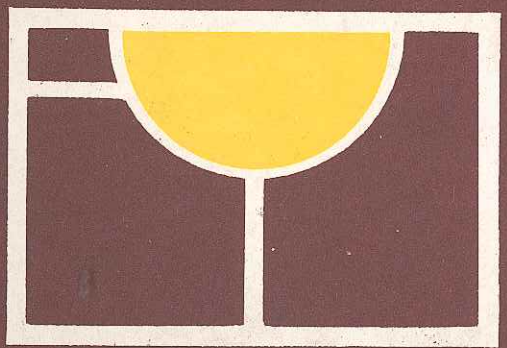
REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



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. 5	n.º 13	p. 1 a 355	1975

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. 12cm. quadrimestral.

Catalogação pela
Equipe de Pesquisa e
Documentação da CGE

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

Synval Guazzelli — Governador do Estado
José Maria Rosa Tesheiner — Consultor-Gerol do Estado
Jorge Arthur Morsch — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Almiro do Couto e Silva
Mário Bernardo Sesta
Antônio Estevão Allgayer
Sandra Regina Schmitz de Azevedo
Verena Nygaard Becker
Silvia La Parta de Castro
Maria Izabel Elíbia de Araújo Ribeiro Fonyat
Laura Carrêa Oliveira
Suzana Maria Heller

SUMÁRIO

DOUTRINA

ALF ROSS	Tû tû	11
MÁRIO BERNARDO SESTA	Letras Imobiliárias e Cédulas Hipotecárias	27
JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER	Mercadorias importodas do exterior em regime de **draw-back**	77
ATHOS GUSMÃO CARNEIRO	A sentença ilíquida e o ortigo 459, parágrafo único do Código de Processo Civil	85
MÁRIO G. LOSANO	Problemas de cibernética jurídica	97
MÁRIO G. LOSANO	Na Boviera, a primeira lei sobre direito compatível com a automoção	103
STIG STRÖMHOLM	Computodores e direito	113
LOTHAR PHILIPPS	Direito e informoção	131
LOUIS PETTITI	Pesquisos e otividades do Centro de Informática do Colégio de Advogados de Poris	143
JACQUES VÉRIN	A Comissão de Informática do Ministério da Justiça	147
SILVIA LA PORTA DE CASTRO	O direito: seu popel no sociedode tecnológico	153

PARECERES

CLÓVIS DO COUTO E SILVA — Parecer à Campanhia Siderúrgica Mannesmann. 207

ARNOLDO WALD — Da invalidade de cláusula penal destinada a impedir a entrada na mercada de empresa concarrente 239

HELY LOPES MEIRELLES — Parecer à DERSA — Desenvalvimento Radaviária S.A. 269

CARLOS MARIA RUSCHEL — Terras devalutas da domínia da Estada 278

ALMIRO DO COUTO E SILVA — **Reformotio in pejus** na Direito Administrativa 287

LEGISLAÇÃO

Rearganização da Cansultaria Geral do Estada 293

DOUTRINA

"TÛ-TÛ" (1)

ALF ROSS (2)

Professor de Direito da Universidade de Copenhague. Doutor em Direito e Filosofia

Nas ilhas Noisuli, no Pacífico Sul, habita a tribo Aisat-naf, considerada geralmente como um dos povos mais primitivos que se pode encontrar atualmente no mundo. Sua civilização foi recentemente descrita pelo antropólogo ilírio Eidan (3), de cujo relato foi extraído o que segue.

Esta tribo, de acordo com Eidan, acredita que, se se violar determinado tabu, como, por exemplo, se um homem se encontra com sua sogra, ou se mata um animal totem, ou se alguém ingere comida preparada para o chefe, surge o que se denomina "tû-tû". Os membros da tribo dizem, ademais, que quem comete a infração, torna-se "tû-tû". É muito difícil explicar o que significa isto. Talvez o que mais se aproxime de uma explicação, seja dizer que "tù-tû" é concebido como uma espécie de força ou sinal perigoso que atinge o culpado e ameaça toda a comunidade com o desastre. Por esta razão, uma pessoa que esteja "tù-tû", deve ser submetida a uma cerimônia especial de purificação.

É óbvio que a tribo Aisat-naf vive na mais obscura superstição. "Tû-tû", em conseqüência, não é nada mais do que uma palavra despro-

---

Tradução da edição espanhola. Abeledo-Perrot, 1961. (Colecion Nueva Teoria)
Tradução de Sandra Regina Schmitz de Azevedo.

1. Este comentário apareceu originariamente em "Festskrift til Henry Ussing" (Borum and Ilum ed. 1951). Aparecerá proximamente no primeiro número dos Scandinavian Studies in Law, uma revista que está por sair, visando familiarizar os scholars de fala inglesa com os avanços do pensamento jurídico escandinavo.

2. Professor de Direito, Universidade de Copenhagen, LL. B., Universidade de Copenhagen, 1922, J. D., 1934; Ph. D. Universidade de Uppsala, 1929.

3. EIDAN, La Forma de Vida de Los Aisat-naf; Estudios en Tabu y Tû-Tû, (1950).

vida de qualquer significado. As situações de violação do tabu acima mencionadas dão origem, certamente, a diversos efeitos naturais, tais como o sentimento de terror; porém, obviamente, não são tais fenômenos, nem qualquer outro demonstrável, o que é designado com a expressão "tû-tû". A conversação em torno de "tû-tû" é absolutamente sem sentido.

Todavia, e isto é o notável, de acordo com o relato de Eidan, parece que esta palavra, apesar de sua carência de significado, tem uma função a desempenhar na linguagem cotidiana das pessoas. Os enunciados que incluem a palavra "tû-tû", parecem aptos a preencher as duas principais funções de qualquer linguagem: prescrever e descrever; ou, mais explicitamente, expressar ordens ou regras e fazer afirmações sobre fatos. (4)

Se digo em três idiomas diferentes, "meu pai morreu", "mein Vater ist gestorben" e "mon père est mort", temos três frases diferentes, porém uma só afirmação. Apesar de suas diferentes formas lingüísticas, as três frases referem-se a um único e mesmo estado de coisas (o fato de que meu pai morreu) e este estado de coisas é afirmado como existente na realidade, à diferença de algo meramente imaginado. O estado de coisas ao qual uma frase se refere, chama-se referência semântica. Pode ser definido, com maior precisão, como aquele estado de coisas que se relaciona de tal modo com uma afirmação que, se supusermos que φ primeiro efetivamente existe, então devemos considerar que a segunda é verdadeira. A referência semântica de uma proposição dependerá dos usos lingüísticos que prevalecem na comunidade. De acordo com estes usos, um determinado estado de coisas é o estímulo para dizer "meu pai morren". Este estado de coisas constitui a referência semâutica do enunciado e pode ser estabelecido com total independência de qualquer idéia que se possa ter sobre a morte, tal como a de que, quando ela ocorre, a alma se separa do corpo.

De outro lado, se digo a meu filho "fecha a porta", esta frase não é claramente a expressão de nenhuma afirmação. Faz, em verdade,

4. Sobre a diferença entre a linguagem prescritiva e descritiva, veja-se **HARE, The Language of Morals (1952)**.

referência a um estado de coisas, porém, de modo totalmente diferente. Este estado de coisas (o fato de que a porta seja fechada) não é indicado como algo que efetivamente existe, seuão que se apresenta como um guia para a conduta de meu filho. Diz-se que tais declarações são a expressão de uma prescrição.

De acordo com o que nos diz Eidan, na comunidade da tribo Aisat-naf usam-se, entre outros, os seguintes enunciados:

1. Se uma pessoa ingeriu comida do chefe, então está "tû-tû".

2. Se uma pessoa está "tû-tû", deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação.

Agora, portanto, está claro que, com total independência do que represente "tû-tû", ou ainda quando não represente absolutamente nada, estes dois enunciados, quando se combinam, de acordo com as regras usuais da lógica, dizem exatamente o mesmo que o seguinte enunciado:

3. Se uma pessoa ingeriu comida do chefe, deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação.

Esta proposição é notoriamente um enunciado prescritivo cheio de significado, sem o menor assomo de misticismo. Este resultado não tem porque surpreender, pois se deve simplesmente ao fato de que estamos usando aqui uma técnica de expressão do mesmo tipo que esta: Quando $x = y$, e $y = z$, então $x = z$, proposição que é válida, seja o que for que "y" represente, ou ainda quando não represente absolutamente nada.

Ainda que a palavra "tû-tû" em si mesma careça de qualquer significado, os enunciados nos quais ela aparece, não são formulados ao acaso. Como outros enunciados de afirmação, são estimulados em obediência aos costumes lingüísticos prevalentes, por estados de coisas perfeitamente definidos. Isto explica porque enunciados que incluem a palavra "tû-tû" tem referência semântica ainda que a palavra careça

de sentido. O enunciado afirmativo "N. N. está "tû-tû" dá-se claramente em conexão semântica definida com uma situação complexa, na qual podem distinguir-se duas partes:

1. O estado de coisas consistente no fato de que N.N. tenha ingerido comida do chefe, ou tenha matado um animal totem, ou se tenba encontrado com sua sogra, etc. Adiante chamaremos este estado de coisas "Fatos [1]"-

2. O estado de coisas consistente em que a norma válida, que obriga à cerimônia de purificação, é aplicável a N.N.; ou, expressando com mais precisão, o estado de coisas consistente em que, se N.N. não se submeter à cerimônia, com toda probabilidade estará exposto a uma dada reação, por parte da comunidade. Adiante chamaremos este estado de coisas "Fatos [2]".

Em virtude da existência destes dois estados de coisas, o enunciado "N. N. está "tû-tû" é considerado verdadeiro. De tal modo, em virtude da definição, a combinação dos dois estados é a referência semântica do enunciado. É coisa totalmente alheia a isto o fato de que os membros da tribo Aisat-naf não sejam conscientes disto e que, ao contrário, em sua imaginação supersticiosa, ajuntem ao enunciado a presença de uma perigosa força, o que constitui uma referência diferente da que efetivamente possui. Isto, porém, não exclui a possibilidade de que se discuta razoavelmente se uma pessoa em circunstâncias dadas está realmente "tû-tû". O raciocínio, portanto, busca verificar se a pessoa em questão cometeu uma das transgressões relevantes ao tabu e se, em conseqüência, a norma da purificação lhe é aplicável.

A afirmação de que "N. N. está "tù-tû" pode, portanto, ser verificada, provando-se a existência do primeiro estado de coisas ou do segundo. Não importa qual, eis que, segundo a ideologia em vigor na tribo, estes dois estados de coisas estão sempre ligados um ao outro. É, pois, igualmente correto dizer "N N. está "tû-tû" porque ingeriu comida do chefe (e em razão disto tem que ser submetido a uma purificação ritual") ou "N.N. está "tû-tû" porque lhe é aplicável a norma de purificação (em razão de ter ingerido a comida do chefe)". Este último não elimina a possibilidade de dizer também ao mesmo tempo "A norma de purificação é aplicável a N.N. porque está "tû-tû" (porque comeu comida do chefe). O círculo vicioso que, em aparência, se dá aqui, é, na realidade, inexistente, dado que a palavra "tû-tû" não representa nada, e, logo, não há relação causal, nem lógica, entre o suposto fenômeno "tû-tû" e a aplicação da norma de purificação. Efetivamente, os três juízos, tal como se indica nos parênteses adicionais, expressam simplesmente, cada um à sua maneira, que a pessoa que comeu alimento do chefe deverá submeter-se a uma purificação ritual.

O que se disse aqui de modo algum contradiz a afirmação de que "tû-tû" é uma palavra sem sentido. Somente ao juízo "N. N. está "tû-tû" tomado em seu conjunto, se pode imputar referência semântica. Porém, não se pode separar nesta referência uma certa realidade ou qualidade que possa ser atribuída a N.N. e que corresponda à palavra "tû-tû". A forma do juízo não é ade quada ao aludido por ele e esta falta de conformidade é, supõe-se, conseqüência das crenças supersticiosas da tribo.

Portanto, qualquer intento de atribuir à palavra "tû-tû" uma referência semântica independente, em proposições como as que seguem, está condenado ao fracasso.

1. Se uma pessoa ingeriu comida do chefe, então está "tû-tû".

2. Se uma pessoa está "tû-tû", deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação.

O intento pode seguir os caminhos abaixo enumerados:

a. Na proposição (1) substituir "tû-tû" por "Fatos [2]", e na proposição (2) substituir "tû-tû" por "Fatos [1]" Cada um adquirirá então um significado próprio. (5) . Porém esta solução é inadmissível, porque as

5 A proposição (1) significaria "Se uma pessoa comeu a comida do chefe ou ... deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação e a proposição (2) "Se uma pessoa comeu a comida do chefe ... deverá ser submetida a uma cerimônia de purificação".

duas proposições constituem as premissas, maior e menor, para a conclusão de que uma pessoa que ingeriu comida do chefe, deve ser submetida a uma cerimônia de purificação. A palavra "tû-tû", em conseqüência, se significa algo, tem que significar o mesmo em ambas.

b. Em ambas proposições substituir "tû-tû" por "Fatos [1]". Isto não funciona, pois neste caso a proposição (1) se torna analiticamente vazia e sem referência semântica alguma, eis que o sentido da mesma será: quando uma pessoa ingeriu comida do chefe, o estado de coisas que existe é que, ou ingeriu comida do chefe, ou matou um animal totem, ou...

c. Substituir "tû-tû" por "Fatos [2]" em ambas as proposições: Isto tampouco funciona, porque neste caso a proposição (2) se torna analiticamente vazia, como pode ser demonstrado por exata analogia com o parágrafo anterior.

Eidan menciona um missionário sueco que trabalhou durante muitos anos na tribo Aisat-naf, tratando empenhadamente de fazer com que os nativos entendessem que "tû-tû" não significa nada e que acreditar que se torne real algo místico e não determinável, porque um homem se encontra com sua sogra, constitui uma abominável superstição pagã. Nisto, ao menos, o bom homem tinha toda razão. Foi, sem dúvida, um excesso de zelo de sua parte qualificar de pecador pagão todo aquele que continuasse usando a palavra "tû-tû". Ao fazê-lo, o missionário esqueceu o que se demonstrou, ou seja, que, independentemente do fato de que a palavra carece em si de referência semântica e independentemente das idéias de forças místicas conectadas com a palavra, os enunciados nos quais ela aparece, podem funcionar efetivamente como expressões prescritivas e descritivas.

Evidentemente, seria possível omitir completamente esta palavra sem sentido e em lugar da circunlocução:

1. Aquele que mata um animal totem torna-se "tû-tû";
2. Aquele que está "tû-tû" deverá ser submetido a uma cerimônia de purificação;

usar a enunciação direta:

3. Aquele que mata um animal totem deverá ser submetido a uma cerimônia de purificação.

Poderíamos nos perguntar se não seria vantajoso seguir esta linha quando se adverte que "tû-tû" não é mais do que uma ilusão. Sem dúvida, como tratarei de demonstrar mais adiante, não é este o caso. Pelo contrário, podemos aduzir razões sólidas, fundadas na técnica de formulação, para continuar usando a estrutura "tû-tû". Porém, ainda que a formulação "tû-tû" ofereça certas vantagens do ponto de vista da técnica, é forçoso admitir que, em certos casos, pode conduzir a resultados irracionais se, contra o melhor juízo, permite-se que exerça influência a idéia de que "tû-tû" é uma realidade. Se este fosse o caso, seria tarefa para a crítica demonstrar o erro e libertar nosso pensamento das impurezas de tais idéias imaginárias. Porém, ainda assim, não haveria razões para abandonar a terminologia "tû-tû".

