para melhor entendimento, transcrevemos aqui alguns tópicos da referida decisão:

"Entendeu o juiz, "data venia" do citado parecer, que a norma legal expressa um direito, também futuro e não apenas instantâneo; ao estabelecer que realizando-se a readaptação

em cargo de padrão inferior, ficará assegurado ao funcionário o vencimento correspondente ao lugar de que for afastado”.

O funcionário investido no cargo público não pode perder o “status” que lhe corresponde, a não ser nos casos expressamente previstos em lei e com observância de determinadas formalidades.

A posição do Estado importaria em considerar meramente simbólica a norma do art. 48, §2.º, da Lei n.º 1.751, posto que o direito aos vencimentos do cargo de que foi afastado seria transitório, modificável com o tempo. Não se nega que a readaptação desvincula o servidor de um cargo para aproveitá-lo noutro, mas, como figura “sui generis”, mantém, todavia, um vínculo, quanto à remuneração, com o cargo anterior, conforme reconhece o citado parecer ao dizer “que o funcionário readaptado não pode passar a ganhar menos do que ganhava na antiga posição”. (tópicos do relatório, fls. 6/7-CGE)

Quanto ao aspecto substancial dos recursos, tenho que a sentença apreciou com correção. Efetivamente, estabelecendo a lei que o funcionário readaptado tem direito à diferença da remuneração em relação ao cargo do qual era inicialmente titular, parece lógico que essa diferença acompanhe o funcionário nas posteriores alterações dos níveis de remuneração.

Não foi intenção do legislador estabelecer que esse valor devesse ser aferido exclusivamente no momento da readaptação. Os termos da lei, como se viu do relatório e da leitura da sentença, são bem explícitos, mostrando que essas variações acompanham a vida do funcionário, porque, na realidade, ele é um funcionário readaptado e a readaptação supõe a atuali-

zação da remuneração, tendo como padrão os níveis do cargo inicialmente titulado. (manifestação do relator, Des. EMÍLIO A. M. GISCHKOW, fls. 10/11-CGE)

Não é jurídica a tese do Estado de que a garantia desse artigo somente vale para o momento da readaptação, perdendo o servidor, daí para o futuro, direito às modificações que se operarem nas vantagens do cargo originário, porque já estaria provido em outro cargo. Está certo o julgador quando a isso responde com o argumento de que o funcionário investido no cargo público não pode perder o “status” que lhe corresponde a não ser nos casos expressos em lei e com observância de determinadas formalidades. Ainda que assim não fosse, é certo, porém, que a lei quis garantir ao servidor readaptado em novo cargo o vencimento que percebia no cargo de origem, sem fazer a restrição de que o vencimento é o atual e não acompanha as variações que houverem após a readaptação”. (manifestação do Des. LADISLAU F. RÖHNELT, fl. 13-CGE)

4. Trata-se, portanto, de saber se a não-redução de vencimento prevista no art. 48, § 2.º, da Lei n.º 1.751/52 é garantida apenas na oportunidade da readaptação, ou se tal garantia se prolonga para o futuro, permanecendo vinculada ao cargo anterior.

Readaptação, na lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,

“... é forma de provimento derivado, de aplicação restrita, pela qual o funcionário passa a ocupar cargo ou função que lhe seja mais compatível sob o ponto de vista físico, psíquico ou intelectual, atendido o interesse público.

Indubitavelmente, as conquistas da medicina, da psicologia e o estímulo que deve o Poder Público dar à educação, tornam razoável o instituto, desde que severamente limitado. As

leis estatutárias não costumam adotá-lo sob todas as suas formas, mas, em geral, para atender a imposições de saúde que não cheguem a motivar aposentadoria nem a concessão de licença para seu tratamento.” (in “Curso de Direito Administrativo”, pág. 230)

O problema da readaptação, diz THEMÍTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI,

“... corresponde à necessidade de atribuir ao funcionário uma atividade compatível com a sua capacidade física ou intelectual. Pressupõe, necessariamente, uma modificação em seu estado físico ou mental, que o torne incapaz de preencher a função que exerce...” (in “O Funcionário Público e o seu Estatuto”, ed. 1940, pág. 256)

NILO DAMASCENO FERREIRA, no Parecer n.º 2443-CGE, aprovado pelo Governador em 20 de novembro de 1973, depois de dizer que a readaptação é

“... ato de **poder-dever**, que, se, precipuamente, serve para tutelar o interesse do serviço público, representa, outrossim, garantia assegurada ao funcionário de preservação da função pública, não obstante se torne incapaz para o desempenho do cargo em que se acha investido”,

ênfatiza:

“O objetivo colimado abstratamente pela Lei com a norma do § 2.º do art. 48 do Estatuto reduz-se a evitar que o funcionário atingido por tal modalidade específica de aproveitamento sofra qualquer prejuízo patrimonial, pois, conduzido, por ato de conveniência da Administração, a cargo de menor avaliação, teria, à ausência da regra jurídica ali inserta, sua remuneração reduzida ao nível do padrão do cargo de destino, com repercussão danosa irreparável no seu orçamento particular”.

Trata-se, evidentemente, de disposição protetiva dos interesses do funcionário e tal proteção se dá a fim de compensar a redução da capacidade física ou intelectual e vocação do funcionário.

O funcionário readaptado, nos termos do Estatuto, necessariamente sofreu redução de sua capacidade primitiva e, normalmente, as causas determinantes dessa redução deixam conseqüências futuras que exigem redobrados cuidados médicos e farmacêuticos, acarretando considerável aumento de despesa para o funcionário.

Se a lei desejou proteger o funcionário que sofreu desgastes físicos ou mentais, parece mais justo, perquirindo o espírito da lei, que tal proteção se estenda também para o futuro.

Por outro lado, a Lei Federal n.º 3.780, de 12 de julho de 1960, que dispôs sobre a classificação dos cargos do serviço civil do poder executivo e que disciplinou a “readaptação” proveniente do desvio de função, visando essencialmente a atender os interesses da Administração, determinou, expressamente, no parágrafo único do art. 45:

“A readaptação não ACARRETARÁ redução de vencimentos”.

Sabe-se que o instituto da readaptação criado pela Lei n.º 3.780 é distinto do previsto no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado; aquele tem caráter transitório, eis que visa a regularizar situação de fato, de desvio funcional e este tem caráter permanente. Mas, pela redação do parágrafo acima, conclui-se que a regra destina-se também para o futuro, ainda que seja breve.

Se assim ocorre naquele tipo de “readaptação”, parece-nos que, com maior razão, no caso dos autos, face aos termos em que está redigido o § 2.º do art. 48, da Lei 1.751, “in verbis”:

“Realizando-se a readaptação em cargo de padrão inferior, FICARÁ assegurado ao funcionário o vencimento correspondente ao lugar de que for afastado”.

E face ao objetivo colimado pela "readaptação" prevista nesta Lei, qual seja, o de proteger os interesses do funcionário, deve-se dar interpretação mais benigna ao texto, visando, antes de mais nada, a favorecer o destinatário da norma, evitando que se avilte, com o passar do tempo, a remuneração que lhe é devida.