Entretanto, talvez tenha chegado o momento de deixar de lado toda a impostura e admitir abertamente o que o leitor já deve ter descoberto, ou seja, que esta alegoria se refere a nós mesmos. Trata-se da discussão sobre o uso de expressões tais como "direito subjetivo" e "dever" enfocada sob um novo ângulo (6). Porque nossas normas jurídicas estão em sua grande maioria cunhadas numa terminologia de tipo "tû-tû". Na linguagem jurídica encontramos, por exemplo, frases como estas;

6. O "missionário sueco da fábula alude ao extinto professor A. V. Lundstedt. Através de toda sua produção (v. gr. Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1932), este autor salientou que a única realidade demonstrável nas chamadas situações de direito subjetivo consiste na função da máquina do Direito. Em condições dadas, uma pessoa pode, respeitando o direito vigente, instituir procedimentos e colocar assim em movimento a máquina do Direito, com o resultado de que o poder público é exercido em seu benefício. Pode obter uma sentença e sua execução por meios compulsórios, criando para si uma posição vantajosa, uma possibilidade de ação, um benefício econômico. E isto é tudo. Pode-se facilmente concordar com este autor até este ponto. Porém, a seguir, em vez de continuar a se perguntar o que é característico das situações designadas como direito subjetivo, e de que maneira o conceito de direito subjetivo pode ser analisado e utilizado como um instrumento para a descrição de tais situações, Lundstedt realiza um giro peculiar em sua análise crítica, dizendo que os direitos subjetivos não existem e que, quem usar esta expressão, está dizendo tolices acerca de algo que não existe. Ponto de vista semelhante foi sustentado por Léon Duguit (Traité de Droit Constitutionel, 3ra. ed., 1927) e antes por Jeremy Bentham (The Limits of Jurisprudence Defined, 57-88 — 1945).

1. Se se faz um empréstimo, origina-se um crédito;

2. Se existe um crédito, seu valor deve ser pago no dia do vencimento.

Esta é uma mancira indireta de dizer-se:

3. Se se concede um empréstimo, sua importância deve ser paga no dia do vencimento.

O crédito mencionado em (1) e (2), porém não em (3), como "tû-tû", obviamente não é uma coisa real: não é absolutamente nada, é simplesmente uma palavra vazia, desprovida de qualquer referência semântica. Do mesmo modo, nossa afirmação de que o tomador do empréstimo fica obrigado, corresponde à afirmação da alegórica tribo de que a pessoa que mata um animal totem, torna-se "tû-tû".

Nós também, portanto, expressamo-nos como se algo tivesse tido existência entre o fato condicionante (fato jurídico) e a conseqüência jurídica condicionada. Esse algo é um crédito, um direito subjetivo, que, da mesma forma que um agente intermediário ou um nexo causal, provoca um efeito ou subministra a base para uma conseqüência jurídica. Não podemos negar totalmente que esta terminologia está associada, para nós, à idéia mais ou menos indefinida de que um direito subjetivo é um poder de natureza incorpórea, uma espécie de domínio interno e invisível sobre o objeto do dircito subjetivo, um poder que só se exterioriza no exercício da força (sentença e execução) e mediante a qual o uso e gozo fático e aparente do direito subjetivo ocorre, sem confundir-se com essa exteriorização.

Desta maneira, deve-se admití-lo, nossa terminologia e nossas idéias apresentam uma considerável semelhança estrutural com o pensamento mágico primitivo sobre a invocação de potências sobrenaturais que são, por sua vez, convertidas em efeitos fáticos. Não podemos descartar a possibilidade de que esta semelhança esteja enraizada numa tradição que, ligada à linguagem e ao poder que esta tem sobre o

pensamento, é um velho legado da infância de nossa civilização (7). Porém, além de admitir estas coisas, sempre teremos que nos perguntar se se podem aduzir fundamentos sólidos, racionais, em favor da apresentação "tû-tû" das regras jurídicas, uma forma de circunlocução em que entre o fato jurídico e a conseqüência jurídica se insiram direitos subjetivos imaginários. Se esta questão for respondida de forma afirmativa, é mister eliminar a proibição da menção de direitos. Creio que ela deve ser respondida de forma afirmativa e tomarei como ponto de partida o conceito de propriedade.

As normas jurídicas concernentes à propriedade podem, sem dúvida, ser expressadas sem necessidade de usar esta palavra. Neste caso, ter-se-ia que formular um grande número de normas que liguem diretamente as conseqüências jurídicas individuais aos fatos jurídicos individuais. Por exemplo:

Se uma pessoa adquiriu licitamente uma coisa por compra, deverá ser acolhida a ação que, para obter a entrega dela, tal pessoa intente contra outros que a retenham em seu poder.

Se uma pessoa herdou uma coisa, deverá ser acolhida a ação por perdas e danos que essa pessoa intente contra outros que, por sua negligência, tenham causado dano à coisa.

Se uma pessoa, que adquiriu uma coisa por prescrição, obteve um empréstimo que não é satisfeito ao término do prazo para tal, deverá ser acolhida a ação do credor com a finalidade de obter o retorno do valor mediante a venda da coisa.

Se uma pessoa ocupou uma **res nullius** e se a lega a outra, deverá ser acolhida a demanda do legatário contra a sucessão do testador para a entrega da coisa.

Se uma pessoa adquiriu uma coisa em uma execução e outro se apodera dela, este último deverá ser punido por roubo.

Uma versão deste tipo seria, sem dúvida, tão dificultosa que resultaria praticamente inútil. Cabe ao pensamento jurídico conceitualizar as normas de tal maneira que as mesmas sejam reduzidas a uma or-

7. Axel Hägerström expôs argumentos de peso em apoio à origem mágica das concepções jurídicas romanas. Hägerström, Der Römische Obligationsbegriff (1927). Investigações modernas em sociologia e história da religião apontam também no mesmo sentido. Veja-se Ross, Towards a Realistic Jurisprudence, 214/44 (1946); Max Weber em Law in Economy and Society, 106 (Ed. Rheinstein" 1954).

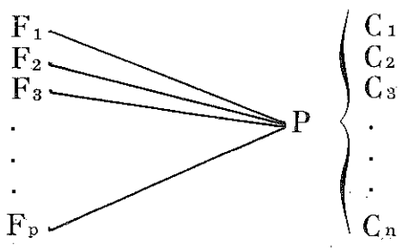
dem sistemática e, desta forma, dar a versão mais clara e conveniente possível do direito em vigor. Isto pode ser obtido com a ajuda da seguinte técnica de apresentação.

Observando um número grande de normas jurídicas do tipo das indicadas, verificaremos que é possível selecionar dentre elas um certo grupo que pode ser ordenado da seguinte maneira:

$$\begin{array}{cccc} F_1 - C_1 & F_2 - C_1 & F_3 - C_1 & F_p - C_1 \\ F_1 - C_2 & F_2 - C_2 & F_3 - C_2 & F_p - C_2 \\ F_1 - C_3 & F_2 - C_3 & F_3 - C_3 & F_p - C_3 \\ \cdot & \cdot & \cdot & \cdot \\ \cdot & \cdot & \cdot & \cdot \\ \cdot & \cdot & \cdot & \cdot \\ \cdot & \cdot & \cdot & \cdot \\ F_1 - C_n & F_2 - C_n & F_3 - C_n & F_p - C_n \end{array}$$

O fato condicionante F_1 está conectado com a conseqüência jurídica C_1 etc. Isto significa que cada um dos fatos de uma certa totalidade de fatos condicionantes (F_1 — F_n) está conectado com cada uma das conseqüências de um certo grupo de conseqüências jurídicas (C_1 - C_n); ou que é verdade que cada fato está conectado com o mesmo grupo de conseqüências jurídicas (C_1 + C_2 ..... + C_n); ou que uma pluralidade acumulativa de conseqüências jurídicas está conectada com uma pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes.

Estas regras jurídicas individuais podem ser expressadas mais simplesmente e de forma mais manejável mediante a figura



em que propriedade "P" representa simplesmente a conexão sistemática de que tanto F_1 como F_2, F_3 ..... Fp trazem aparelhadas a totalidade das conseqüências jurídicas C_1, C_2 ..... Cn. Como técnica de apresentação, isto é expresso, estabelecendo em uma série de regras os fatos que criam propriedade e em outra série as conseqüências jurídicas que a propriedade comporta.

Resultará claro do exposto que a "propriedade" inserida entre os fatos condicionantes e as conseqüências condicionadas é, em realidade, uma palavra sem sentido, uma palavra sem referência semântica alguma, que serve somente como um instrumento de apresentação. Falamos como se a propriedade fosse um nexo causal entre F e C, um efeito ocasionado ou criado por cada F e que, por sua vez, é a causa de uma totalidade de conseqüências jurídicas. Dizemos, por exemplo, que:

1. Se "A" comprou licitamente um objeto (F_2), nasce para ele a propriedade do objeto.
2. Se "A" é proprietário de um objeto, tem (entre outras coisas) o direito a obter sua entrega (C_1).

É claro, sem dúvida que (1) + (2) é só uma reformulação de uma das normas pressupostas (F_2 — C_1), a saber, que a compra como fato condicionante implica a possibilidade de obter a entrega como conseqüência jurídica. A noção de que, entre a compra e a possibilidade de obter a entrega, criou-se algo que pode ser chamado propriedade, carece de sentido. Nada se cria como resultado de que A e B troquem umas poucas palavras interpretadas juridicamente como um contrato de compra e venda. Tudo que ocorreu, é que o juiz tomará agora este fato em consideração e sentenciará em favor do comprador em um juízo para obter a entrega da coisa.

O que foi descrito aqui é um simples exemplo de redução pela razão a uma ordem sistemática. Cabe à ciência jurídica, em última instância, empreender este processo de simplificação, porém esta tarefa foi em grande parte antecipada pelo pensamento pré-científico. A noção de certos direitos subjetivos tomou forma em uma etapa primitiva da história. É possível, pois, levar a cabo uma simplificação sistemática de

mais de uma maneira e isto explica porque as categorias dos direitos modificam-se de um sistema jurídico para outro, ainda que esta circunstância não reflita necessariamente uma diferença correlata no direito vigente.

A mesma técnica de apresentação pode ser utilizada com freqüência, sem a idéia de um direito subjetivo intermediário. No Direito Internacional, por exemplo, uma série de regras podem estabeleeer qual área pertence a um determinado Estado como seu território. Que esta área tenha o caráter de "território" de per si é sem sentido. Esta caracterização somente tem sentido quando tomada em conjunto com outro grupo de regras jurídicas ligadas ao fato de que uma área tenha o caráter de território. Neste exemplo, seria também possível enunciar as relações jurídicas sem usar o conceito interpolado de território, ainda que tal enunciado fosse inegavelmente complicado.

Algumas vezes, o elo intermediário não é um direito subjetivo isolado, mas uma condição jurídica complexa, com direitos e deveres. Este é o caso, por exemplo, quando no direito de família se faz uma distinção entre as condições para contrair matrimônio e os efeitos jurídicos do matrimônio; quando no direito constitucional se faz uma distinção entre a aquisição de nacionalidade e os efeitos jurídicos da nacionalidade ou no direito administrativo entre a criação do **status** de funcionário público e seus efeitos jurídicos. Nestas situações, e em outras semelhantes, é usual falar de criação de um **status**. Qualquer que seja a construção, a realidade que está por detrás dela é sempre a mesma: uma técnica que tem enorme importâneia se tivermos que obter clareza e ordem em uma série complicada de regras jurídicas.

"Propriedade", "crédito" e outras palavras, quando usadas em linguagem jurídica, tem a mesma função que a palavra "tû-tû"; são palavras sem significado, sem referência semântica alguma e só servem a um propósito, ou seja, a uma técnica de apresentação. Todavia, é possível falar com sentido acerca de direitos subjetivos, tanto sob a forma de prescrições, como de descrições.

Com respeito às prescrições, as duas proposições: "Uma pessoa que comprou uma coisa tem a propriedade da mesma" e "Uma pessoa que tem a propriedade de uma coisa pode fazer com que lha entreguem", tomadas em conjunto, originam regra prescritiva: uma pessoa que comprou uma coisa pode obter que a mesma lhe seja entregue.

Com respeito às descrições, o que segue é válido por exata analogia com a exposição, feita mais acima, de juízos enunciativos "tû-tû"; tomada integralmente a afirmação de que "A" é titular da propriedade de uma coisa, faz referência semântica à situação complexa de que ocorre um daqueles fatos considerados como criadores da propriedade e de que "A" pode obter a entrega da coisa, reclamar perdas e danos, etc.... É, portanto, possível dizer com igual correção:

"A" é titular da propriedade da coisa porque a comprou (e pode em conseqüência obter sua entrega, reclamar prejuízos etc.).

E "A" é titular da propriedade da coisa porque pode obter sua entrega, reclamar prejuízos, etc. (porque a comprou).

O último não impede que seja possível dizer também:

"A" pode obter a entrega da coisa e reclamar prejuízos porque tem a propriedade dela (porque a adquiriu).

Por igual ao que ocorria nas formulações "tû-tû" correlatas, aqui não há círculo vicioso, dado que "propriedade" não representa nada em absoluto e não existe relação causal ou lógica entre o suposto fenômeno da propriedade e as mencionadas conseqüências jurídicas. Os três enunciados — como indicam os parênteses adicionais — cada um à sua maneira, não expressam outra coisa a não ser que a pessoa que comprou uma coisa pode obter a entrega da mesma, reclamar perdas e danos, etc.

Por outro lado, é impossível adscrever uma diferença semântica independente à palavra "propriedade" nos juízos que operam com a palavra (8). Qualquer intento de tomá-la, seja como designação de um fato jurídico, de conseqüências jurídicas, ou de ambas a uma só vez, ou ainda de qualquer outra coisa, está destinado ao fracasso. Consideremos, por exemplo, o seguinte silogismo:

8. Num artigo aparecido pouco depois da publicação original do presente, porém evidentemente sem conhecimento de sua existência, Anders Wedberg chegou a conclusões semelhantes às minhas:

Pode resultar chocante ao sentido comum não elaborado admitir tais expressões "sem sentido" no circunspecto trabalho dos estudiosos do Direito. Porém, na realidade, não há razão alguma para que todas as expressões empregadas num trabalho que, como um todo, está altamente "dotado de sentido", devam ter sentido por si mesmas. Parece provável que muitas expressões utilizadas por outras ciências, especialmente as chamadas ciências exatas, carecem de interpretação e funcionam ape-

(A) Se há uma compra, existe também propriedade para o comprador. Aqui há uma compra. Em conseqüência, existe também propriedade para o comprador.

(B) Se existe propriedade, o proprietário pode obter a entrega da coisa. Aqui há propriedade. Em conseqüência, pode se obter a entrega.

Tomadas de forma conjunta (A) e (B) expressam a regra com o sentido de que uma pessoa que comprou uma coisa, pode obter sua entrega. Esta conclusão é válida, seja o que for que "propriedade" represente, ou ainda que não represente nada em absoluto. Porque "propriedade" poderia ali ser substituída por "queijo velho" ou "tû-tû" e a conclusão permaneceria válida.

Por outro lado, é impossível adscrever nesta conclusão uma referência semântica tal à palavra "propriedade", que as conclusões "A" e "B", consideradas isoladamente possam adquirir significado jurídico.

As possibilidades em relação a tais tentativas são as mesmas que vimos mais acima, na análise das proposições "tû-tû" e dos resultados correspondentes.

(a) Se em (A) substituímos "propriedade" pela totalidade acumulativa das conseqüências jurídicas e em (B) pela totalidade disjuntiva das condições, (A) e (B) adquirem, cada uma, sentido, porém não podem ser combinadas em um silogismo uma vez que o termo médio não é o mesmo.

(b) Se, em ambos os casos, substituímos "propriedade" pela totalidade disjuntiva dos fatos condicionantes, a premissa maior em (A) torna-se analiticamente vazia e, por isso, sem referência semântica alguma.

nas como veículos para a sistematização e a dedução. "Por que não poderá ocorrer a mesma situação na ciência jurídica?" (Wedberg. Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science, "Theoria", t. 17, p. 246, 273 — Suécia. 1951).

H. C. A. Hart expressou um ponto de vista semelhante. É possível, sustenta este autor, definir uma expressão como "direito subjetivo", sem a substituir por outras palavras que definam certa qualidade processo ou acontecimento, mas tão somente indicando as condições necessárias para a verdade de uma proposição da forma "Você tem um direito". Hart. Definitions and theory in jurisprudence, "Law quarterly Review, t. 70, p. 37, 41, 42, 45, 49 (1954).

(c) Se em ambos os casos substituímos propriedade pela totalidade acumulativa das conseqüências jurídicas, então a premissa maior em (B) se torna analiticamente vazia.

Deixarei ao leitor o trabalho de verificar por si mesmo a correção dessas assertivas por meio de uma análise exatamente análoga à dos enunciados "tû-tû" correspondentes.

As observações que formulei aqui são adequadas para esclarecer uma controvérsia sumamente interessante que teve lugar em época recente na literatura escandinava, entre Per Olof Ekelöf e Ivar Strahl, sobre o significado que se dá ao conceito de direito subjetivo, quando é utilizado no raciocínio jurídico. Ekelöf iniciou a discussão com o objetivo de descobrir qual o estado de coisas que pode substituir dentro de tal raciocínio uma expressão cunhada em termos de direitos subjetivos. Este intento equivale a uma busca de referência semântica do termo. É interessante seguir o curso da polêmica, enquanto a mesma ilustra de forma amena a correção do que foi sustentado aqui. (9)

Em grandes linhas, o desenvolvimento da disputa foi o que segue. Eklöf começou dando por definitivo que o termo "crédito" (esta é a palavra com a qual operou em seus exemplos, os quais ademais são completamente análogos às formulações (A) e (B) introduzidas acima) não representa a mesma coisa em (A) e em (B), senão a conseqüência jurídica e o fato jurídico respectivamente. Isto corresponde exatamente à possibilidade (a) da prova feita acima. Strahl contestou com o poderoso argumento de que tal interpretação era inadmissível, já que a final, tinha que ser forçosamente usado com um único e mesmo sentido tanto na proposição (A) como na proposição (B), porque estas constituem as premissas de uma conclusão. Strahl adotou a posição de que o conceito de direito subjetivo em ambas as proposições representa o fato jurídico, a totalidade disjuntiva dos fatos condicionantes. Esta posição corresponde à possibilidade aludida acima, sub (b). A isto Ekelöf respondeu com o argumento de que, se é assim, a premissa maior no caso (A) se torna analiticamente vazia. Em seguida, Ekelöf adotou a teoria

9. A discussão teve por cenário as revistas jurídicas escandinavas "Tidskrift for Rettvitenskap" e "Svenk Juristtidning" entre os anos 1945 e 1950.

de Strahl de que a palavra tem que representar o mesmo estado de coisas tanto em (A) como em (B), porém sustentou que não há razão alguma que obrigue a concluir que esse estado de coisas comum a ambas haja de ser o fato condicionante. Descobriu que a conclusão que corresponde a (A) e (B) subsiste como válida, seja o que for que coloquemos em lugar do conceito "direito subjetivo", seja o fato jurídico, seja a conseqüência jurídica, seja ambos de forma conjunta. Porém aí deteve-se. Não advertiu que a conclusão haveria de continuar sendo válida, ainda que em lugar do conceito de "direito subjetivo" colocássemos "queijo velho" ou "tù-tù".

Nesta polêmica, quem esteve mais perto da verdade foi Strahl, quando afirmou que o conceito de direito subjetivo no caso (A) é usado para designar a circunstância que no caso (B) serve como fato jurídico e continuou caracterizando este como um artifício que serve a técnica de apresentação. Porém, o que Strahl não viu, foi que o conceito de direito subjetivo não designa "circunstância" alguma e que o "direito subjetivo", como fato, não é em absoluto um fato, e, mais, que o intento de adscrever um significado às premissas maiores nos silogismos (A) e (B), consideradas de forma isolada, é uma tarefa vã. Porque o "artifício que serve a técnica de apresentação" significa que as duas proposições têm sentido unicamente enquanto fragmentos de um todo maior no qual aparecem ambas, o que faz com que o conceito de direito subjetivo, como termo médio comum em um silogismo, desapareça como completamente desprovido de sentido.

Ao formular estas observações críticas, não pretendo de modo algum diminuir o valor da investigação empreendida por Ekelöf e Strahl. Pelo contrário, penso que o método de substituição de Ekelöf utilizou uma linha feliz e que afinou as questões; e considero necessário acrescentar que foi seguindo aquela linha que cheguei ao ponto de vista que considero verdadeiro, a saber, que o conceito de direito subjetivo é um instrumento para a técnica de apresentação que serve exclusivamente a fins sistemáticos, e que em si não significa nem mais nem menos que "tù-tû" (10).

10. Procurei de outra parte, demonstrar como o conceito de direito subjetivo pode conduzir a erros e a postulados dogmáticos, se for considerado erroneamente como uma substância independente e não simplesmente a unidade sistemática de um conjunto de regras jurídicas. Ross, ob. cit., supra, nota 5, p. 189/202.

LETRAS IMOBILIÁRIAS E CÉDULAS HIPOTECÁRIAS

(APONTAMENTOS) — 1973

MÁRIO BERNARDO SESTA

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

1. PAPÉIS-VALORES VINCULADOS AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

A instituição do chamado "Sistema Financeiro da Habitação", nos termos da Lei Federal n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, posteriormente complementada pelas disposições do Decreto-Lei n.º 70, de 21 de novembro de 1966, aerescentou aos já numerosos papéis-valores previstos no direito positivo brasileiro, dois outros — a **Letra Imobiliária** e a **Cédula Hipotecária** — delineados à luz dos mesmos princípios consagrados na excelência dos institutos que se constituem no objeto do Direito Cambiário.

Como sucede invariavelmente, a lei não se constitui em instrumento capaz de delinear com precisão os institutos nela previstos (GOTTHEIL, Julio. **Common Law y Civil Law.** Buenos Aires, Abeledo & Perrot, 1960, p. 40); a inevitável limitação do texto escrito não permite mais que o esboço, por vezes medularmente nítido, mas quase sempre fugidio nos contornos.

As tensões a que tais institutos são submetidos na prática, arrastando-os ao crivo judiciário e à análise doutrinária, é que progressivamente vão aperfeiçoar a obra legislativa, fixando os contornos com a precisão que a lei não dá.

Criadas de há não muito, não tendo ainda sido submetidas às sobreditas tensões, as Letras Imobiliárias (LI) como as Cédulas Hipotecárias (CH) permanecem na insuficiência dos termos de lei, quase ignoradas na doutrina e desconhecidas nos arestos judiciais.

Em face, porém, da relevância que adquiriu o Sistema Financeiro da Habitação, impõe-se a tentativa de análise, ainda que precária, dos referidos títulos.

E, à guisa de premissa, convém, de logo, destacar que aqueles papéis-valores de certo modo encontram, na quase esquecida e frustrada experiência da **Letra Hipotecária,** o precedente remoto no direito brasileiro. (PESSOA, A. A., Aspectos Jurídicos das Letras Imobiliárias no Sistema Financeiro da Habitação. **Jurídica,** Rio de Janeiro, (119): 163, out./dez. 1972, p. 163, ns. 33 e 34).

As letras hipotecárias, instituídas pela Lei n.º 1.237, de 24 de setembro de 1864, que estabeleceu as bases para implantação das **sociedades de crédito real** no Brasil, identificam-se com as LI no que respeita à função econômica, na medida em que possibilitavam às sociedades emitentes a captação de meios com que operar novos empréstimos (INGLEZ DE SOUSA, H. **Títulos ao Portador no Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1898, p. 334, n. 345), ao mesmo tempo em que lembram a CH na medida em que se vinculam, embora em grau distinto , com operações de empréstimo hipotecário (D. n.º 370, de 2 de maio de 1890, art. 310).

2. PAPÉIS-VALORES E DIREITOS REAIS

A característica comum das LI e CH, além da vinculação ao Sistema Financeiro da Habitação, consiste em serem ambas papéis-valores **relacionados com direitos reais,** o que, como se verá, determina algumas de suas peculiaridades (especialmente no que se refere às CH).

Em se tratando de títulos de concepção recente e considerada aquela característica, parece-nos de todo conveniente relacioná-los com outros há mais tempo previstos no direito brasileiro e que apresentam

a mesma peculiaridade, a fim de que a comparação, revelando traços comuns e distintos, possibilite melhor delineamento dos papéis-valores em exame.

Nessa linha de raciocínio e considerados sob o aspecto em foco — de seu relacionamento com direitos reais — podemos distinguir, no direito brasileiro, pelo menos três categorias de papéis-valores.

Primeira, a dos que efetivamente **incorporam** direito real, nos quais se dá a plena identificação do direito com o título, funcionando a cártula como documento único constitutivo do direito, necessário e suficiente ao seu exercício. Dentre estes, podemos incluir o **conhecimento de depósito** e o **warrant** (Decreto n.º 1.102, de 21.11.1903, art. 15; art. 18, § 2.º), as **cédulas rurais hipotecária, pignoratícia** e **mista** (Decreto-Lei n.º 167, de 12.02.1967, art. 9), **cédula de crédito industrial** (Decreto-Lei n.º 413, de 09.01.1969, art. 9 e 14, v..

Segunda, a dos que **representam** direito real previamente constituído noutro documento público ou particular, ou se constituem em segunda via circulável desse documento, tais como a **cédula hipotecária** (Decreto-Lei n.º 70, de 21.11.1966, art. 10) e, numa ampliação conceitual, o **título Torrens** (Decreto n.º 451-B, de 31.05.1890. arts. 1.º, 11, 18, 43, 75; Decreto n.º 955-A, de 5.11.1890).

Terceira, a dos que são simplesmente garantidos por direitos reais, quer de forma institucional como é o caso das **letras hipotecárias** (Lei n.º 1237, de 24.09.1864, art. 13, § 1.º; Decreto n.º 169-A, de .. 19.01.1890, art. 13, § 1.º; Decreto n.º 370, de 2.05.1890, arts. 310, 327 e 329) e das **letras imobiliárias** (Lei Federal n.º 4.380, de 21.08.1964, art. 44), quer de forma eventual, como se dá com as **debêntures,** na hipótese prevista pelo § 2.º do art. 1.º do Decreto n.º 177-A, de 15 de setembro de 1893 (=debêntures com garantia hipotecária), ou pode dar-se com qualquer crédito consubstanciado em papel valor.

Ainda a título de consideração preliminar, cumpre registrar referência à classificação dos papéis-valores.

O direito cambiário nasceu como direito das cambiais, isto é, da letra de câmbio e da nota promissória, que tiveram origem comum e cuja evolução determinou a cristalização dos postulados e categorias peculiares àquele ramo do direito comercial.

Enquanto condição de **mobilidade,** que é a vocação primordial daqueles títulos, conceberam-se-lhes as características da **incorporação** e da **abstração;** com vistas à **garantia do terceiro,** tomador de boa fé, destinado a receber o título em meio de seu giro migratório, desenvolveram-se-lhes as características da **formalidade, literalidade, suficiência e autonomia** das manifestações cartulares.

A excelência das cambiais determinou o surgimento de inúmeros documentos cartulares inspirados na mesma vocação mobilizadora de créditos e direitos, dotados, na medida da opção do legislador e das possibilidades decorrentes da natureza e condição do crédito ou direito considerado, das mesmas características, passando o direito cambiário, de direito das cambiais, a direito dos títulos-valores ou papéis-valores.

Nessa linha de pensamento, distinguimos, no campo de incidência do direito cambiário, de um lado os **papéis-valores cambiários** ou **de natureza cambiária,** que apresentam de forma preponderante as características antes apontadas como distintivas das cambiais; de outro lado, os **papéis-valores cambiariformes,** informados por idêntica finalidade mobilizadora de créditos e direitos, concebidos em termos cambiários, dotados de aparência cambiária, sem apresentar, no entanto, suficientemente delineadas, algumas das características básicas das cambiais, acima apontadas.

Via de regra, os papéis-valores cambiariformes apresentam bem delineadas as características cambiárias assecuratórias do terceiro, tomador de boa fé. O ponto crítico de sua cambiariedade reside primordialmente no que concerne à incorporação e à abstração.

Os papéis-valores cambiários incorporam o crédito ou direito projetado a partir do chamado negócio subjacente, pela constitutividade que desempenham de direito novo, cartular, **correspondente** ao irradiado, sendo a cártula, por via de conseqüência, título **necessário** e **suficiente** para exercer o direito nela documentado.

Já no que respeita aos papéis-valores cambiariformes, pelas razões anteriormente sugeridas, comumente inexiste constitutividade cartular ou a mesma se apresenta insuficiente, de sorte que o direito irradiado permanece simplesmente **representado** cartularmente, ao invés de incorporado na cártula, tolhendo-se-lhes assim a abstração e a plena mobilidade cambiária.

Os títulos ditos **causais** (ASCARELLI, T., **Teoria Geral dos Títulos de Crédito,** 2. ed. São Paulo, Saraiva; 1969, cap. IV, ns. 16, 17 e 18) podem, em princípio, ser classificados como cambiariformes nos termos acima propostos, excetuados talvez aqueles em que o endosso viabiliza a abstração.

Por outro lado, os papéis-valores cambiariformes poderiam ser incluídos na classe dos títulos impróprios (MUÑOZ, Luiz. **Títulos Valores Creditícios.** Buenos Aires, TEA, 1956, n. 32).

Quando se disser, portanto, que a LI é título de natureza cambiária e que a CH o é de natureza cambiariforme, o sentido da distinção será o acima exposto, que não coincide com o de PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1961, v. 20, 21, 30, 34 e 36, § 3834, n. 3), cuja terminologia se tomou de empréstimo.

3. A LETRA IMOBILIÁRIA

a) A LI foi instituída pelo art. 44 da Lei Federal n.º 4.380, como instrumento de captação de recursos para o Sistema Financeiro da Habitação, criado pela mesma Lei (arts. 8.º e 15, III).

Dar-se-á desse título uma noção aproximada, dizendo que é um documento cartular, da classe dos valores mobiliários, de natureza cambiária, peculiar ao Sistema Financeiro da Habitação, e que incorpora promessa de pagar, em prazo determinado, quantia certa reajustável.

No que respeita à **função econômica,** a LI pode caracterizar-se como **valor mobiliário** (VAN RYN, Jean, **Principes de Droit Commercial,** Bruxelas, Emile Bruylant, 1957, n. 1292, p. 278), desempenhando,

em relação às entidades emitentes, o mesmo papel dos **títulos da dívida pública,** das **Letras Hipotecárias** e das **Letras de Câmbio** que circulam com aceite das sociedades de crédito, financiamento e investimento.