Para a concretização desse desiderato, impõe-se a extensão do disposto nesse parágrafo também para o futuro e não apenas na ocasião da readaptação.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 10 de maio de 1977.

LICENÇA-PRÊMIO NA ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE MAGISTÉRIO

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3643

Professor com dois cargos de magistério na vigência do Estatuto anterior.

Opção pelo regime de 44 horas semanais de trabalho num dos cargos e exoneração do outro (art. 159, III, da Lei n.º 6.672/74).

Cômputo do tempo de serviço no cargo de que se exonerou o membro do magistério com o prestado no cargo ora ocupado, para os efeitos de licença-prêmio, aposentadoria e disponibilidade.

Viabilidade jurídica condicionada à incoerência de simultaneidade na prestação de trabalho público em ambas as posições.

O art. 159, da Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974 (Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Estadual), contém normas pertinentes à transferência para o novo Quadro de Carreira de professores que, à época da edição desse diploma legal, acumulavam dois cargos no magistério público.

2. Ocorrendo a hipótese do inciso III do aludido artigo — garantia do regime de 44 horas semanais de trabalho ao professor que optou por um dos cargos —, a exoneração do outro, que é requisito necessário ao exercício em tal regime, resultará na possibilidade de contar o tempo para os efeitos do art. 118, parágrafo único, do mesmo ordenamento estatutário, ou seja, a incorporação, aos proventos, da gratificação por regime de trabalho.

3. Mas, como solucionar questão envolvendo professores na situação descrita, que pretendem gozar a licença-prêmio autorizada no cargo em que se exoneraram, uma das quais referente ao decênio 1956-1966, publicada no Boletim n.º 1524, de 29 de junho de 1976, do Diário Oficial?

4. O problema gera opiniões conflitantes entre a Assessoria Jurídica e a Equipe de Atos Diversos da Unidade de Registro Funcional da Secretaria da Administração, motivo por que o titular da Pasta, acolhendo sugestão do Supervisor do Complexo de Pessoal, solicita a audiência desta Consultoria-Geral.

5. A Constituição Rio-Grandense, em seu art. 105, prescreve que “o tempo de serviço público estadual será computado integralmente para todos os efeitos legais”, assegurando-se, de outra parte, no art. 99, ao funcionário público, “nos termos da legislação própria (...) licença-prêmio por decênio de serviço, a qual, não gozada, poderá ser computada em dobro, como tempo de serviço, para os efeitos previstos em lei”.

Já a Lei n.º 6.672/74, aplicável à espécie, dispõe:

“Art. 88 — Será concedida ao membro do Magistério licença-prêmio de seis meses, correspondente a cada período de dez anos de ininterrupto serviço público estadual, com todas as vantagens inerentes ao cargo”.

6. Os professores interessados, em virtude de exercerem dois cargos de magistério, e que optaram pelo regime de 44 horas semanais num dos cargos, exonerando-se do outro, acumulavam posições distintas, cujo início de atividade não era necessariamente coincidente.

7. Assim, era possível que, depois de estar investido em um cargo, viesse o mesmo professor a ocupar outro concomitantemente e em data posterior. Estabeleciam-se, deste modo, **duas linhas funcionais diferentes**, embora tituladas por uma só pessoa, e, em conseqüência, **com termos finais também diferentes**.

8. Com a opção decorrente do Plano de Carreira, ensejou-se a fusão num só cargo da dupla atividade desenvolvida pelo professor em situação de acúmulo, daí surgindo nuanças singulares acerca do aproveitamento do tempo de serviço então prestado pelo servidor em condições tais.

9. Dessa sorte, assegurou-se ao membro do magistério o cômputo do tempo de serviço correspondente ao cargo de que se exonerou, para os efeitos de incorporação da gratificação atribuída ao regime de 44 horas, conforme se vê no art. 159, III, combinado com o parágrafo único do art. 118, do respectivo Estatuto.

Contudo, para os efeitos de aposentadoria, disponibilidade e licença-prêmio, o tempo de serviço público estadual é **computado integralmente, desde que não seja concorrente**.

10. Portanto, se um professor iniciou atividade pública no Estado, a 1.º de julho de 1960, no cargo “A”, e a 1.º de setembro de 1965, no cargo “B”, ambos de magistério e acumuláveis, havendo agora optado pelo cargo “B”, por exemplo, assegurando-se com isso o regime de 44 horas (art. 159, III, da Lei n.º 6.672/74), poderá contar o tempo que medeia entre 1.º de julho de 1960 a 31 de agosto de 1965 para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, bem como somá-lo, para fins de licença-prêmio, se o mesmo, complementando o exercício no cargo “B”, perfizer o “período de dez anos de ininterrupto serviço público estadual”, a teor do art. 88 do aludido diploma legal.

11. Na espécie, trata-se de professores optantes que obtiveram a licença-prêmio deferida e não gozada em relação ao cargo no qual se exoneraram.

Por certo, a lei não lhes garante o gozo dessa vantagem. Porém, como se frisou acima, nada impede que o tempo de serviço ali prestado, desde que não concorrente, venha a ser adicionado ao do cargo que ora exercem.

O que não se permite é extrair mais de um efeito do mesmo tempo de serviço.

12. EM CONCLUSÃO, nada obsta que se considere o tempo prestado no cargo anterior, para que, integrando-se no do cargo ora ocupado, venha a perfazer o decênio indispensável ao gozo ou conversão em tempo dobrado de serviço a título de licença-prêmio. No entanto, a ocorrência da simultaneidade dessa prestação, como se disse, torna inviável juridicamente o cômputo do mencionado tempo para a predita vantagem, o mesmo sucedendo em relação à aposentadoria e disponibilidade.

Finalmente, cumpre à Administração examinar caso a caso, a fim de, verificando os matizes que cada um sempre apresenta, poder adequá-los ao espírito das prescrições constitucionais e legais que informam a questão.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 15 de agosto de 1977.

DESTINAÇÃO DA HERANÇA JACENTE

ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER
Consultor Jurídico do Estado
do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3593

Destinação de imóvel incorporado ao patrimônio do Estado como herança vacante.

Exegese do art. 3.º, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 8.207, de 22 de novembro de 1945.

A Senhora J.J.S.A., siria com permanência legal no país, viúva, doméstica, domiciliada em Porto Alegre, através de requerimento dirigido ao Senhor Governador, pede que o Estado renuncie à quarta parte do prédio residencial que se constituiu em herança jacente por morte do último dos herdeiros parentais de O.V.B.

2. A requerente informa que a casa em referência fora construída por seus pais, em terreno adquirido em 1913, à custa de ingentes sacrifícios. Falecidos estes, coube o bem à ora requerente e a sua irmã B., casada com O.V.B., pelo regime de comunhão universal. Falecido este último sem descendentes, sucedeu-lhe sua progenitora, Senhora A.V.B. Vindo também esta a falecer, e falecendo, ainda, a Senhora B., ficou, como herdeira, com direito a três quartas partes do imóvel, a requerente.