No que respeita à **natureza do título,** tomando o papel-valor em sentido estrito como sendo aquele documento, constitutivo de direito, nele referido e incorporado, necessário e suficiente ao exercício desse mesmo direito, e dotado de circulabilidade (ASCARELLI, T., op. cit. 19, n. 3), parece tranqüilo poder-se qualificar a LI como **título cambiário.** Essa igualmente a conclusão de ÁLVARO A. PESSOA (op. cit n.º 31). Dotada de **abstração plena** (no que se assemelha mais uma vez aos títulos da dívida pública) por **nascer** sem qualquer vínculo com negócio subjacente, a LI é, sem dúvida, documento constitutivo do direito que menciona e bastante ao exercício desse mesmo direito. Acresce a denominação "letra", característica da cambial por excelência, bem como a **rigidez formal** da cártula e dos dizeres do contexto (Lei Federal n.º 4.380, art. 45; RC/BNH, n.º 60/66; RC/BNH, n.º 104/66 e RC/BNH, n.º 105/66), mais e principalmente a circunstância de ser um título, de regra, **circulável** em termos cambiários (Lei Federal n.º 4.380, art. 47)

b) Do ponto-de-vista da norma que preside sua **circulabilidade,** as LI podem ser **nominativas** ou **ao portador.** As LI nominativas devem, quando emitidas, ser inscritas em livro especial de registro "Livro de Registro das Letras Imobiliárias Nominativas" — obrigatório tanto para o BNH quanto para as sociedades privadas que possam, nos termos da lei, emitir tais títulos, e no qual serão "averbadas as transferências e constituição de direitos" sobre as ditas LI nominativas (Lei Federal n.º 4.380, arts. 46, 47 e 48).

A transferência de uma LI nominativa pode ser feita simplesmente por (1) **tradição precedida de endosso em preto** que, no entanto, só produzirá efeitos perante o emitente depois de averbada no mencionado livro de registro e anotada a averbação no próprio título, assegurando a lei ao endossatário, cuja posição decorra de uma série contínua de endossos, o direito de obter a sobredita averbação ou a expedição de novo título em seu nome ou de terceiro que indicar (Lei Federal n.º .. 4.380, art. 47, "a" e § 3.º).

A LI nominativa também pode ser transferida por (2) **tradição precedida de averbação do nome do adquirente no livro de registro e na cártula,** efetuado pelo emitente ou simplesmente pela (3) **substituição do certificado por outro** (Lei Federal, n.º 4.380, art. 47, a).

Quem, como alienante, pede averbação da letra ou expedição de novo certificado em favor de terceiro, deve provar, perante o emitente, sua identidade e o poder de dispor da letra. Da mesma forma quem pleiteie tal para si, como adquirente, deve, nos termos da lei, apresentar ao emitente (que o arquivará) o instrumento da aquisição, que evidentemente não tem forma especial (Lei Federal n.º 4.380, art. 47, § 2.º; Código Civil Brasileiro, art. 129).

Como se vê, a vida das LI nominativas está intimamente vinculada ao supramencionado Livro especial de registro. Efetivamente, apesar do endosso em preto, a transferência de LI nominativa não produz qualquer efeito perante a sociedade emitente, permanecendo como mero negócio "inter alios", entre endossante e endossatário, antes de registrada no livro competente. Como observa ÁLVARO A. PESSOA, a lei deu às sociedades de crédito imobiliário notável segurança nessa matéria, conferindo ao registro, de que ora se trata, razoável semelhança com o registro de imóveis; analogamente ao que dispõe o art. 530 do Código Civil Brasileiro, ao estabelecer a transcrição como forma de aquisição da propriedade, o art. 47, § 3.º da Lei Federal n.º 4.380, reputa ineficaz o ato de transferência das LI nominativas antes do registro no livro próprio (op. cit., n.º 70).

O que se disse acima em relação às transferências de LI nominativas vale igualmente para a hipótese da constituição de direitos sobre as mesmas letras. Em se tratando eventualmente de alienação fiduciária, o registro de que ora se trata, coexistirá com o estabelecido no art. 66, § 1.º, da Lei Federal n.º 4.728; este, ao menos, parece o entendimento mais adequado (cf. PESSOA, A. A. op. cit., n.º 74-75).

As LI criadas **ao portador** circulam por **simples tradição,** independentemente de qualquer averbação ou registro.

As LI ao portador são incomparavelmente mais importantes que suas congêneres nominativas, de uso restrito e cambiaridade prejudicada como, de resto, sucede com os papéis-valores nominativos. Assim sendo, as observações acerca da cambiaridade das LI, expressas no item anterior, devem ser entendidas como referentes às LI ao portador, **únicas, aliás, que aparecem no mercado de capitais** (cf. PESSOA, A. A. op. cit. n.º 124).

c) No que respeita à estrutura, a LI assemelha-se à nota promissória, consubstanciando promessa de pagamento (Lei Federal n.º 4.380, art. 44, § 1.º) de quantia certa (art. 45, c), em prazo determinado (art. 45, c), onde o criador do título é ao mesmo tempo obrigado cambiário principal (PONTES DE MIRANDA, in "Tratado de Direito Privado", 34, § 3832, n. 6).

O prazo de resgate, inicialmente, não poderia ser inferior a **dois anos** (Lei cit., art. 53); posteriormente, o prazo mínimo de resgate foi reduzido para **um ano,** nos termos do art. 65 da Lei Federal n.º 4.728, de 14 de julho de 1965.

Por outro lado, a **quantia certa,** a que se obriga o emitente da LI, é **reajustável,** consubstanciando **dívida de valor.**

Tomamos o discutido neologismo — dívida de valor (crédito de valor) — de empréstimo à não menos discutida "teoria das dívidas de valor" (LACERDA, Galeno V. de, **Correção Monetária e Discrição dos Tribunais.** Passo Fundo, Prefeitura Municipal, 1969, p. 94) por ser a que, em sentido amplo, nos parece mais significativa da principal conseqüência projetada, no campo do direito das obrigações, pela superação do nominalismo enquanto princípio informador do poder liberatório da moeda. (WALD, Arnoldo. A Correção Monetária no Direito Privado, **Revista dos Tribunais,** São Paulo, (364): 23, 1966.)

Poder-se-ia dizer, resumidamente, que o crédito incorporado nas LI não vem expresso em moeda estática, mas, sim, em moeda dinâmica. E essa circunstância — de a LI consubstanciar dívida de valor não lhe prejudica a cambiaridade pelo comprometimento da suficiência cartular ou mesmo da literalidade do título, uma vez que o reajusta-

mento da quantia incorporada na cártula se faz com base em eritério oficial e necessário, regulado em lei e instruções complementares que expressam normas de caráter cogente. A literalidade e suficiência cartular do título estariam comprometidas se a adoção de valores mutáveis se fizesse "sem autorização legislativa e unilateralmente, isto é, se o titular de nota promissória sem cláusula de correção monetária pretendesse receber quantia diversa da expressa no título" (PESSOA A. A., op. cit. n.º 64).

Cumpre, de outra parte, ressaltar que, desde a Lei Federal n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, letras de câmbio e notas promissórias também podem ser criadas com cláusulas de correção monetária.

O reajuste dos créditos incorporados em LI se faz por referência à chamada **Unidade Padrão de Capital do Banco Nacional da Habitação,** designada simplesmente pela sigla UPC, instituída nos termos do art. 52 da lei básica do Sistema Financeiro da Habitação.

Criada a UPC, seu valor então correspondente "a dez mil cruzeiros, com o poder aquisitivo do cruzeiro em fevereiro de 1964" era reajustado, **sempre que ocorresse alteração do salário mínimo legal,** com base em índice geral de preços adotado especificamente pelo Conselho Nacional de Economia, vigorando o reajuste sessenta dias após a alteração salarial (Lei Federal n.º 4.380, art. 52 §§ 1.º, 2.º e 3.º e art. 5.º, § 1.º). Posteriormente, o ritmo de reajustamento do valor da UPC passou a ser semestral (Lei Federal n.º 4.864, de 29.11.1965) e, finalmente, **trimestral** (Lei Federal n.º 4.728, de 14.7.1965, art. 26, II e § 6.º, Instrução/BNH n.º 5, de 29.01.1966), como é ainda hoje.

Quando foi instituído o chamado **"plano de equivalência salarial — PES"** (RC-BNH n.º 36/69) como sistema preferencial de reajustamento de valor para efeitos dos contratos de mútuos firmados com agentes do Banco Nacional da Habitação, ressalvaram-se as LI cujo valor continuou sendo atualizado por referência à UPC **(sistema de correção monetária).** Nesse sentido dispõe a RC-BNH n.º 36/69:

> "9.1. — A correção monetária paga nas Cadernetas de Poupança e Letras Imobiliárias, continua, sem alteração, a ser regulada pela Instrução n.º 5/66 do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação".

d) A LI é papel-valor peculiar ao Sistema Financeiro da Habitação. De início só poderia ser emitida pelo Banco Nacional da Habitação e pelas sociedades de crédito imobiliário (Lei Federal n.º 4.380, art. 44), sendo posteriormente facultada a emissão também pelas sociedades de crédito, financiamento e investimento que tivessem carteira de crédito imobiliário de conformidade com as normas do Sistema (Lei Federal n.º 4.864, art. 20).

As LI de emissão do Banco Nacional da Habitação até o presente momento não têm aparecido no mercado de capitais como verdadeiros papéis-valores na função de valores mobiliários, embora nenhum dispositivo legal exista que o impeça.

A INSTRUÇÃO/BNH n.º 3, de 27 de janeiro de 1965, bem como as RC/BNH n.º 104/66 e 105/66, regulam a LI de tipo "A" e "B", de emissão do BNH, com caracteres praticamente idênticos, nominativas, intransferíveis (= inalienáveis) e com prazo de resgate de vinte anos, destinadas a documentar verdadeiros empréstimos compulsórios instituídos para viabilizar o Sistema Financeiro da Habitação. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 262, de 28 de fevereiro de 1967, na mesma linha, regulou a venda de terrenos de propriedade do Instituto Nacional de Previdência Social, para aplicação em LI de emissão do BNH, ditas dos tipos "E1" e "E2" nos termos da RC/BNH n.º 33/67.

Pelas características de prazo de resgate, bem como pela intransferibilidade que as descaracteriza como verdadeiros papéis cambiários, as LI de emissão do BNH, até agora previstas, formam categoria especial de papéis-valores não destinados ao mercado de capitais e aos quais não se aplica o conceito formulado no item a).

Maior interesse despertam as LI de emissão das sociedades de crédito imobiliário e das sociedades de crédito, financiamento e investimento, reguladas pela RC/BNH n.º 60/66, que as distingue em dois tipos, "C" e "D". As primeiras, classificadas como **título de renda,** com prazo de resgate mínimo de três anos, apresentam a respectiva cédula acompanhada de cupons representativos dos juros e correção monetária, destacáveis para efeitos de pagamento autônomo; as segundas, ditas de **poupança,** apresentam cédulas simples com prazo de resgate de um ano.

e) No que respeita às **garantias** que oferecem aos tomadores, mais uma vez distinguem-se as LI de emissão do Banco Nacional da Habitação, que analogamente aos títulos da dívida pública da União, são garantidas pela **Fazenda Nacional** (Lei Federal n.º 4.380, art. 44, § 1.º), das LI de emissão de sociedades privadas, que não gozam daquele benefício.

Quanto às LI de emissão das sociedades de crédito imobiliário, a principal garantia que oferecem, consiste na preferência de que desfrutam sobre os bens do ativo da sociedade emitente.

> "As letras imobiliárias emitidas por sociedades de crédito imobiliário terão preferência sobre os bens do ativo da sociedade emitente em relação a quaisquer outros créditos contra a sociedade, inclusive os de natureza fiscal ou parafiscal" (Lei Federal n.º 4.380, art. 44, § 2.º).

Com vistas a tornar mais efetiva essa garantia, a Lei Federal n.º 4.380, no seu art. 44, § 3.º, veda expressamente às sociedades de crédito imobiliário a emissão de debêntures que teriam privilégio geral sobre todo o ativo da sociedade emitente (Decreto 177-A, de 15 de setembro de 1893, art. 1.º, § 1.º).

As referidas sociedades de crédito imobiliário operam no setor de financiamento para construção e aquisição de imóveis residenciais contra garantia hipotecária constituída, a seu favor, pelos mutuários, sobre o imóvel construído ou adquirido com os recursos provenientes, integral ou parcialmente (de regra), do financiamento. Assim sendo, dentre os bens (que se hão de tomar em sentido amplo, analogamente ao que se dá ao mesmo termo no art. 39 do Decreto Lei n.º 7661, de ... 21.06.1945) dessas sociedades, avultam as hipotecas correspondentes aos financiamentos contratados com terceiros. Aqui o sentido da classificação, de início proposta, das LI como títulos garantidos por direitos reais.

Dir-se-á que as hipotecas não são constituídas em garantia das emissões de LI e sim, dos créditos das sociedades emitentes, correspondendo aos financiamentos contratados com terceiros. Dir-se-á mais:

inexiste, de regra, qualquer vínculo jurídico (direito) entre os contratos de mútuo com pacto adjecto de hipoteca e as emissões de LI, contrariamente ao que sucede com as letras de câmbio que circulam com aceite de sociedades de crédito, financiamento e investimento, estas sim, originariamente vinculadas aos contratos de financiamento efetuados por aquelas sociedades com terceiros, que comparecem nas cártulas como sacadores.

Observe-se, porém, que se, como foi dito, de regra não há vínculo jurídico entre as emissões de LI e os financiamentos concedidos a terceiros, existe inegável **correlação financeira** entre ambas as operações, de vez que os recursos para os aludidos financiamentos provêm fundamentalmente, da colocação de LI no mercado. Com efeito, dentre os papéis-valores inicialmenle classificados como lastreados em direitos reais, as LI aproximam-se menos das debêntures com garantia hipotecária especifica do que das letras hipotecárias de emissão dos bancos de crédito real. (enfatizando certa similitude entre as LI e as debêntures. A. A. PESSOA, op. cit., n.ºs 40, 41).

Veja-se a lei —

"As letras hypothecárias teem por garantia:

§ 1.º immóveis hypothecados;
§ 2.º o fundo social;
§ 3.º o fundo de reserva."

(art. 327 — Decreto n.º 370, de 2.05.1890) "Fica entendido que as letras hypothecárias não teem garantia directa sobre tal ou tal immóvel hypotecado a sociedade; ellas são garantidas indeterminadamente por todos os immóveis." (art. 329, ibid.)

Por outro lado, e aqui o aspecto fundamental da questão, os créditos correspondentes à LI preferem, nos termos da lei, a **"quaisquer outros créditos contra a sociedade, inclusive os de natureza fiscal ou parafiscal".**

Ora, assegurada tal classe de preferência e considerada a relevância das hipotecas decorrentes dos contratos de mútuo, dentre os bens do ativo das sociedades emitentes, parece-nos se possa razoavelmente dizer que as LI são títulos garantidos por direitos reais. (cf. PESSOA, A. A., op. cit., n.º 43).

Cumpre examinar, ainda que brevemente, a exata extensão da supracitada preferência, que vem acrescer mais um elemento ao já complexo sistema de hierarquização de créditos atualmente vigente para as execuções concursais no direito brasileiro.

A regra geral nessa matéria é a consubstanciada no art. 102, do Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, alterado posteriormente pela Lei Federal n.º 3.726, de 11 de fevereiro de 1960 e pelo Decreto-Lei n.º 192, de 24 de fevereiro de 1967, dando preferência aos créditos de empregados por salários e um terço dos créditos a título de indenizações trabalhistas. Essa regra geral complementa-se com o disposto no art. 187 do Código Tributário Nacional (Lei Federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966) classificando logo após os sobreditos créditos trabalhistas, os de natureza fiscal, que, a sua vez, gozam de vantagem processual por independerem de habilitação (CTN, arts. 186 e 187).

A regra em exame — Lei Federal n.º 4.380, art. 44 § 2.º — por se tratar de **norma especial** sobrepõe-se à regra geral do art. 102 da Lei de Falências, bem como e pela mesma razão às dos arts. 186 e 187 do Código Tributário Nacional, assegurando aos créditos incorporados em LI preferência sobre quaisquer créditos contra a sociedade emitente, inclusive os de natureza trabalhista, os créditos fiscais e os que são a estes últimos assemelhados (por exemplo, os referentes à contribuição previdenciária) e que a mencionada Lei Federal n.º 4.380 designa como "Para-fiscais". Nesse sentido a lição de THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS (**Manual dos Títulos de Crédito.** Rio de Janeiro, Ed. Americana, 1971, p. 335, n. 2). Ainda no mesmo sentido, ÁLVARO A. PESSOA (op. cit. n.º 87).

Mas, além da preferência até aqui examinada, outras garantias asseguram a solidez dos créditos incorporados nas LI de emissão de sociedades privadas.

Em primeiro lugar, o que se poderia denominar **garantias operacionais,** consubstanciadas numa série de medidas tendentes a **estabelecer limites de emissão** considerados compatíveis com a segurança dos tomadores em função dos recursos das sociedades emitentes (cf. Lei Federal n.º 4.380, art. 40, c, e parágrafo único; Lei Federal n.º 4.864, art. 20; Resolução n.º 20, de 4 de março de 1966, do Banco Central do Brasil, itens XI e XXVI; RC/BNH n.º 60/66, n.º 6; RD/BNH n.º 2/68 e RD/BNH n.º 5/68).

Existe ainda um **"Fundo de Garantia dos Depósitos e Letras Imobiliárias"** instituído pelo Banco Nacional da Habitação através da RC n.º 3/67 destinado a "garantir financeiramente, em seu vencimento, a integridade das poupanças do público aplicadas nas Sociedades e Carteiras de Crédito Imobiliário e Associações de Poupança e Empréstimo, contra o risco da insolvência da empresa". Trata-se de verdadeiro seguro que cobre os investimentos em LI e contas de depósito junto às entidades mencionadas até o limite de 400 UPC por investidor (RC/BNH n.º 3/67, 3.1).

Mais: a lei básica do Sistema Financeiro da Habitação prevê (art. 44 § 4.º) a possibilidade de as LI emitidas pelas sociedades de crédito imobiliário serem garantidas com a **coobrigação** de outras sociedades privadas, figurantes acidentais na terminologia de PONTES DE MIRANA (Tratado de Direito Privado, 34, § 3832, n.º 5).

Essa modalidade de garantia das LI não tem sido utilizada.

Embora o texto legal não seja explícito, parece estar a sugerir uma modalidade de LI muito assemelhada às letras de câmbio que circulam com aceite das sociedades de crédito, financiamento e investimento. Com efeito, estas, que são emitidas pelos mutuários em função dos contratos de financiamento, recebem o aceite da sociedade mutuante que as utiliza para captar recursos correspondentes ao montante do financiamento e despesas. Nessas letras de câmbio, o mutuante é obrigado principal (= sacado aceitante) e o mutuário é o sacador.

A possibilidade de coobrigação de sociedades privadas em matéria de LI faz supor técnica operacional assemelhada à das sociedades

de crédito, financiamento e investimento e que não é peculiar às sociedades de crédito imobiliário, onde as operações passivas e ativas têm apenas vínculos globais e indiretos (RC/BNH n.º 31/67).

Não vemos outra razão que justificasse o comparecimento de outras sociedades privadas coobrigando-se nas LI, que não fosse a correlação excepcional, de um lote daqueles títulos a uma operação de mútuo que, pelo vulto do compromisso, exigisse da sociedade mutuante captação específica de recursos através da emissão de LI em proporções maiores que o previsto, acertando-se contratualmente que a sociedade mutuária se coobrigue com a emissão.

Essa coobrigação é evidentemente de **natureza cambiária** em virtude da qualidade do título garantido, assemelhando-se ao aval mais que a qualquer outro ato cambiário típico.

Finalmente, cumpre registrar a **garantia** processual consubstanciada no **rito executivo** de cobrança assegurado ao credor por LI (Lei Federal n.º 4.380, art. 45, parágrafo único).

4. A CÉDULA HIPOTECÁRIA

(a) A CH foi instituída pelo art. 10 do Decreto-Lei n.º 70, de 21 de novembro de 1966, apresentando-se como documento cartular cambiariforme, representativo de crédito de valor e respectiva garantia hipotecária, previamente constituídos em favor do emitente.

Considere-se que os mútuos, contratados com agentes do Sistema Financeiro da Habitação, pressupõem necessariamente, como já se disse, tanto a reajustabilidade do valor do crédito, quanto a **garantia hipotecária,** constituída sobre o imóvel a cuja aquisição ou construção o empréstimo se destina. Dentro desse quadro negocial, a CH apresenta-se como documento apto a mobilizar os créditos do mutuante, decorrentes de cada contrato com suas peculiaridades de valor, prazo de amortização e garantia hipotecária, graças às suas características cambiárias, entre outras, a forma cartular rígida e, principalmente, a circulabilidade por via de endosso.

Compreender-se-á melhor a função econômica da CH fazendo-se referência, embora breve, ao "Mercado de Hipotecas" estruturado pelo Banco Nacional da Habitação nos termos da RC/BNH n.º 101/66 e do qual o título em exame é instrumento básico (cf. ainda: RD/BNH n.º 13/67; RD/BNH n.º 16/68).

No "Mercado de Hipotecas" o grande adquirente de créditos hipotecários representados em CH é o próprio Banco Nacional da Habitação, através dos chamados INICIADORES, previamente credenciados "pro tempore" (RD/BNH n.º 16/68,4) nos termos da RD/BNH n.º 52/66, e que são os credores iniciais nas CH a serem adquiridas pelo BNH. As entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, excetuado o Banco Nacional da Habitação (Lei Federal n.º 4.380, art. 8), são INICIADORES independentemente de credenciamento (RC/BNH n.º 101/66, 2c), 1).

O INICIADOR típico do "Mercado de Hipotecas" é a pessoa física ou jurídica que se dedica, quer na condição de construtor, quer na de incorporador, à indústria da construção civil. Depois de devidamente credenciado, submete ao Banco Nacional da Habitação um projeto nos termos do roteiro de apresentação instituído pela RD/BNH n.º 51/66. Aprovado o projeto, o BNH assina com o INICIADOR uma "Promessa de Compra e Venda de Hipotecas", cujas cláusulas básicas são padronizadas de acordo com o anexo n.º 2 da sobredita RD/BNH n.º 51/66 (cf. ainda RD/BNH n.º 13/67).

Respaldado no compromisso acima referido, o INICIADOR lança-se à execução do projeto com recursos próprios ou de terceiros. Se os recursos de terceiros forem de instituição financeira, esta assinará com o INICIADOR mutuário um contrato de financiamento. Se dita instituição financeira for entidade do Sistema Financeiro da Habitação ou Banco privado poderá, a sua vez, obter junto ao BNH adiantamento de recursos para financiar a obra, contraindo assim com o BNH dívida a ser liquidada por ocasião da efetivação do compromisso pactuado entre o mesmo BNH e o INICIADOR (RC/BNH n.º 101/66, 6).

As unidades integrantes do projeto normalmente serão compromissadas com terceiros ainda durante a execução da obra. O essencial é que as vendas, se a prazo, sejam pactuadas de conformidade com as condições da promessa a que se aludiu anteriormente, mediante garantia hipotecária constituída sobre a unidade vendida, observadas as cláusulas-padrão constantes do anexo n.º 3 da RD/BNH n.º 52/66 (cf. ainda RD/BNH n.º 5/68; RD/BNH n.º 7/68).

Concluída e averbada a obra, poderão ser transcritos os instrumentos públicos ou particulares de compra e venda com pacto adjecto de hipoteca, inscritas as hipotecas e averbadas as CH representativas dos eréditos hipotecários.

O mutuário final, adquirente da unidade considerada, paga o preço da compra ou parte dele, constituindo dívida hipotecária que será, para efeito de mobilização, representada em CH.

Se a obra tiver sido executada com recursos do próprio INICIADOR ou de terceiros que não sejam instituição financeira, as CH, depois de averbadas e acompanhadas da documentação exigida nos termos da RD/BNH n.º 51/69, serão resgatadas pelo Banco Nacional da Habitação, que se tornará credor direto dos adquirentes das unidades financiadas (cf. RC/BNH n.º 26/69).

Atualmente a aquisição das CH por parte do Banco Nacional da Habitação já se efetua através dos chamados "GESTORES HIPOTECÁRIOS", credenciados nos termos da RD/BNH n.º 10/69.

Se a obra tiver sido construída com recursos de instituição financeira, o INICIADOR quitará sua dívida transferindo-lhe as CH correspondentes devidamente averbadas e se a instituição financeira mutuante, a seu turno, tiver efetuado o financiamento com recursos do BNH, pagará seu débito para com o BNH com as CH recebidas do INICIADOR.

Mais simples, a operação de compra pelo Banco Nacional da Habitação de CH independentemente de compromisso prévio e de intervenção de INICIADOR credenciado, prevista na RD/BNH n.º 23/67 e regulada na Circular BNH/SAF n.º 41/67 (cf. tb. RD/BNH n.º 51/66, anexo n.º 4, 5, 1; conf. ainda Circular BNH/SAF n.º 20/68).

Essa operação se efetiva através das Sociedades e Carteiras de Crédito Imobiliário, bem como das Caixas Econômicas e das Associações de Poupança e Empréstimo, que, sem serem credoras originárias (Circular BNH/SAF n.º 41/67, 2), adquirirão por endosso CH correspondentes a hipotecas, constituídas segundo as condições estipuladas para o "Mercado de Hipotecas", sobre imóveis que não tenham sido construídos com recursos do Sistema Financeiro da Habitação ou de grupo que lhe seja vinculado direta ou indiretamente (Circular BNH/SAF n.º 41/67/3), para posteriormente transferi-las ao Banco Nacional da Habitação.

Sob o aspecto, pois, de sua **função econômica,** as características da CH aproximam-na melhor dos efeitos **de comércio** (COLIN-CAPITANT, in "Cours Elémentaire de Droit Civil Français" Paris, 1928, 5 éme ed. t. II, pág. 879; VAN RYN JEAN, op. cit. II n.º 1281, pág. 269).

(b) No exame da natureza jurídica da CH, não ressalta o crédito nela representado e, sim, paradoxalmente, seu acessório, a garantia, que confere ao título a peculiaridade de ser tentativa de **cartularização de hipoteca.**

Esse aspecto, se por um lado é fator determinante das dificuldades que depara o título na sua vocação cambiária, por outro lado o projeta como segmento de vetusta e constante linha evolutiva, no sentido da mobilização jurídica da terra e dos bens que se lhe acrescem e passam a participar de sua condição.

Nos primórdios da evolução social organizada, todas as comunidades, no intuito de salvaguardar os elementos patrimoniais básicos de sua estrutura sócio-econômica, têm-nos situado numa classe superior de bens, para cuja alienação se exigem formalidades complexas, que tanto buscam desestimular, quanto cercar da maior segurança as transações que lhes digam respeito. Quanto aos demais bens, de hierarquia inferior, transmitem-se informalmente, valendo-lhes a posse por domínio.

O Direito Romano conheceu a distinção entre as **res mancipi** e as **res nec mancipi;** as primeiras somente transferíveis pelo **mancipatio,** ritual e solene, enquanto as segundas transferiam-se por simples tradição. Eram **res mancipi** a terra, os escravos, os animais de campo.

A imobilidade jurídica da terra decorria pois, não somente de sua imobilidade natural, mas também de sua importância como instrumento de riqueza e de poder.

Como ensina, porém, SUMNER MAINE, "L'histoire du droit de propriété romain est l'histoire de l'assimilation des choses **mancipi aux chauses nec mancipi.** L'bistoire de la propriété sur le continent européen est l'histoire du renversement du droit feodal relatif aux terres par le droit romain relatif aux meubles"; **L'Ancien Droit,** Paris, Guillaumin, 1874).

Não é nova, portanto, a tendência que depois se delinearia nitidamente como tentativa, sempre renovada e fortalecida, de mobilização jnrídica da terra e bens assimilados.

À medida em que se superava a Idade Média e seu sistema sócio-econômico, processava-se inexoravelmente um desdobramento da riqueza e do poder no sentido dos campos para os florescentes centros comerciais urbanos, onde os negócios com bens móveis e o poderio do mar importavam mais que a terra. Concomitantemente, por mutações do direito comum, informado predominantemente pela tutela dos patrimônios imobiliários, como "droit de la richesse acquise, conservée et transmise heréditairement" (SCARPA Jean, in "Manuel de Droit Commercial", 1947, n.º 43), surgia o direito comercial informado pela mobilidade peculiar ao comércio. PIRENNE HENRI, **Las Ciudades Medievales",** trad. de la ed. francesa de 1939 y corrección con ed. publ. por Princeton Univ. Press, Princeton, N. J. 1925. Buenos Aires, Ediciones 3, 1962, p. 88, 95, 103, 136, 137).

No bojo do novo direito, cuja importância cresceu na mesma proporção do comércio e indústria europeus, delineavam-se os **papéis-valores,** incorporando direitos a cártulas dotadas de características especiais que as tornassem essencialmente aptas à circulação.

O desenvolvimento desses títulos, juntamente com a diminuição do prestígio da terra como condição de riqueza e poder, possibilitaram, na segunda metade do século XVIII, o aparecimento das **hipotecas cartulares,** emprestando ao direito constituído sobre imóveis a vocação

mobiliária peculiar das cambiais. Assim, de um lado os "Landschaften", que marcam o início da sistematização do crédito fundiário em Prússia, principiaram a operar como verdadeiras cédulas hipotecárias ao portador, as quais, posteriormente (a partir de 1849) foram descaracterizadas como tais, passando a assemelhar-se ao que são nossas letras hipotecárias e LI (WOLFF M., in "Derecho de cosas", in "Tratado de Derecho Civil", tomo III, vol. II, trad. esp. Bosch, 1948, § 157 a, I, pág. 382).

De outro lado, os legisladores revolucionários franceses, em lei de 27 de junho de 1795 (9 MESS, AN III), não se limitaram a introduzir a cartularização das hipotecas (arts. 37 e segs.; arts. 78 e segs.), mas avançaram até a institucionalização da **hipoteca de proprietário** — "hypothèque sur soi même"; art. 36 — de **cunho não acessório** — PLANIOL, M. **Traité Elementaire de Droit Civil. 7, ed.** Paris, Pichon et Durand — Acezias, 1917, v. 2, n. 332, p. 317.

Sobre a cédula hipotecária de 9 MESS, AN III, referem BAUDRY — LACANTINERIE & LOYNES:

"C'est une sorte de papier-monnaie représentant pour partie la valeur de l'immeuble à l"occasion duquel la cédule est créé. Ce n est pas la garantie d'une obligation personnelle, il n'en a pas éte contracté. (...) La cédule hypothécaire c'est la mobilisation du sol. Elle n'est pas productive d'interêts". (in **"Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, XXIV — Du Nantissement des Privilèges & Hypothèques et de L'Expropriation Forcée"** — tome premier, **Introduction, LII).**

Finalmente, o descompromisso e o senso prático dos primeiros colonizadores da Austrália possibilitaram a concepção do chamado **"Sistema Torrens"** de registro de propriedade imobiliária, inventado por Robert Torrens e adotado pela primeira vez em 1858, no setor meridional daquela então colônia britânica. Esse sistema, que visa a **completa mobilização jurídica do solo,** através da cartularização dos títulos de propriedade imobiliária, de sorte a poderem circular por endosso (SAIN, Alfred. Le système Torrens, Apud BARBOSA, R., CAMPOS SALLES, M. F. de & GLICERIO, F.**Exposição encaminhada ao chefe**

do Governo Provisório do Brasil, em 31.5.1890, juntamente com o projeto de Decreto n.º 451 B, de 31.5.1890 — instituindo o Sistema Torrens no Brasil. p. 11), chegou a ser introduzido no Brasil pelo Decreto n.º 451 — B, de 31 de maio de 1890, mas não teve aqui, diversamente do que sucedeu alhures, a aceitação esperada.