É o relatório.

3. Com a morte da Senhora A.V.B. desaparecia o derradeiro elo da corrente sucessória de uma quarta parte ideal da herança, dentro do amplo sentido fixado pelo Decreto-Lei n.º 9.461, de 15 de julho de 1946, que deu nova redação ao art. 1.612 do Código Civil.

Morta, outrossim, a Senhora B., sucedeu-lhe a requerente, cujo direito hereditário a intitularia, a partir de então, a três quartas partes do imóvel em questão. A parte restante, por vocação hereditária, volveria ao Estado.

4. Entretanto, para que o bem vago volte ao Estado, há de haver sentença que declare a vacância.

PONTES DE MIRANDA assim a conceitua:

“A sentença que proclama a vacância é sentença mandamental, em ação não ainda executiva, com a particularidade de conter reserva de se apresentarem no prazo legal os sucessores do morto. A cognição é incompleta e mantém-se incompleta até cair, com preclusão, a reserva” (*Tratado de Direito Privado*, tomo LV, 2a. edição, Borsoi, Rio, 1968, p.113).

5. Dispõe o parágrafo único do art. 1.593 do Código Civil que a declaração da vacância “não se fará senão um ano depois de concluído o inventário”. O prazo em tela, de direito processual, começa a fluir depois da última arrecadação de bens determinada pelo juiz, ou seja, após concluído o inventário.

6. Importa ter-se presente, contudo, que a herança arrecadada só passará ao domínio do Estado decorridos cinco anos da abertura da sucessão, a teor do art. 1.594 do Código Civil. Este é o prazo, de direito material, cujo termo final marca a preclusão da reserva face a eventuais pretendentes legítimos ao bem declarado vago.

7. O art. 1.593 do Código Civil discrimina os conceitos de **jacência** e **vacância**, *verbis*:

“Serão declarados vacantes os bens de herança jacente se, praticadas todas as diligências legais, não aparecem herdeiros”.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO esclarece que a jacência ocorre “quando não há herdeiro certo, ou quando não se sabe de sua existência”. A herança vacante, diz o mesmo autor, “é a que se devolve ao Estado, por se ter verificado não haver herdeiro” (*Direito das Sucessões*, Ed. Saraiva, 7a. edição, São Paulo, 1968, p. 56). Como observa JEFFERSON DAIBERT, “enquanto que a herança jacente tem caráter transitório, a herança vacante, fluído o prazo maior de 5 anos, incorpora-se definitivamente ao patrimônio do Estado” (*Direito das Sucessões*, 4a. ed., Forense, Rio, 1974, p.77).

PONTES DE MIRANDA, criticando a obsolescência das designações acima comentadas, diz que é “vacante o estado do que é vago, sem dono” (*op. cit.*, p. 110). Ora, o que tradicionalmente se diz **herança vacante**, vago na realidade não é. A alguém pertence. Apenas se ignora, de momento, quem é o beneficiado pela lei, ou pelo testamento.

Nosso sistema repele a concepção do Direito Romano, ainda presente nas Ordenações do Reino ao tempo do Brasil Colônia, segundo a qual a herança jazia sem dono, até que herdeiro a aceitasse. Desde a edição do Alvará de 9 de novembro de 1754, considera-se automaticamente transmitida a herança ao morrer o “de cujus” ou, para usarmos linguagem técnica de hoje, desde a abertura da sucessão (*op. cit.*, p. 16).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO declara que “o nosso direito positivo não reconhece personalidade jurídica à herança jacente. Pelo art. 1.572 do nosso Código Civil, aberta a sucessão, o domínio e posse da herança transmitem-se desde logo aos herdeiros, independentemente de qualquer ato destes, ainda que ignorem o fato do falecimento, ou sejam desconhecidos os sucessores (*etiam ignorans et invitus*)” (*op. cit.*, p.53).

Segundo o mesmo civilista, a herança jacente, longe de ser pessoa jurídica ou patrimônio autônomo, “não passa de uma massa de

bens, arrecadados por morte de seu autor, administrados sob a fiscalização da autoridade jurídica, até que se habilitem os herdeiros, até então incertos ou desconhecidos, ou até que se declare a respectiva vacância" (op. cit., p. 54).

8. Consoante dispõe o art. 1.594 do Código Civil, "decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Estado, ou ao Distrito Federal, se o "de cujus" tiver sido domiciliado nas respectivas circunscrições, ou se incorporarão ao domínio da União, se o domicílio tiver sido em território ainda não constituído em Estado".

Como se vê, no direito brasileiro, o Estado figura como herdeiro, e não na condição de titular do domínio eminente.

9. E aqui cabe a pergunta que interessa ao debate da questão sob exame:

Pode o Estado renunciar ao bem vago incorporado ao seu patrimônio, ou aliená-lo a título gratuito ou oneroso, ou onerá-lo?

A resposta implica na exegese do disposto no parágrafo único do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 8.207, de 22 de novembro de 1945, assim redigido:

"Adquirido o domínio dos bens arrecadados, a União, o Estado ou o Distrito Federal ficam obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário, e o Ministério Público respectivo velará por essa aplicação".

Do texto transcrito deduz-se que aos bens em referência, uma vez incorporados no patrimônio do Estado, há de ser dado destino específico, ou seja, deverão ser aplicados no desenvolvimento do ensino universitário.

VICTOR NUNES LEAL faz o seguinte comentário do mesmo dispositivo:

"É sabido que a matéria não é fundamentalmente de direito administrativo, mas de direito civil (sucessões).

Não obstante, tem o seu aspecto administrativo: de um lado, porque nas heranças jacentes pode a Fazenda Pública vir a recolher a herança; de outro, porque tanto a lei de 1939 como a de 1945, dão **destino específico à receita proveniente dos bens respectivos**" (grifei) (RDA, abril, 1946, p. 421).

10. Poder-se-ia objetar que, restabelecido o sistema federativo no Brasil a partir da Constituição de 1946, o disposto no parágrafo único do art. 3.º da Lei n.º 8.207/45 se teria tornado incompatível com o princípio da autonomia dos Estados, por invadir a competência destes de legislar sobre matéria administrativa.

A esta objeção, contudo, podemos responder que o alcance da discutida regra desborda dos estritos limites do Direito Administrativo, envolvendo, além de matéria de organização judiciária, matéria de direito civil.

Este entendimento coaduna-se com o do próprio autor citado, assim expresso:

"Em princípio, o destino dos bens arrecadados, uma vez que pertencem estes ao Estado (quando for o caso) compete ao Poder Legislativo estadual e não federal. Vemos, entretanto, no caso, uma aplicação típica dos poderes implícitos da União, não só quando dá destinação certa àqueles bens, como **quando impõe uma atribuição específica ao Ministério Público local, matéria de organização judiciária e, portanto, em princípio, também da competência do Legislativo federal**" (grifei) (op. cit., p. 427).