Ao tratar, conquanto superficialmente, da mobilização jurídica da terra, não se poderia omitir referência ao escocês JOHN LAW (1.671 —1.729), misto de aventureiro e financista, que lançou a idéia da monetarização da terra através da emissão de bilhetes de banco garantidos por todas as propriedades fundiárias do Reino.

A hipoteca cartular e a hipoteca de proprietário não resistiram à descrença com que foram recebidas em França, tendo a sobredita Lei sido suspensa e sucessivamente substituída por outra, de 1.º de novembro de 1798 **(11 BRUMAIRE, AN VII)**, que não refere aqueles institutos (cf. LAURENT, in "Principes de Droit Civil Français", 1878, t. 29, n.º 27, p. 39; COLIN — CAPITANT, in "Cours Elementaire de Droit Civil Français, v. 2, Paris, 1928, p. 879; TROPLONG, M., in "Droit Civil Expliqué — des Privilèges et Hypothèques, t. 2, Paris, 1854, p. 342; PLANIOL, M., in "Traité Élémentaire de Droit Civil", v. 2, Paris, 1917, p. 809).

Em Alemanha foi diversa a orientação dominante; o Código Civil, de 1896, prevê **três gravames imobiliários** (MEULENEARE, O. de. **Code Civil Allemand et Loi d'Introduction,** Paris, Chevalier Maresq, 1897, p. 297); a **hipoteca** — "Hypothek", BGB § 1113 —, a dívida imobiliária — "Grundschuld", BGB § 1191 — e a dívida imobiliária de renda — "Renteschuld", BGB § 1199 — **documentáveis preferentemente por via cartular.**

No direito alemão, a **hipoteca** é direito acessório, existente como função do crédito que se destina a garantir (BGB § 1153), não podendo nascer, subsistir ou transferir-se independentemente dele.

A **hipoteca** alemã presume-se **"de tráfico",** isto é, destinada a circular mediante a extração de correspondente **cédula hipotecária** (BGB, § 1.116, alínea I) ensejando que terceiro adquira a garantia real

ainda que extiuto c crédito correspondente, "dando margem a que se afirme haver aí um afastamento do princípio de acessoriedade em favor da mobilização" (COUTO E SILVA, Clóvis do, in "A hipoteca no Direito Comparado", RCGERS, Porto Alegre, 3(5): 13-52, 1973). Excepcionalmente e desde que tal peculiaridade conste expressamente do registro, a hipoteca poderá ser **"de garantia",** sendo vedada, nessa hipótese, a emissão da correspondente cédula hipotecária (BGB § 1.185).

O **"Grundschuld"** é gravame imobiliário **não acessório,** proveniente da "hypothèque sur soi même" da lei francesa de 9 MESS. AN III através do dircito meklembnrguês, podendo ser constituído independentemente de quaisquer créditos. Mesmo na hipótese de ter sido constituída em garantia de algum crédito, a dívida imobiliária tem caráter "abstrato face ao dito crédito, chegando-se a dizer que o crédito seria acessório do "Grundschuld" (cf. LEHR,, Ernest, in "Traité Elémentaire de Droit Civil Germanique", Paris, 1892, v. 1, p. 364).

...."**Le Grundschuld** ou dette foncière est une obligation qui grève le fonds sans engager la personne et le patrimoine de celle-ci. Cette créance est représentée par un bon foncier **Grundschuldbrief,** transmissible par voie d'endossement comme une lettre de change. Elle est ou peut être productive d'intérêts. Ces intérêts son garantis par l'hypothèque de la même manière que le capital. Par là, la dette foncière diffère de la cédule hypothécaire la loi dc méssidor. Ces intérêts peuvent être représentés par des quitances annexées au bon foncier" (BAUDRY-LACANTINERIE/DE LOYNES, op. cit. ibid. LIII).

A **"Rentenschuld",** igualmente de cunho **não acessório,** no que se assemelha ao "Grundschuld" — constitui-se na oneração do imóvel mediante constituição de renda periódica sobre o mesmo, sem comprometer outros bens do patrimônio do devedor (WOLFF; op. cit. § 130, p. 172; ROSSEL — MENTHA, in "Manuel de Droit Civil Suisse", 2. ed. Lausanne, Payot, 1911, p. 183).

Observa porém WOLFF: **"La deuda de renta** es una institución muerta; pues para garantizar una renta es preferible y se practica la carga real (cf. § 157 **in fine).** También estaba demás el tomar la **deuda inmobiliária** de la vida jurídica meklemburguesa; el que esta forma haya tenido resonancia práctica (cf. infra § 132) es una muestra de la cresciente (e inconveniente) movilización de los valores inmobiliários: Los derechos extranjeros, con excepción del código civil suizo (...) desconocen la deuda inmobiliária". (op. cit. § 130, I, 3, p. 175)

Ainda no que respeita ao direito alcmão, cumpre mencionar, a título de registro histórico, um instituto prcvisto no ordenamento jurídico, da então Cidade Livre de Bremen, denominado "Handfeste" e que

"... était un titre écrit qui répresentait le sol. C'était la transformation de la propricté immobilière en valeurs de portefeuille. La Handfeste n'était pas un titre de créance; elle réprésentait une portion de l'immeuble et était susceptible, comme une chose, d'être remise en nantissement. Le propriétaire pouvait s'en faire délivrer tel nombre que bon lui semblait. Chacune d'elles portait un número d"ordre. Le propriétaire donnait son immeuble en nantissement en remettant une des Handfesten à son créancier. C'était véritablement la mobilisation du sol. Il semble que cette législation a été abrogée par le nouveau Code Civil". (BAUDRY-LACANTINERIE/DE LOYNES; op. cit., ibid. LIV).

Segundo testemunha DE LOYNES, o direito sueco (Ordenança Real dc 16 de junho de 1875, art. 29), também previu instituto semelhante ao **Grundschuld** alemão e à "hypothèque sur soi mème" do direito revolucionário francês. (BAUDRY-LACANTINERIE / DE LOYNES; op. cit., ibid. LIII, nota).

O direito suíço, na linha dos gravames imobiliários cartulares, conhece a "cédule hypothécaire ("Schuldbrief" — C. C. art. 842) e a "lettre de rente" ("Gült" — C. C. art. 847), pode-se dizer correspondente à versão cartular do "Rentenschuld" do BGB. (cf. WOLFF, M. op. cit., § 157, VI, nota n.º 9, p. 381).

Como referem ROSSEL-MENTHA "... la cédule hypothécaire, comme la lettre de rente, ne comporte aucune condition ni contre-prestation (art. 854), ensorte qu"elle représente une dette **abstraite, sans histoire,** comme un billet de banque. (...) Ce sont les cédules hypothecaires et les lettres de rente qui, chez nous, **rempliront la fonction de mobiliser la valeur du sol".** (op. cit., pág. 184 — grifou-se).

No Brasil, o primeiro instituto na linha da cartularização de direitos reais sobre imóveis, foi a **letra hipotecária,** já referida (Lei n.º 1237, de 24.09.1864, art. 13, § 1.º; Decreto n.º 169A, de 19.1.1890, art. 13 § 1.º; Decreto n.º 370, de 02.05.1890, arts. 310, 327 e 329), de emissão das sociedades de Crédito Real.

As letras hipotecárias, porém, contrariamente ao que afirma PONTES DE MIRANDA, (in "Tratado de Direito Privado", t. XX, § 2497, n.º 1, p. 213), não incorporam nem representam direito hipotecário, de vez que "não teem garantia directa sobre tal ou tal immovel hypothecado a sociedade; ellas são garantidas indeterminadamente por todos os inmóveis". (Decreto n.º 370, de 02.05.1890, art. 329).

Assemelham-se, isso sim, às cédulas emitidas pelos estabelecimentos públicos alemães de crédito imobiliário ("Landschaften") a partir de 1849, bem como às cédulas de garantia hipotecária emitidas, também na Alemanha e na mesma época, por estabelecimentos privados de crédito hipotecário. Não são "ni cédulas hipotecárias, ni cédulas de garantia en el sentido de que no incorporan ni una hipoteca sobre las fincas gravadas a favor del banco ni un derecho de prenda sobre los créditos hipotecários del banco. Antes bien, incorporan (...) puros créditos contra el banco. (...) Sin embargo, estos derechos de crédito están reforzados por un derecho de preferencia, pues en caso de concurso del banco preceden a todos los demás créditos con referencia a la satisfación sobre la hipoteca que los cubre;" (WOLFF, M., op. cit. § 157a, II, 2, p. 384).

Na mesma linha situam-se as LI criadas pela Lei Federal n.º 4.380.

Afora a tentativa de adoção do Sistema Torrens para o registro da propriedade imobiliária, que não logrou êxito, foi no setor do **crédito rural** que o direito brasileiro conheceu a cartularização de direitos reais imobiliários, através da **cédula rural hipotecária,** criada pela Lei Federal n.º 3.253, de 27 de agosto de 1957 e atualmente regulada pelo Decreto-Lei n.º 167, de 14 de fevereiro de 1967.

A **cédula rural hipotecária** foi delineada legislativamente com características cambiárias mais acentuadas que as da CH, a começar pela circunstância fundamental de ser a respectiva **cártula constitutiva** pelo menos **inter partes** — dos direitos que documenta (Lei Federal n.º 3.253, art. 6.º; DL n.º 167, art. 9), facilitando assim a incorporação dos mesmos direitos à cártula. Na mesma linha cambiarizante a remissão às **"normas de direito cambial"** expressa no art. 60 do referido Decreto-Lei n.º 167, bem como o recurso à técnica do "allongue" (art. 12, parágrafo único).

O mesmo comentário vale para a cédula de crédito industrial prevista no Decreto-lei n.º 413, de 9 de janeiro de 1969.

A desarmonia com que o Código Civil Brasileiro regula os negócios dispositivos "seguindo uas alienações as regras do BGB e, na hipoteca, as do Código Civil francês" (COUTO E SILVA, Clóvis do, op. cit. p. 30), enseja alguma dúvida no que respeita à acessoriedade da hipoteca no nosso direito. A jurisprndência e doutrina dominantes inclinam-se por considerar a hipoteca brasileira como **direito acessório** de conformidade com a sistemática clássica do Código Civil francês (arts. 2144 e segs.), do português de 1967 (arts. 686 e segs.), e do italiano (arts. 2.808 e segs.).

Diversamente, PONTES DE MIRANDA, fundamentado no disposto pelo art. 850 do Código Civil Brasileiro, que faz depender a extinção da hipoteca do correspondente cancelamento no registro imobiliário — constitutividade do registro — assemelha nossa hipoteca à hipoteca de tráfico alemã (BGB § 1.116) (in "Tratado de Direito Privado", v. 20, § 2419, n.º 2, p. 23-24), muito embora aquela não possa, diferentemente desta, ser expressa cartularmente. Seguindo essa linha de pensamento, PONTES DE MIRANDA chega a admitir, no direito brasileiro, a possibilidade da hipoteca de proprietário: se o credor hipotecário adquire o bem gravado, enquanto não se registrar a correspondente extinção da hipoteca, credor hipotecário e proprietário do imóvel gravado coincidem; nada obsta a que se registre a transmissão da propriedade ou da hipoteca sem registrar a extinção. (in "Tratado de Direito Privado", v. 20, § 2533, n.º 2, p. 330).

O mesmo PONTES DE MIRANDA, porém, resiste ante a idéia de **hipoteca de proprietário originária,** isto é, aquela que o proprietário constitui a seu favor sobre o imóvel que lhe pertença. Mesmo assim, refere uma hipótese: se alguém "constitui hipoteca condicional a favor de quem ganha o concurso, ou tire o prêmio, e o próprio constituinte ganha o concurso, ou tira o prêmio, a hipoteca de proprietário é originária." (in "Tratado de Direito Privado", v. 20, § 2536, n.º 3, p. 335).

Resta ainda mencionar a hipótese da **emissão de debêntures** com garantia hipotecária, em que a sociedade emitente inscreve provisória mas previamente a hipoteca. Como ressalta PONTES DE MIRANDA não se trata de mera protocolização ou prenotação, mas de inscrição, posto que provisória. (in "Tratado de Direito Privado", v. 20, § 2501, n.º 2B, p. 223).

Dominado, pois, pelos princípios da **acessoriedade** e da **constitutividade do registro,** o instituto da hipoteca, no direito brasileiro, apresenta-se avesso à mobilização e cartularização, impedindo, assim, que as tentativas esboçadas pelo legislador possam revestir a plenitude das características cambiárias. Excepciona talvez desta conclusão a cédula rural hipotecária na medida em que a respectiva cártula é documento constitutivo do gravame que incorpora.

(b 2) Ao enfrentar concretamente o problema da natureza jurídica da CH, impressiona, à primeira vista, o desfile de características cambiárias.

Inicialmente, a aparência cartular, associada ao rigorismo formal (DL n.º 70, art. 15) mais acentuado e exaustivo do que o previsto para as cambiais típicas.

Por outro lado, a **circulação** da CH se faz mediante **tradição** precedida de **endosso** (DL n.º 70, art. 16), que é modo tipicamente cambiário de transferência de direitos.

Não só: a terminologia empregada pelo legislador na formulação do texto do art. 17 do Decreto-lei n.º 70, induz, à primeira vista, o

intérprete a vislumbrar nele a afirmação da solidariedade cambiária, coobrigando emitente e endossantes em favor do credor hipotecário, último endossatário da cédula, ao enunciar que aqueles "permanecem solidariamente responsáveis pela **boa liquidação do crédito".**

E mais: a **incorporação,** na cártula, dos direitos obrigacional e real (garantia hipotecária) é expressamente formulada no parágrafo único do art. 16 do referido Decreto-lei n.º 70:

> "Art. 16 —
> Parágrafo único — Emitida a cédula hipotecária passa a hipoteca sobre a qual incidir a fazer parte integrante dela, acompanhando-a nos endossos subseqüentes, sub-rogando-se automaticamente o favorecido ou o endossatário em todos os direitos creditícios respectivos, que serão exercidos pelo último deles, titular do endosso em preto".

Nesse sentido e referindo-se tanto à LI quanto à CH, ALVARO A. PESSOA conclui que "ambos são títulos de crédito", embora logo adiante, aludindo já agora somente à CH, ressalva existirem "dúvidas sobre a autonomia, porque a cédula hipotecária é de tal forma causal e tão concretamente vinculada que se funde com os bens de que se origina" (op. cit. n.º 46-47).

Análise mais acurada de logo revela características que vêm conturbar o supra descrito quadro cambiário.

Em primeiro lugar, o **endosso em preto,** através do qual se opera a transferência da CH, regula-se, no em que não contrariarem as disposições do Decreto-Lei n.º 70, pelos arts. 1065 e seguintes do Código Civil Brasileiro, os quais, a seu turno, dispõem a respeito da **cessão de direitos,** que é instituto correspondente ao endosso, em termos de direito comum. A grande, a decisiva diferença entre ambos consiste em que o endosso não só legitima o endossatário ao exercício dos direitos que lhe forem transferidos como também constitui, em favor do endossatário, obrigação cambiária, para o **endossante,** como obrigado de regresso, ao passo que o **cedente,** salvo estipulação em contrário, não responde pela solvência do devedor, respondendo apenas, nas cessões a título oneroso,

pela existência do crédito ao tempo da cessão, cabendo-lhe idêntica responsabilidade nas cessões a título gratuito se tiver procedido de má fé (Cód. Civ. Br. arts. 1073 e 1074 — MUÑOZ, Luiz, in "Titulos Valores Creditícios", B. Aires, TEA 1956, p. 112; ASCARELLI, Tullio, in "Teoria Geral dos Títulos de Crédito", São Paulo, 2a. ed., 1969, p. 6 n.º 5).

Efetivamente, não há **coobrigação cambiária** do emitente e endossantes em relação ao endossatário final da cédula; o art. 17 do DL n.º 70 apenas enuncia, como bem ressalta COUTO E SILVA (op. cit. p. 33-34), que, não avisado o devedor da emissão ou do endosso, emitente e endossantes "assumem solidariamente o risco de não se fazer o pagamento ao verdadeiro credor". Aliás o aviso ao **devedor** de que fala o referido artigo de lei não autoriza outro entendimento para a "boa liquidação" que menciona; seria ao **credor** o aviso na hipótese de aquela expressão significar corresponsabilidade pelo **pagamento da letra.**

Por outro lado, a circunstância de a CH referir-se à hipoteca previamente constituída, noutro documento, ou, em outras palavras, a circunstância de a CH não ser constitutiva da hipoteca que menciona, aliada à resistência, ainda dominante, à mobilização jurídica da terra (constitutividade do registro), retiram-lhe qualquer possibilidade de **incorporar** a garantia que refere, prejudicando-lhe a abstração e suficiência essenciais ao papel cambiário em sentido estrito.

Com efeito, não se fale em abstração quando a lei determina que o vencimento antecipado da dívida, por qualquer motivo, produzirá automaticamente o vencimento, igualmente antecipado, de todas as CH correspondentes (DL n.º 70, art. 19). Caso se tratasse de título cambiário em sentido estrito, o terceiro adquirente de boa fé de CH referente a débito solvido mas, assim mesmo, mantida em circulação, "seria credor em virtude da abstração do título e, em conseqüência, titular da hipoteca, pois essa faz parte da cédula, acompanhando-a nos endossos. Por serem aplicáveis os princípios da cessão de crédito e sendo esta considerada, entre nós, negócio jurídico dispositivo causal, tem-se que o terceiro não adquire o crédito, nem a hipoteca, mas deve ser indenizado." (COUTO E SILVA, C. do, op. cit. p. 34).

Finalmente, constitui condição de circulabilidade cambiária a suficiência ou **exaustividade documental** da cártula; a ponto de ser bastante para o exercício do ou dos direitos nela representados e, pois, incorporados, inadmitida qualquer prova relativa aos mesmos direitos que se não faça pela cédula (WHITAKER, José Maria, in "Letra de Câmbio", 7a. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1963, n.º 17, pág. 34). Ora, não só a desvinculação da responsabilidade prevista no art. 17 do DL n.º 70, bem como a prova da quitação total ou parcial do crédito representado na CH, podem fazer-se por via extra-cartular (DL n.º 70, art. 18, parágrafo único in fine).

Apresenta-se, pois, a CH como um papel-valor da classe dos **cambiariformes:** aparência cambiária, caracteres cambiários. porém insuficientes para concluir pela incorporação do direito ao título, que permanece simplesmente representativo, como dispõe, ao instituí-lo, o art. 10 do Decreto-lei n.º 70: "... para a representação dos respectivos créditos hipotecários..."

Decorrência, sem dúvida, como já se ressaltou, da resistência à mobilização, característica dos direitos reais sobre imóveis, acentuada pela circunstância de as hipotecas representadas em CH não serem constituídas cartularmente.

Nesse sentido, sem dúvida mais avançada é a **cédula rural hipotecária,** tanto nos termos em que foi regulada pela Lei Federal n.º 3.253, de 27 de agosto de 1957 (art. 6.º) como também nos termos em que o é pelo Decreto-Lei n.º 167, de 14 de fevereiro de 1967, (art. 9.º) por ser a **cártula constitutiva do direito hipotecário,** que "é adquirido pelo outorgado originariamente" (PONTES DE MIRANDA, in "Tratado de Direito Privado", v. 21, § 2653, n.º 1, b): No que respeita a este último aspecto, MARTIN WOLFF, depois de dizer que a cédula hipotecária alemã não é documento constitutivo, sustenta ser ela um valor ("un papel cuya posesión es condición para disponer del derecho a el incorporado"), reconhecendo, porém, que muitos opinam de outro modo face à não constitutividade da cártula (op. cit. II, § 142, II, III, nota 7, p. 266).

A vocação cambiária dos gravames imobiliários cartulares suíços é incomparavelmente mais acentuada, como referem ROSSEL-MENTHA:

"... la cédule hypothecaire' n'est point une créance ordinaire, mais une créance incorporée dans un titre (art. 856 a 858), correspondant bien entendu à une inscription au registre foncier, et dans un titre qui est un papier-valeur (art. 868 et 869), auquel elle est tellement attachée que l'obligation dont résulte la constitution de ce titre s'eteint par novation (art. 855), ensorte que le créancier n'a plus en principe, contre le débiteur, que le droit résultant de la cédule hypothécaire. Celle-ci constate donc une créance abstraite (ce qui est marqué à l'art. 854) dont il n'y a point à rechercher l'origine quand elle passe d'une main dans une autre, et qui donne au tiers acquéreur la certitude que la créance existe, telle que le titre la constate, pourvu qu'il soit en harmonie avec le registre foncier (art. 865 à 867)" (op. cit. p. 261).

Noutra passagem, porém, advertem:

"Quant à croire que les cédules hypothécaires et les lettres de rente circuleront jamais ao loin, comme des actions et obligations nominatives ou au porteur" (...) "nous ne le pensons pas, et cela pour la raison peremptoire qu'une parfaite correspondance doit toujours être maintenue entre certaines éconciations du registre foncier d'une part, les cédules hypothécaires et les lettres de rente, d'autre part" (op. cit. p. 185).

(c) No que tange à norma que preside sua circulação, a CH é definida como sendo "sempre nominativa (...) podendo ser transferida por endosso em preto lançado no seu verso, na forma do artigo 15, II" (DL n.º 70, art. 16).

Como se vê, podia ser mais feliz a formulação legislativa; em termos cambiários, trata-se de papel valor **nominal, à ordem,** que circula mediante tradição precedida de endosso em preto.

Uma vez constituída, a CH somente poderá ser posta em circulação depois de averbada à margem da inscrição da dívida hipotecária que representa, no competente ofício do Registro Imobiliário, devendo a averbação ser anotada na cártula, cujo modelo prevê local próprio para tanto (DL n.º 70, art. 13;).

Não se fará a sobredita averbação, obstaculizando portanto a emissão (circulação) do título, quando houver "prenotação, inscrição ou averbação de qualquer outro ônus real, ação, penhora ou procedimento judicial que afetem o imóvel, direta ou indiretamente, ou de cédula hipotecária anterior", ressalvada a hipótese de cédulas fracionárias ou representativas de segunda hipoteca (DL n.º 70, art. 14). E tenha-se presente que a emissão (criação + circulação), bem como o endosso de CH sem observância dos requisitos previstos no Decreto-Lei n.º 70, constituem crime de estelionato (DL n.º 70, art. 27; Código Penal Brasileiro, art. 127).

Por outro lado, diversamente do que se prevê no art. 36 do Decreto-Lei n.º 167, de 14 de fevereiro de 1967, para as cédulas rurais hipotecárias, os sucessivos endossos em CH não carecem de averbação no Registro Imobiliário, habilitando-se ao crédito representado na cártula e respectiva garantia o último endossatário de uma série de endossos em preto. (Lei Federal n.º 5.741, art. 11, parágrafo único).

(d) No que respeita sua estrutura, a CH apresenta-se basicamente como uma promessa de pagamento de quantia certa, a prazo certo, acompanhada da correspondente garantia hipotecária.

Nos termos do Decreto-Lei n.º 70, são **figurantes cartulares obrigatórios** da CH o **sacador** e o **sacado** (art. 15, I, a), respectivamente, como se disse, credor e devedor no negócio jurídico subjacente; o **tomador,** pois a CH é título necessariamente nominal (a lei diz nominativo — art. 16) e o competente **oficial do Registro Imobiliário,** que autentica o título, dando-fé da averbação do mesmo à margem da correspondente inscrição hipotecária (arts. 15, I, H e 13).

Apesar de constituir-se numa promessa de pagamento, a CH estruturalmente nada tem em comum com a nota promissória, onde o obrigado direto (= obrigado principal, normalmente devedor no negócio jurídico subjacente) é quem promove a criação do título, como se dá também nas LI, e nas cédulas rurais hipotecárias.

Quem promove a criação da CH é o **credor** no negócio jurídico subjacente, assemelhando-se formalmente sua posição à do sacador na

letra de câmbio (promete fato de terceiro — PONTES DE MIRANDA, in "Tratado de Direito Privado", v. 34, § 3832, n.º 3) e mesmo na duplicata, (PONTES DE MIRANDA, op. cit., v. 36, § 4012, n.º 6) enquanto o devedor no negócio subjacente assume, na cártula, posição assemelhada à do sacado-aceitante, quer na letra de câmbio quer na duplicata, ao assinar o título confirmando a transposição das condições básicas do contrato de que se origina o papel-valor.

Estruturalmente, portanto, a CH assemelha-se à **letra de câmbio** propriamente dita (= efeito de comércio) e à duplicata. Em termos estruturais, a diferença entre os três títulos reside na **abstratividade:** a letra de câmbio é título abstrato, nasce como tal; a duplicata é título causal, trazendo na cártula referência ao negócio subjacente, mas se abstratiza com o endosso ou com o aceite (PONTES DE MIRANDA, op. cit. v. 36, § 4012, n.º 8); a CH é título causal que não se abstratiza, nunca se desvinculando de um todo do negócio subjacente.

Apondo sua assinatura na cártula, o **sacador**, além de criar o título, assume duas obrigações, ambas de natureza **extra cambiária.** Primeira, solidariamente com os eventuais endossantes, com referência à **"boa liquidação"** do título, isto é, no sentido de que o pagamento seja efetuado a quem de direito (DL n.º 70, art. 17). **Segunda,** com referência à veracidade das assinaturas apostas na cártula (RC/BNH n.º ... 101/66; RD/BNH n.º 26/67; RD/BNH n.º 75/69.

O **sacado,** devedor no subjacente contrato de mútuo com pacto adjecto de hipoteca e devedor principal na CH, além de figurante obrigatório (Decreto-Lei n.º 70, art. 15, I, a), também apõe sua assinatura na cártula (art. 15, I, i) a título de **aceite,** confirmando os elementos do referido contrato delineativos de sua obrigação básica e respectiva garantia, transpostos no título.

A vinculação cartular do **sacado** como obrigado principal ou direto somente se dá se e quando apuser seu aceite no título. Dos figurantes cartulares obrigatórios da CH, o sacado é o único que se obriga em termos cambiários.

Questão delicada é saber se a criação de CH depende de anuência prévia do devedor (mutuário).

No sistema suiço de hipotecas cartulares, a expedição da cártula, que incumbe ao registro de hipotecas, somente se fará mediante consentimento expresso do devedor (Código Civil Suíço, art. 857, 3a. al.; ROSSEL-MENTHA, op. cit. II, p. 272).

Diversamente, no sistema alemão, a expedição da cédula é regra, independendo de previsão contratual; esta será obrigatória quando se não quiser a cartularização do crédito hipotecário (BGB, § 1116; LEHER, E., in "Traité Elémentaire de Droit Civil Germanique", Paris, Plon, 1892, p. 374, n.º 529; WOLFF, M., in op. cit. tomo III, vol. II, § 133, v. 2, p. 201, § 142, p. 265, trad. trad., esp. Bosch, 1948).

No direito brasileiro, a solução correta é a da necessidade de pactuação prévia e decorre da natureza da CH.

Na letra de câmbio o saque, sem dúvida, independe de anuência prévia do sacado (PONTES DE MIRANDA, op. cit., v. 34, § 3880, n.º 1), mas se trata de **título abstrato,** que nasce sem qualquer vinculação com o negócio jurídico subjacente. A letra de câmbio é título **constitutivo** de crédito ou direito **novo,** apenas correspondente ao irradiado a partir do negócio subjacente.

Na duplicata, o saque igualmente independe de anuência prévia do devedor, porque se trata de título que, embora originalmente causal, se abstratiza pelo endosso ou aceite, ganhando vida independente do negócio que lhe deu origem. Acresce, também, a inserção da duplicata nos hábitos da vida mercantil brasileira, em função do caráter **obrigatório** com que foi estipulada na Lei Federal n.º 187, de 15 de janeiro de 1936. (CUNHA PEIXOTO, C. F. da, in "Comentários à Lei de Duplicatas", Forense, 2a. ed., 1971, p. 30).

A CH, como já se disse, é título de natureza cambiariforme. Nasce vinculada ao negócio subjacente e, diversamente do que sucede com a duplicata, não se abstratiza, permanecendo como modalidade cartular de expressão do crédito e respectiva garantia hipotecária pactuados extra-cartularmente, e com vistas à mobilização dos mesmos. E como modalidade do contrato subjacente, parece imprescindível a pactuação prévia para poder o credor hipotecário representar seu crédito e garantia correspondentes por forma cartular.

Os contratos de mútuo com pacto adjecto de hipoteca utilizados pelos Agentes Financeiros do BNH, comumente trazem cláusula prevendo o saque de CH.

Entendemos que o saque de CH não pactuado previamente não obrigará ao aceite (assinatura do mutuário), podendo sujeitar o credor a indenizar o sacado que tenha aceito para evitar repercussões danosas a seu crédito. O mesmo ocorre com o sacado que deixou de aceitar em detrimento de previsão contratual específica. Em ambos os casos a ação será extra-cambiária. (PONTES DE MIRANDA, op. cit., c. 34, § 3880, n.º 1).

Com relação ao **tomador,** o Decreto-Lei n.º 70 revela-se tecnicamente imperfeito. No art. 16 se diz que a CH é "sempre nominativa" (melhor seria ter dito "nominal"), acrescentando ser transferível por endosso em preto. Parece claro o objetivo da lei de que conste sempre da cédula o nome do credor cartular, quer se trate do primeiro tomador quer se trate de tomador endossatário.

Paradoxalmente, ao enumerar os elementos de forma obrigatórios na CH, o referido decreto-lei não inclui no anverso, que seria o lugar adequado (art. 15, I), menção ao primeiro tomador, embora contenha, no verso (art. 15, II i), local próprio para menção ao tomador endossatário. Diversamente, as cártulas-padrão aprovadas pelo Banco Nacional da Habitação, acima referidas, incluem o primeiro tomador, com o nome de favorecido, entre os figurantes da CH.

Mas o primeiro tomador nem é figurante necessário (como o sacador) nem acidental (como o avalista). Sua comparência é necessária na cártula somente no caso de CH adquiridas pelo Banco Nacional da Habitação diretamente ou através de agentes do Sistema Financeiro da Habitação (Lei Federal n.º 4.380, art. 8.º), bem como através de outras instituições financeiras credenciadas, pelo mesmo BNH, que nessa circunstância figuram como **favorecido,** hipótese em que os documentos referentes ao sacado e à hipoteca, ao invés de acompanharem o título, ficam sob guarda das mencionadas entidades que comparecem na cártula responsabilizando-se pelo exame e arquivo dos ditos documentos.

Esse compromisso cartular eventualmente necessário do favorecido e que é assumido literalmente, não implica em coobrigar-se pela "boa liquidação" ou pelo pagamento do crédito representado na CH, implicando apenas em responsabilidade comum e, ocasionalmente, penal (RC/BNH n.º 101/66,3 c e 3.1).