11. Caberia, evidentemente, ponderar que as observações acima transcritas foram conseqüentes com a Constituição Estado-Novista de 1937, então em vigor, não se aplicando, no todo, ao sistema vigente.

Eis que LUCIANO PEREIRA DA SILVA, Consultor-Geral da República, sustentou, em parecer lavrado em 1949, que “a aplicação do produto das alienações de imóveis provenientes de herança jacente, a partir da vigência da Constituição de 18 de setembro de 1946, não pode mais estar vinculada aos destinos que lhes davam os Decretos-Leis n.ºs 1.907, 2.859 e 8.207, por força do disposto no art. 73 da dita Constituição, que prescreve “a unidade orçamentária, incorporando-se à receita, obrigatoriamente, todas as rendas e suprimentos de fundos...”, norma constitucional que tira todo o interesse à discussão relativa ao destino a dar ao produto das vendas de imóveis incorporados ao patrimônio da União por via de herança jacente” (Rev. Forense, 1951, vol. 134, p.405).

O pronunciamento em tela, todavia, circunscreve estas observações, de modo restrito, aos casos em que a herança vacante volve ao patrimônio da União.

12. PONTES DE MIRANDA perfilha o entendimento de que está em pleno vigor o dispositivo em questão, mesmo no que respeita à União, *verbis*:

“O art. 3.º do Decreto-Lei n.º 8.207 não foi revogado pelo Decreto-lei n.º 9.461: “Adquirindo o domínio dos bens arrecadados, a União, o Estado, ou o Distrito Federal ficam obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário, e o Ministério Público respectivo velará por essa aplicação” (op. cit., p.107).

13. Como se trata de preceito que expressa desenganadamente o fim social de impedir abusos na aplicação de recursos provenientes de bens que, oriundos do patrimônio privado, voltam ao patrimônio público, a “ratio legis” que o justifica guarda atualidade e se ajusta aos interesses do Estado. Se reparos pudessem ser feitos quanto à sua aplicabilidade atual, por certo não teria merecido a chancela dos três civilistas acima citados.

14. Deverá o bem ser aplicado diretamente, através de rendimentos que porventura dele se possam extrair, ao desenvolvimento do ensino universitário de que cuida o Decreto-Lei n.º 8.207/45, ou poderá sê-lo o produto de sua venda? Poderá o Estado aliená-lo sem autorização legislativa?

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO responde:

“Devolvidos ao Estado, pode este aliená-los independentemente de autorização legislativa, uma vez que lei federal lhes atribui finalidade específica, o incremento do ensino universitário” (op. cit., p.61).

O texto legal que comentamos desautoriza a renúncia ao bem por essa forma incorporado ao patrimônio público, ou a sua doação, porquanto tal ato frustraria finalidade específica legalmente fixada.

A expressão “aliená-los”, empregada pelo autor no excerto acima transcrito, não significará certamente a sua alienação a título gratuito, nem a destinatário que lhe daria fins diversos aos acima referidos. Nada obsta, contudo, a que o bem seja alienado a título oneroso, desde que o produto de sua venda seja destinado ao incremento do ensino universitário. E, diz o mesmo autor, tal ato poderá ser praticado independentemente de autorização legislativa.

15. No caso nos defrontamos com parcelas ideais de imóvel indivisível, que de direito cabem ao Estado e à requerente, respectivamente, configurando condomínio incômodo para ambos os consortes, sobre ser de reduzido valor econômico a parte do primeiro.

Eis por que ao Estado convém a adjudicação do bem à requerente, mediante módica indenização, de conformidade com o disposto no art. 632 do Código Civil, ou a sua venda, exercendo a requerente o seu direito de preferência, de acordo com o referido dispositivo legal.

Outra alternativa seria requerer uma das partes interessadas a alienação judicial da coisa comum, cujo embasamento se encontra no art. 1117, item I, combinado com o art. 1118, item I, ambos do Código de Processo Civil.

16. O expediente não fornece elementos informativos a partir dos quais seja lícito admitir-se que o inventário tenha sido realizado e a vacância decretada. Declara a requerente que o último herdeiro

parental faleceu em 1970. Já transcorreu, destarte, o quinquênio necessário à incorporação da herança ao domínio do Estado, uma vez que para tal o prazo começa a fluir desde a abertura da sucessão.

Se, todavia, a vacância não foi decretada, deverá sê-lo, arrecadados os bens e, evidentemente, após a conclusão do inventário.

Então, só então, poderá o bem ser adjudicado à requerente, ou vendido, ou judicialmente alienado, respeitado o direito de preferência da requerente.

17. O produto da indenização, ou o preço, deverá receber a aplicação de que trata o Decreto-Lei n.º 8.207/45, vale dizer, há de ser destinado ao desenvolvimento do ensino universitário.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 13 de junho de 1977.

ALIENAÇÃO DE TERRAS PATRIMONIAIS DO ESTADO

CELSO MARTINS COSTA
Consultor Jurídico do Estado
do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3659

Alienação por concorrência pública.

Abrangência restritiva da Lei n.º 5.865, de 02 de dezembro de 1969.

1. A CEMAPA — CENTRAL DE COMANDOS MECANIZADOS DE APOIO À AGRICULTURA, por seu Superintendente e atendendo solicitação da Unidade de Terras Públicas e Núcleos Agrícolas, da Secretaria da Agricultura, consulta — sic “sobre a validade da proposta de alienação, por concorrência pública, de terras pertencentes ao Estado”, apresentada pelo Coordenador da referida Unidade de Terras Públicas e Núcleos Agrícolas.

A sugestão de venda, mediante licitação, está amplamente justificada no ofício de fls. 45 que, em resumo, informa o seguinte: O Estado é proprietário de várias glebas situadas nos municípios de Encruzilhada do Sul e Dom Feliciano incorporadas ao patrimônio estadual por mercê de decisões judiciais adjudicatórias, proferidas em processos de execução fiscal.

Último trabalho, dentre outros de grande relevo e importância, elaborado pelo eminente Consultor Jurídico Celso Martins Costa, falecido em 14 de outubro de 1977.

Ditos tratos de terra estariam sob a ocupação dos antigos proprietários e em nada teriam aproveitado, até agora, ao Estado, embora sua extensão seja apreciável, num total aproximado de 3.386 hectares.

É o relatório.

2. Do relatório ressalta, para logo, cuidar a espécie da alienação de bens imóveis patrimoniais do Estado. Esse pressuposto sugere, de imediato, que a validade das eventuais alienações estará, em princípio, na dependência de autorização legislativa e no processamento da competente licitação.

Entretanto, impõe-se referir que já existem atos legislativos emitidos antecipadamente, permitindo a alienação de terras patrimoniais estaduais.

Realmente, em 28 de setembro de 1964, foi promulgada a Lei n.º 4.781, cuja finalidade, tal como está expressamente sinalado nos seus artigos 1.º e 3.º, foi autorizar o Poder Executivo a alienar, em concorrência pública, “as glebas de terras incorporadas ao patrimônio do Estado, por dações em pagamento, adjudicações para pagamento de taxas e impostos em executivos fiscais ou arrecadadas pela Justiça, provenientes de heranças jacentes, situadas em qualquer ponto do território do Estado”.

Posteriormente, em 15 de julho de 1966, foi editada a Lei n.º 5.245, com o objetivo de autorizar o Poder Executivo “a alienar as áreas de terras incorporadas ao patrimônio do Estado, com a finalidade de amparar agricultores sem terras, sujeitos a serem desalojados por força de ações judiciais e situadas no território estadual”.

As duas referidas leis, ambas de natureza especial, passaram a conviver, sem revogação da mais nova pela mais antiga.

Enquanto a anterior possibilitava a alienação de terras patrimoniais adquiridas por dações em pagamento, adjudicações e outras for-

mas especialmente nela mencionadas, a segunda, a de 1966, autorizava, tão-só, a alienação de glebas incorporadas ao patrimônio do Estado, ou que viessem a ser adquiridas por compra e venda ou desapropriação, com a finalidade exclusiva de amparar agricultores ameaçados de despejo.

Entre os dois permissivos legais não houve conflito, circunstância que leva a concluir pela sua vigência simultânea e harmônica.

Mais tarde, em 02 de dezembro de 1969, foi decretada e sancionada a Lei n.º 5.865, cujo artigo 1.º assim dispôs textualmente — sic:

“É o Poder Executivo autorizado a alienar as glebas de terras incorporadas ao patrimônio do Estado, a qualquer título, com a finalidade principal de amparar agricultores sem terra ou com terra insuficiente para a subsistência própria e de sua família”.

3. Do exposto, resulta claro existirem três leis, autorizando genericamente o Poder Executivo Estadual a alienar terras patrimoniais, assim discriminadas:

- a) Lei n.º 4.781, de 28-09-1964
- b) Lei n.º 2.245, de 15-07-1966
- c) Lei n.º 5.865, de 02-12-1969

Os dois primeiros diplomas legais se referem a autorizações restritas aos fins consignados nos respectivos textos.

A última, a Lei n.º 5.865, porém, contém dispositivo amplo, aparentemente sem restrições.

Substancialmente, o conteúdo dessa triade legal é o mesmo — alienação de bens imóveis patrimoniais — circunstância que está a recomendar, como *prius* lógico, a interpretação das questionadas leis e a possível ocorrência de conflito intertemporal entre elas.

INTERPRETAÇÃO DA LEI N.º 4.781, DE 28 DE SETEMBRO DE 1964

4. A lei de que ora se trata (4.781) objetiva, diretamente, autorizar o Estado a alienar, **mediante concorrência**, bens imóveis patrimoniais, **incorporados** ao domínio público pelas formas antes já aludidas e expressamente consignadas no texto de seu artigo 1.º.

A autorização tem a sua eficácia condicionada, porém, à transferência dos imóveis "a agricultores que comprovadamente não possuem terras próprias ou sejam proprietários de áreas inferiores" a 25 hectares, quando destinadas à agricultura e 50 hectares, quando utilizadas para pastoreio, tal como está expresso nos artigos 3.º e 4.º.

O ponto crítico da interpretação do questionado diploma legal liga-se, segundo penso, ao alcance da expressão "**terras incorporadas ao patrimônio do Estado**", em ordem a esclarecer se a hipótese legal abrange tanto as terras já incorporadas até a data da entrada em vigor da lei, como as que, eventualmente, no futuro viessem a pertencer ao Estado.

Sendo certo, como é, que os bens públicos sofrem de inalienabilidade por regra, as exceções legais a tal restrição dominial só comportam interpretação restritiva.

Claro está, pois, que, ao permitir a alienação, a lei permissiva atuou com angústia, desautorizando qualquer exegese capaz de comprometer a regra geral da inalienabilidade.

Diante dessa premissa estou convicto de que a expressão sob exame (terras incorporadas ao patrimônio do Estado) restringe-se aos imóveis que, por dação em pagamento, adjudicação em executivos fiscais ou arrecadação judicial de heranças jacentes, já estivessem incorporadas ao patrimônio disponível estadual, à época da publicação da lei.

INTERPRETAÇÃO DA LEI N.º 5.245, DE 15 DE JULHO DE 1966.

Mais se robustece a certeza dessa convicção através do exame da Lei n.º 5.245.

Diversamente do que ocorreu com a anterior (4.781), a lei agora sob interpretação (5.245), estende, por forma expressa, a autorização de alienação aos imóveis **incorporados ao patrimônio do Estado, ou que venham a ser adquiridos**, por compras e desapropriações" (art. 1.º).

Há, pois, que distinguir nesta lei de 1966, duas situações:

- a) imóveis incorporados, independentemente da natureza da aquisição e
- b) imóveis a serem adquiridos por compras ou desapropriações.

Em qualquer circunstância, porém, as alienações autorizadas ao Executivo ficaram, igualmente, condicionadas ao interesse social de amparar os agricultores sem terras, ou com terras escassas.

O fato de que esta lei mais nova projetou os seus efeitos expressamente a situações futuras parece evidenciar que a omissão da anterior a esse respeito revela, precisamente, a diversidade de alcance de ambas.

Enquanto a mais antiga atingia, tão-só, os imóveis já incorporados ao patrimônio do Estado, a mais nova alcança, também, as incorporações futuras.

Ressalta, para logo, haver perfeita identidade objetiva e teleológica entre os dois questionados diplomas legais, embora a lei mais atual (5.245) encerre maior abrangência eficaz.

Ambas, substancialmente, cuidam da distribuição onerosa de terras patrimoniais do Estado a agricultores desvalidos.

Porém, enquanto a Lei n.º 4.781 determinava a realização de concorrência pública como condição das eventuais alienações, a outra, a de n.º 5.245, é omissa a respeito, admitindo, ao que tudo indica, a venda direta aos interessados, com ressalva, apenas, do sistema de preferências que ela própria preconiza.

Em face da referida identidade substancial e fundamental entre as duas questionadas leis, ambas da mesma hierarquia legislativa horizontal, e em razão da regra de aplicação intertemporal contida no artigo 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, inclino-me pela conclusão de que a Lei n.º 5.245, mais nova, revogou a de n.º 4.781, mais antiga.

INTERPRETAÇÃO DA LEI N.º 5.865, DE 02 DE DEZEMBRO DE 1969.

6. Superado o conflito vital entre os anteriores diplomas legais, impõe-se, agora, o exame do encontro entre a Lei n.º 5.245/66 e a Lei n.º 5.865, mais recente, editada em dezembro de 1969.

Assim preconiza o artigo 1.º deste último diploma legal — sic:

“Art. 1.º — É o Poder Executivo autorizado a alienar as glebas de terra incorporadas ao patrimônio do Estado, a qualquer título, com a finalidade principal de amparar agricultores sem terra ou com terra insuficiente para a subsistência própria e de sua família”.

Tanto quanto a precedente, de 1966, a lei sob exame também não trata da realização prévia de concorrência pública para a transferência das terras de que cogita.

Embora a lei anterior se referisse, expressamente, a **incorporações futuras**, esta cuida, tão-só, de incorporações já consumadas a qualquer título.

Uma e outra objetivam, fundamentalmente, a distribuição de terras a agricultores carentes.

Mais do que similitude, existe, segundo me parece, autêntica identidade de matérias entre as duas leis, embora, como é lógico, uma não seja a reprodução copiógráfica da outra.

Em razão disso, estou convencido de que, também neste caso, encontra aplicação perfeita a citada regra do artigo 2.º, § 1.º, da já mencionada Lei de Introdução ao Código Civil, cujo texto é o seguinte — sic:

“Art. 2.º — Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1.º — A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

De tal sorte, entendo que a lei n.º 5.865, ora sob análise, absorveu inteiramente a matéria da lei anterior, de n.º 5.245, determinando, assim, a sua revogação.

APLICAÇÃO DA LEI N.º 5.865, DE 02 DE DEZEMBRO DE 1969

7. De tudo quanto foi exposto, parece certo que, dos três diplomas legais questionados, vige, atualmente, a Lei n.º 5.865, de 1969, cuja área eficaz abrange os bens patrimoniais do Estado, independentemente do seu **modus acquirendi**, incorporados ao domínio público estadual até a data da sua entrada em vigor.

De tal sorte, o Poder Executivo está efetiva e previamente autorizado a alienar aqueles seus bens patrimoniais, desde que a respectiva transferência de domínio vise aos fins da lei permissiva que, *ultima ratio*, pretende favorecer a agricultores desabonados.

8. Acontece, porém, que a indiscriminação das formas de aquisição dos questionados bens pelo Estado, a amplitude do preceito legal, a esse respeito, leva, seguramente, à conclusão de que a autorização deferida abarca, também, os imóveis incorporados por desapropriação.

Entre nós, como é sabido, a expropriação só pode ser realizada ou por utilidade pública, ou por interesse social.

Em qualquer das duas modalidades, todavia, a sua fundamentação obedece à casuística legal — em que pesem as opiniões em contrário — cuja expressão formal se encontra, respectivamente, no artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941 e 2.º, da Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962.

Não existe qualquer identidade ou similitude entre as hipóteses de utilidade pública do mencionado artigo 5.º e a distribuição de terras a agricultores necessitados, preconizadas pela Lei n.º 5.865.

Dessa sorte, a autorização contida neste último diploma legal, permitindo ao Poder Executivo a venda de terrenos patrimoniais desapropriados a agricultores sem terra, é absolutamente ineficaz. Se, acaso, ocorresse uma tal alienação seria ela ilegal e configuraria, com toda a certeza, um típico caso de predestinação proibida, eis que, sem dúvida, inexistiria qualquer compatibilidade entre a causa da desapropriação e o objetivo da venda do imóvel.

De outra parte, a questionada distribuição de terras a agricultores carentes também não se ajusta à casuística das hipóteses de interesse social, indicadas no citado artigo 2.º, da Lei n.º 4.132.

Embora não se negue ao Estado-Membro a faculdade legal de desapropriar por interesse social, a verdade é que não lhe cabe o direito de desapropriar para atender reforma agrária.

Esse poder é privativo da União, por força de preceito constitucional.

Em resumo, não há, na casuística da desapropriação, seja por utilidade pública ou seja por interesse social, nenhum caso que legitime a venda de terras desapropriadas pelo Estado, para os fins previstos na Lei n.º 5.865.

A legitimidade da desapropriação está ligada à sua prévia destinação, a qual de resto vincula-se a *numerus clausus*.

Cuido, por conseguinte, que a autorização da Lei n.º 5.865 não se aplica, nem pode aplicar-se, à venda de terrenos desapropriados.

EXAME DA LEGITIMIDADE DA AUTORIZAÇÃO CONTIDA NA LEI N.º 5.865

9. Delimitado o campo de aplicação da Lei n.º 5.865 à alienação dos imóveis do domínio patrimonial, incorporados até o termo inicial de sua eficácia, excluídos os casos de incorporação por expropriação, cumpre examinar, agora, a legitimidade da autorização legal, tendo em vista a sua natureza geral.

Poder-se-ia, talvez, supor que aquela generalidade, pré-estabelecida, seria de natureza a contrariar o princípio federal da inalienabilidade dos bens públicos, abrangente, também, dos patrimoniais.

É que o Código Civil, no artigo 67, decreta a inapelável inalienabilidade dos bens públicos, inclusive estaduais, nestes termos — *sic*:

“Art. 67 — Os bens de que trata o art. antecedente só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar, nos casos e formas que a lei prescrever”.

A inalienabilidade dos bens públicos, qualidade estabelecida por lei federal, como princípio geral, não pode, com essa conotação, ser simplesmente extinta por via de lei estadual, de hierarquia vertical inferior.

De outro lado, há que distinguir a essência daquela limitação (inalienabilidade) que, com toda a certeza, não é a mesma para todos os bens públicos.

A inalienabilidade dos bens de uso comum e de uso especial configura autêntica e própria limitação ao domínio público daqueles bens.

Explico-me melhor: nas hipóteses de que se trata, o conteúdo do domínio carece do poder de disponibilidade, em consequência da afetação do bem.

Diversamente, porém, acontece com os patrimoniais, em que não há limitação em sentido próprio, mas mera restrição ao exercício daquele poder de disponibilidade, pela circunstância de ser o Poder Executivo mero administrador do patrimônio, no caso, do Estado. Por isso mesmo, com relação aos bens patrimoniais, basta a simples autorização do Legislativo, para que, em concreto, desapareça a inalienabilidade.

Com relação aos bens afetados será preciso, antes de tudo, desafetá-los, situando-os, com isso, entre a categoria dos patrimoniais. No que tange a estes, porém, basta a autorização de alienação que equivale à concessão do exercício do poder de disponibilidade, insito ao próprio domínio (por direito de propriedade, como diria PONTES DE MIRANDA).

10. Anotadas essas observações preliminares, cumpre, por fim, examinar a legitimidade da autorização contida na Lei n.º 5.865.

Refere-se aquele ato legislativo a uma parcela certa de bens patrimoniais do Estado, quais sejam, os que até a data da lei, integravam o seu patrimônio fiscal.

Parece claro que essa autorização — autêntico mandato conferido ao Poder Executivo — não fere o princípio geral da inalienabilidade, estabelecido no Código Civil.

Mas, unicamente, permite o exercício da disponibilidade insita ao conteúdo do domínio do Estado sobre aqueles bens.

Em poucas palavras: confere ao Administrador daqueles bens o poder de representar o Estado, também, no exercício da disponibilidade sobre os mesmos.

A Lei n.º 5.865, realmente, embora abrangendo vários bens, não afrontou a regra geral da inalienabilidade.

Em princípio, pois, parece-me legítima a autorização contida no questionado ato legislativo.

Impende referir, porém, que o produto da eventual alienação dos bens adquiridos por arrecadação de herança jacente deve cingir-se às diretrizes da legislação especial própria.

VENDA INDEPENDENTE DE LICITAÇÃO

11. Outro problema que merece apreciação é o relacionado com a circunstância de que a Lei n.º 5.865, embora cuide de certas preferências para a venda dos discutidos imóveis, é omissa sobre a realização de licitação como requisito prévio dos eventuais negócios de alienação.

A Lei Federal n.º 5.465, de 20 de junho de 1968, dispõe, textualmente, no artigo 1.º — sic:

“Art. 1.º — Aplicam-se aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações para compras, serviços e alienações previstos nos artigos 125 a 144 do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta lei”.

Em princípio, por consequência, as alienações, inclusive de imóveis, devem ser precedidas de procedimento licitatório, entre os quais a lei inclui, no particular, o leilão.

Parece certo, todavia, que semelhante regra geral não tem caráter absoluto, eis que o próprio artigo 143, do Decreto-Lei n.º 200, incorporado pela citada Lei n.º 5.465, dispõe expressamente — sic:

“Art. 143 — As disposições deste título aplicam-se, no que couber, às alienações, admitindo-se o leilão, neste caso, entre as modalidades de licitação”.

De tal sorte, haverá, por certo, casos de alienação de imóvel em que a licitação será incabível.

Imagine-se, por exemplo, um negócio de troca de terrenos.

Suponha-se que haja interesse do Estado em adquirir o terreno A, mediante troca com o terreno B.

Evidentemente, nessa hipótese, será incabível a licitação.

A causa do descabimento do processo licitatório poderá ser outra, que não o escambo, como v. g., a solução de determinado interesse social, como ocorre, aliás, através da diretriz do Decreto-Lei n.º 9.760, que, ao dispor sobre terrenos ocupados, admite o princípio excepcional da alienação direta, tal como se percebe dos preceitos contidos nos seus artigos 159 e seguintes.

Do exposto, devo concluir que o princípio licitatório não tem caráter absoluto no que se refere aos negócios de alienação, notadamente de imóveis. Adotado aquele princípio, porém, não será necessário que o seu procedimento se atrele indissoluvelmente aos modelos e fórmulas do Decreto-Lei n.º 200.

Apenas no que couber — de acordo com o juízo da autoridade alienante — devem ser adotadas as modalidades da lei da Reforma Administrativa.

12. Fixadas as premissas de que em alguns casos de alienação não cabe licitação e que em outros o procedimento licitatório não precisa, necessariamente, ser idêntico às modalidades do Decreto-Lei n.º 200, parece recomendável dizer o que, em substância, se deve entender por licitação.

Numa expressão sintética e do ponto de vista do direito administrativo, a licitação se resume na *invitatio ad offerendum*.

É a provocação a propostas. Semelhante provocação pode ter âmbito extenso ou restrito.

Tudo dependerá, precisamente, da finalidade do negócio complexo, iniciado com o procedimento licitatório.

Assim, por exemplo, se o tal objetivo for resolver a situação dominial de ocupantes de terras públicas, a licitação poderá limitar-se àqueles ocupantes.

Aliás, o próprio Decreto n.º 20.568, de 25 de setembro de 1970, regulamentador da discutida Lei n.º 5.865, de 02 de dezembro de 1969, recomenda a realização de concorrência pública apenas para a alienação de terras sem condições técnico-econômicas para a implantação de núcleos de colonização.

Eis o que, a propósito, prescreve o artigo 21 do referido Decreto, sic:

“Art. 21 — As áreas pertencentes ao Estado que não tenham condições técnico-econômicas para a implantação de núcleos de colonização, nos moldes previstos no presente decreto, poderão ser vendidas, em sua totalidade ou parceladamente, em concorrência pública, na conformidade das disposições em vigor”.

Embora a Lei n.º 5.865 seja omissa a respeito da realização obrigatória de licitação das terras de que se trata, e que o seu decreto

regulamentador só se refira ao procedimento licitatório para os casos referidos no artigo 21, acima transcrito, parece-me que a discutida lei não infirma a diretriz geral da legislação superior.

É que a Lei n.º 5.865 tem caráter especial e restrito apenas à autorização de alienação de uma parte limitada de bens patrimoniais do Estado.

Vale dizer, a lei, considerando a situação peculiar de certos imóveis do domínio patrimonial do Estado, limita-se a autorizar o Executivo da forma mais conveniente ao interesse social.

Não houve assim afronta ao princípio geral da licitação, mas, tão-só, a criação de possibilidade excepcional àquele princípio.

No caso particular dos bens abrangidos pela permissão da Lei n.º 5.865, o Executivo terá, sem dúvida, a faculdade de discernir entre o cabimento e o descabimento de licitação.

O EDITAL DE LICITAÇÃO SUGERIDO NO PROCESSO

13. A Unidade Consulente, optando, porém, pela alienação em concorrência pública, anexou minuta de edital ao processo.

Claro está que, cabendo a licitação, impõe-se, como princípio, a sua realização.

Ora, no caso concreto, sugere-se, como supostamente cabível, a forma mais ampla, mais abrangente, de licitação, qual seja a concorrência pública.

Não há dúvida alguma de que a solução não só é válida, como, também, perfeita, legítima, eis que se harmoniza, por critério, com a diretriz legal geral.

O exame, in concreto do edital proposto, leva-me a concluir pela sua aceitação.

Sugiro, apenas, que, à minuta, se acrescentem cláusulas mais claras sobre o julgamento das propostas, principalmente tendo em vista o sistema de preferências preconizadas pela questionada Lei n.º 5.865.

É o que penso, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 14 de setembro de 1977.

DESCARACTERIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA

MARIO NUNES SOARES
Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3662

O reajustamento de preço em contrato de fornecimento de serviço sofre a restrição da Lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975.

Por se tratar de preço contratual não se lhe abre a exceção prevista no § 2.º do art. 1.º da referida lei, que permite reajustamento com base no salário mínimo para valores salariais.

O Senhor Secretário de Estado da Educação e Cultura solicita parecer acerca da seguinte questão de direito:

G.R.G. Ltda. contratou com o Estado os serviços "de copa e cozinha, Estafetas e Office-boys", estipulando na cláusula décima quarta uma escala móvel vinculada ao salário mínimo regional.

Em face da Lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975, quer saber da vigência da cláusula em questão. Reza, com efeito, o artigo 1.º do diploma legal:

“Art. 1.º — Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito.

§ 1.º — Fica excluída da restrição de que trata o “caput” deste artigo a fixação de quaisquer valores salariais, bem como os seguintes valores ligados à legislação da previdência social, que continuam vinculados ao salário mínimo...”

É o relatório.

2. A respeito do sentido e alcance da Lei n.º 6.205/75, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

“Possui a Lei n.º 6.205/75 um grande alcance que merece ser resguardado com rigor: o da preservação da pureza do conceito do salário mínimo, indispensável ao meritório propósito governamental de diminuir gradualmente a defasagem sofrida por seus níveis, como medida impostergável de justiça social”.

E ainda:

“Inspirou-se esse diploma no pressuposto irrecusável de que a ampla utilização dos níveis de salário mínimo, como índice de variação de um sem-número de relações jurídicas decorrentes de lei ou de contrato, vinha provocando conseqüências colaterais de caráter econômico capazes de pôr em risco a função primordial do instituto, tal como definido no art. 165 e seu item I, da Constituição Federal.

Tão graves se revelaram as repercussões da alteração de custos provocada pela generalização do mencionado sistema de indexação, que o impacto inflacionário causado pelas revisões anuais dos níveis passou a servir de motivo de contenção do incremento desejável desses mesmos níveis. E estes, por idêntica razão, cedo se viam superados pelos aumentos de preços que originavam.

Para combater o efeito colateral a que aludi, decidiram-se os Poderes Públicos pela instituição de um novo coeficiente oficial de correção monetária que servisse de base à atualização dos valores destituídos de caráter salarial ou previdenciário”. (in RDA, 122/263)

A lei em questão, pois, tem importante alcance e repercussão econômica a que está atenta a Suprema Corte, não devendo enganar o intérprete a exceção prevista no § 1.º, do artigo 1.º.

Como toda a exceção, merece interpretação restritiva, segundo incontroversa lição de hermenêutica, aludida no acórdão.

Tão longe foi a Suprema Corte em desabrigar da exceção hipóteses menos características, que decidiu, no acórdão citado, em seu Plenário, nela não se incluírem casos de diárias e “jetons” devidos aos órgãos de deliberação coletiva do serviço público federal, conforme autorizava a Direção Geral do DASP.

3. Na espécie presente se trata de um contrato de prestação de serviços, atividade a que não são estranhos os riscos comerciais, onde se arrola o aumento de custos.

Pode-se verificar que a escala móvel não deixa de qualquer forma de incidir, pelo modo das variações inscritas nos coeficientes previstos na Lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975.

4. Não vemos, no entanto, como se possa apartar a empresa em causa da regra estatuída no art. 1.º da aludida lei.

Incaracterístico é o caso para amoldar-se à exceção, porquanto não se cuida da fixação de valores salariais, mas, sim, do preço de um contrato global de serviços.

Cumprе fazer discriminação vívida e mais cuidadosa do contrato em exame, que se apresenta com nuance relevante, colhida do ensinamento de PONTES DE MIRANDA:

“No contrato de dação de serviço de outrem, contrato de fornecimento de serviço (*Dienstverschffungs vertrag*), o outorgante adimple com o ato de pôr à disposição do outorgado o serviço de terceiro, pelo tempo convencionado. Responde por culpa “in eligendo”, sem que se possa pensar em ser o terceiro auxiliar do adimplemento, *Einfüllungsgehilfe* (ARTHUR NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, 2a. ed. 240)”. (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo XLVII, pág. 12, 2a. edição, Borsoi, Rio)

Entremostra-se nitidamente desvinculada a remuneração, de qualquer traço salarial, para configurar-se como preço contratual devido à empresa como contrapartida pela atividade desenvolvida.

5. Salienta-se, contudo, que o parágrafo 4.º, do artigo 1.º da lei edita norma restritiva de sua eficácia, “in verbis”:

“Art. 4.º — Aos contratos com prazo determinado, vigentes na data da publicação desta Lei, inclusive os de locação, não se aplicarão, até o respectivo término, as disposições deste artigo”.

Nesta conformidade, reajusta-se pela letra do contrato o preço convencionado, até o seu termo de vigência.

6. EM CONCLUSÃO, o contrato está sujeito à variação segundo os coeficientes previstos na Lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975, sem consideração do índice de alteração do salário mínimo, salvo nos casos em que essas alterações se derem na vigência de contratos por prazo determinado, em execução na época da edição da lei.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 16 de setembro de 1977.

ÍNDICE

ALIENAÇÃO — de terras patrimoniais da Estado, por Celsa Martins — Parecer 3659/CGE	163
ALLGAYER, Antônia Estêvão. Destinação de herança jacente — Parecer 3593/CGE	155
BAETHGEN, Wolter Eduarda. Contro a idéia de uma Teoria Geral do Processa	35
CARNEIRO, Athos Gusmã. Da interesse de agir na cancura universal de credores	71
CIBERNÉTICA JURIDICA — A justiça e a máquina, por Ricarda A. Guibourg	11
CREDOR — CONCURSO DE — Da interesse de agir na cancura universal de credares, par Athas Gusmã Corneiro	71
EMPRESA PÚBLICA — HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE, por Ney Sá	93
GUIBOURG, Ricarda A. A justiça e o máquina	11
HERANÇA JACENTE — Destinaçãa da, par Antônia Estêvão Allgayer — Parecer 3593/CGE	155
HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE — EMPRESA PÚBLICA, por Ney Sá	93
LICENÇA-PREMIO — na ocumulaçãa de cargo de magistério por José Joaquim Manteira — Parecer 3643/CGE	151
LICITAÇÃO — Alienaçãa de terras patrimoniais da Estado, par Celsc Martins Casta — Parecer 3659/CGE	163

MAGISTÉRIO ESTADUAL — LICENÇA-PRÊMIO — Licença-prêmio na acumulação de cargos de magistério, por José Joaquim Monteiro — Parecer 3643/CGE	151
MARTINS COSTA, Celso. Alienação de terras patrimoniais do Estado Parecer 3659/CGE	163
MONTEIRO, José Joaquim. Licença-prêmio na acumulação de cargos de magistério — Parecer 3643/CGE	151
PENHORA — Do "quantum" a ser penhorado na execução, por Arnold Wald	79
PIRES, José Quadro. Vencimentos do funcionário readaptado — Parecer 3558/CGE	143
PRESCRIÇÃO — da pena disciplinar de demissão, por Mário Bernardo Sesta — Parecer 3675/CGE	123
PROCESSO — TEORIA GERAL — Contra a idéia de uma Teoria Geral do Processo, por Walter Eduardo Baethgen	35
READAPTAÇÃO — Vencimentos do funcionário readaptado, por José Quadro Pires — Parecer 3558/CGE	143
SÁ, Ney. Empresa pública hospital de clínicas de Porto Alegre	93
SALÁRIO MINIMO — Descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária — Parecer 3662/CGE	179
SESTA, Mário Bernardo. Prescrição da pena disciplinar de demissão Parecer 3675/CGE	131
SOARES, Mário Nunes. Descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária — Parecer 3662/CGE	123
TERRAS PÚBLICAS — Alienação de terras patrimoniais do Estado, por Celso Martins Costa — Parecer 3659/CGE	163
WALD, Arnold. Do "quantum" a ser penhorado na execução	79