Nas CH sacadas por entidades integrantes do Sistema ou correspondentes a hipotecas cujos credores originários sejam instituições financeiras em geral ou companhias de seguro seria dispensável a presença do favorecido na cártula (RD/BNH, n.º 35/67, Notas, IV).

Tanto nos termos da lei (Decreto-Lei n.º 70, art. 15, II), quanto nos das sobreditas cártulas-padrão, o tomador (nestas últimas denominado "credor") pode comparecer no título para designar, no verso, o agente recebedor de seu crédito e sua comissão. Tal designação evidentemente não implica em nenhum compromisso cambiário. O mesmo vale, nas hipóteses de endosso, para a assinatura do endossatário prevista no art. 15, II, e, do mesmo decreto-lei.

Comparecendo na condição de **endossante** (art. 15, II, a, **b) o** tomador (= credor) não se vincula cambiariamente, assumindo, nos termos do DL n.º 70, art. 17, corresponsabilidade com o emitente e demais endossantes no sentido de que o pagamento, como já se viu, se dê a quem de direito.

O Oficial do Registro Imobiliário, analogamente ao sacador, e ao(s) endossante(s) em nenhum momento assume posição de obrigado cambiário. A responsabilidade que assume, ao autenticar o título e dar fé da sua averbação à margem da correspondente inscrição hipotecária, é definida precisamente na lei (art. 13 e art. 15, I, h) devendo constar expressamente na cártula (em virtude do princípio cambiário segundo o qual quem subscreve a cártula se coobriga cambiariamente, salvo, é claro, delimitação cartular literal em contrário).

Embora não se trate de título necessariamente vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, a CH foi legalmente prevista no interesse daquele Sistema e, na prática, só tem sido utilizada em operações a ele vinculadas.

Nessa hipótese, o crédito-débito cartularmente representado é obrigatoriamente reajustável (Lei Federal n.º 4.380, arts. 5.º; 6.º, 1.º Lei Federal n.º 4.728, art. 26, § 6.º; Lei Federal n.º 4.864, art. 1.º, 2.º, 30; Lei Federal n.º 5.049, art. 3.º; Decreto-Lei n.º 19, art. 1.º) como acontece também com as LI e com todas as operações vinculadas ao Sistema. Tal reajustamento de valor se opera nos termos das cláusulas que no contrato de mútuo com pacto adjecto de hipoteca (= negócio subjaeente da CH), regem a atualização do saldo devedor e parcelas mensais de amortização mais juros, sendo as condições básicas daquelas cláusulas transpostas para o anverso da cártula.

Contrariamente ao que sucede nos contratos de mútuo com pacto adjecto de hipoteca vinculados ao Sistema Finaneeiro da Habitação, os que não mantenham tal vinculação prescindem de cláusulas estipulatórias do reajustamento do saldo devedor e das prestações de amortização mais juros, mas, se as partes pretenderem pactuar dito reajustamento, deverão fazê-lo nos termos previstos para o mencionado Sistema, desde que o contrato se refira a "operações imobiliárias" e que não configure operação de crédito rural (Decreto-Lei n.º 70, art. 9 e §§).

Dito reajustamento se faz de conformidade com dois sistemas: o da **correção monetária** e o de **equivalência salarial** — PES, aos quais já se fez menção.

Primeiramente, foi concebido o sistema denominado da **correção monetária,** segundo o qual nos contratos de mútuo o valor do empréstimo é **expresso simultaneamente em moeda nacional e em UPC,** acompanhando, por força de disposições contratuais, as oscilações desta unidade.

Quando de sua primeira regulamentação, a correção monetária foi apresentada em dois planos — "A" e "B" — que se distinguiam fundamentalmente pelo ritmo e forma de reajustamento de valor das **parcelas de amortização do débito** (INSTRUÇÃO-BNH n.º 5/66, art. 2.º). Segundo o plano "A", aplicável a financiamentos destinados a atender demanda correspondente às camadas de baixa renda (INSTRUÇÃO-BNH n.º 5/66, art. 2.º § 1.º) o reajustamento do valor das prestações de amortização mais juros se processa na proporção e no **ritmo das**

variações do salário mínimo (vigorando os novos valores sempre sessenta dias após cada alteração salarial), mais lento, portanto, que o do saldo devedor, que acompanha normalmente a UPC em suas variações trimestrais.

A defasagem resultante da diversidade de ritmo no reajustamento dos valores contratuais básicos inicialmente enfrentada com a passagem para o plano "B" após o pagamento de 30 prestações (INSTRUÇÃO-BNH 5/66, art. 4.º, a) foi corrigida pela instituição do **"Fundo de Compensação das Variações Salariais"** destinado a absorver o saldo devedor porventura existente após o decurso do prazo de amortização contratualmente previsto e de sua prorrogação pela metade (depois do decurso de uma vez e meio o prazo de amortização básico). Os recursos desse fundo proviriam, entre outras fontes, de uma **"taxa de contribuição",** paga pelo mutuário no ato de adesão ao plano "A" (depois também "C"), à razão de uma prestação de amortização e juros da dívida (RC/BNH n.º 25/67; RD/BNH n.º 30/67).

Segundo o plano "B", aplicável a financiamentos destinados a atender demanda correspondente a camadas de melbor renda, o reajuste do valor das prestações de amortização mais juros, da mesma forma que o do saldo devedor, se faz no ritmo trimestral da UPC.

O plano "C", criado mais tarde, apresenta-se como uma versão do plano "A". A diferença é mínima: o reajustamento do valor das prestações de amortizações mais juros (expresso em moeda nacional e salários mínimos fiscais) é anual, mas os valores reajustados vigoram sempre a partir do mesmo mês, contratualmente escolhido pelo mutuário. O saldo devedor, expresso em moeda nacional e em UPC, sofre reajustes trimestrais, acompanhando as oscilações de valor desta unidade. A defasagem resultante da diferença de ritmo em que se proeessa o reajustamento dos valores contratuais básicos é contornada através do "Fundo de Compensação de Variações Salariais" (RC/BNH n.º 25/67).

Os problemas surgidos com a rápida elevação de valor das parcelas de amortização e juros levaram o BNH a estender o plano "A" a todas as operações do Sistema, facultando a mudança para o plano "A" mesmo nos mútuos já contratados.

Posteriormente, face ao crescimento notável do valor das prestações, mesmo nos mútuos contratados ou adaptados às normas dos planos "A" e "C", foi instituído novo sistema de reajustamento, denominado Plano de Equivalência Salarial-PES, nos termos da RC/BNH n.º 36/69, regulamentada pelas RD/BNH n.º 75/69 e RD/BNH n.º 77/69.

Nesse sistema, instituído em snbstituição aos planos "A" e "C" de correção monetária, os valores contratuais são expressos em moeda nacional e em salários mínimos (não em UPC), sendo reajustados na proporção e no ritmo das oscilações daquele parâmetro. O reajustameno não se faz, portanto, segundo a UPC mas, sim, de conformidade com as oscilações do salário mínimo.

Passaram a existir, pois, o sistema de correção monetária (reduzido ao antigo plano "B") — único aplicável em financiamentos para empresários — e o sistema da equivalência salarial.

Por último, a RC/BNH n.º 23/71, posteriormente regulamentada nos termos da RD/BNH n.º 56/71, instituiu nova modalidade de reajustamento das prestações de amortização dos financiamentos contratados de acordo com as formas previstas para o Sistema Financeiro da Habitação. Trata-se do chamado **"sistema de amortizações constantes"** que se identifica na substituição da **"tabela-price"** pelo **"out-standing"** como fórmula a ser empregada no cálculo de juros.

A vantagem do novo sistema eonsiste, como consta dos considerandos introdutórios da sobredita RC/BNH n.º 23/71, em possibilitar "prestações declinantes em valor real", corrigindo a desvantagem do cálculo de juros pela **"tabela-price"**.

A prestação mensal destinada à amortização da dívida compõe-sc basicamente de duas parcelas: a que corresponde à remuneração do capital (juros) e a que realmente amortiza o débito. A adoção da **"tabela-price"** implica em estabelecer entre as sobreditas parcelas uma relação que se traduz na redução progressiva da quota de juros e no aumento progressivo da quota de amortização propriamente dita, de sorte que, até meados do prazo para pagamento da dívida, o mutuário paga mais juros do que amortiza a dívida. Assim sendo, nesse primeiro perío-

do, o mutuário, embora pagando regularmente sua prestação, alcança uma diminuição inexpressiva de seu saldo devedor, que sofre reajustamentos sucessivos.

Já nó sistema do **"out-standing"**, altera-se o comportamento das sobreditas parcelas constitutivas da prestação mensal paga pelo mutuário; a parcela destinada à amortização da dívida é sempre fixa, resultante da simples divisão do montante inicial do débito pelo número de meses correspondente ao prazo contratual de amortização. A parcela correspondente à juros é progressivamente decrescente. Assim, não só as prestações mensais apresentam reais declinantes, como se disse acima, mas, o que mais importa, ao ritmo dos pagamentos corresponderá uma redução progressiva no saldo devedor, que sofre reajustamentos periódicos.

(f) No sistema francês, pioneiro e efêmero, as "cédules hypothécaires" foram concebidas como **documentos públicos**, expedidas pelo registro público espccífico (cf. Loi 9 mess. an 3, Chap. 2 § 1 n.º 39) da mesma forma como o é na Alemanha (as cédulas hipotccárias parciais também podem ser emitidas por um tribunal ou um tabelião; apesar de documentos públicos comportam anotações privadas como, por exemplo, recibo parcial do crédito correspondente — cf. WOLFF, M. op. cit. II, § 142, I, p. 265) e na Suíça (C. C. art. 857).

No direito brasileiro, as hipotecas cartulares admitidas são documentos particulares, ainda que só possam circular depois de registradas. (DL n.º 70, art. 13; DL n.º 167, art. 30). A cédula rural hipotecária, quc estruturalmente se assemelha à nota promissória, é criada pelo devedor; a CH, que estruturalmente se assemelha à letra de câmbio (= efeito de comércio), e à duplicata, é criada pelo credor no negócio jurídico subjacente.

Não é qualquer crédito com garantia hipotecária que pode ser mobilizado sob forma cartular nos termos do Decreto-Lei n.º 70, cujo art. 10 cnumera, sem muita precisão, as hipóteses em que o credor hipotecário pode representar seu crédito c respectiva garantia numa CH.

São representáveis em CH (1a. hipótese) os créditos hipotecários decorrentes de "operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação". O Banco Nacional da Habitação, através de Resolução (RC/BNH n.º 35/67, Notas IV), numa restrição que se nos afigura atécnica face aos termos legais (DL n.º 70, art. 10, I), sugere limitação do sentido da supra citada hipótese para abranger apenas as operações onde o credor hipotecário seja entidade integrante do Sistema (Lei Federal n.º 4.380, art. 8).

Também podem ser convertidos em CH (2a. hipótese) os créditos hipotecários cujos titulares sejam "instituições financeiras em geral e companhias de seguro". Aqui a abertura discreta para a hipoteca cartular mesmo em relação a operações estranhas ao Sistema Financeiro da Habitação, particularmente pela menção a instituições financeiras, cujo conceito é amplo nos termos do art. 17 da Lei Federal n.º .. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, seguida da explicação "em geral".

Acresce ainda, confortando esse entendimento, o teor de diversos dispositivos do Decreto-Lei n.º 70 estabelecendo normas especiais para as CH vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação (art. 12, art. 15, parágrafo único, art. 121, parágrafo único).

Finalmente, são ainda representáveis em CH (3a. hipótese) os créditos hipotecários entre "outras partes, desde que a cédula hipotecária seja originariamente emitida em favor das pessoas jurídicas acima referidas" (instituições financeiras em geral e companhias de seguro). Essa última hipótese é simplesmente complementar da anterior.

Através da Resolução n.º 228, de 4 de julho de 1972, o Banco Central do Brasil regulou a **emissão** e **endosso** de CH, destinadas ao mercado de capitais, por parte dos Bancos de Investimento cujo capital e reservas livres sejam iguais ou superiores a trinta mil cruzeiros, dos Bancos de Desenvolvimento e da Caixa Econômica Federal, "obedecidas as normas constantes do Decreto-lei n.º 70". A Circular n.º 184, expedida pelo Banco Central do Brasil na mesma data da sobredita Resolução, fixa as características formais das cédulas hipotecárias acima referidas não vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação.

Ainda no que se refere à criação de CH: como condição de representação cartular do crédito hipotecário, exige o Decreto-Lei n.º 70 (art. 21) fiquem pactuadas, no contrato subjacente, como obrigações do mutuário — (a) a conservação do imóvel hipotecado em condições normais de uso; (b) o pagamento pontual das obrigações fiscais atuais ou futuras referentes ao dito imóvel e (c) a manutenção do mesmo imóvel segurado por quantia no mínimo correspondente a seu valor atualizado.

Se as CH forem criadas com vistas ao "Mercado de Hipotecas" (RC/BNH n.º 101/66), os contratos subjacentes deverão conter as cláusulas-padrão aprovadas pelo Banco Nacional da Habitação, entre as quais se incluem as acima referidas. A representação cartular de um crédito hipotecário, conforme a sistemática introduzida pelo D. L. n.º 70/66, dispensa outorga uxória; o mesmo vale para o endosso das CH (art. 17 § 2.º).

Finalmente, o sacador não pode atribuir ao título prazo de resgate diferente (nem superior, nem inferior) do prazo de amortização da dívida hipotecária correspondente (DL n.º 70, art. 19), facultado sempre ao devedor o resgate antecipado da cédula mediante pagamento de seu valor atualizado (art. 20).

(g) Em termos de garantias que a CH ofereça aos titulares dos créditos nelas representados, ressalta, sem dúvida, a de natureza real consubstanciada na hipoteca pré-constituída no contrato de mútuo subjacente, que visa garantir, e representada, como se viu, na própria cártula. A afetação de bem imóvel do patrimônio do devedor confere ao crédito assim garantido o privilégio de não concorrer com outros nas hipóteses de falência e concurso de credores.

Diversamente das letras hipotecárias que somente poderiam ser emitidas sobre hipotecas de primeiro grau (Decreto n.º 370, de 2 de maio de 1890, arts. 289, 290), as CH podem representar créditos garantidos com hipoteca de primeiro e de segundo grau (C. Civ. arts. 812, 813), desde que, na hipótese de segunda hipoteca, a circunstância venha expressamente declarada no anverso da cártula (DL n.º 70/66, art. 11).

A propósito, observa COUTO E SILVA que "o Sistema creditício germânico opera com gravames de primeiro, segundo e até mesmo terceiro grau. Os bancos e as caixas ou associações de poupança concedem empréstimos com garantia hipotecária de primeiro grau. As entidades de direito público financiam mediante gravames de segundo ou terceiro grau, percebendo juros maiores correspondentes ao risco também maior" (op. cit. p. 28).

O malogrado sistema francês das hipotecas cartulares, em matéria de garantias aos tomadores dos títulos, instituia não só a corresponsabilidade do que entre nós equivaleria ao oficial do registro imobiliário ("conservateur des hypothéques") pelo valor nominal das cédulas por ele emitidas (veja-se item "f" como também um limite de oneração hipotecária fixado em três quartos do valor do bem gravado. (Loi 9 mess. an 3, chap. 2, art. 36).

O instituto da corresponsabilidade do "conservateur des hypothèques", provavelmente foi uma das principais causas da quase nenhuma aplicação da lei francesa de 9 mess. an. 3, (COLIN — CAPITANT, op. cit., II, p. 879; BAUDRY-LACANTINERIE & DES LOYNES, op. cit. tomo I, Introduction, 32).

A técnica de limitar a emissão de hipotecas cartulares em razão do valor dos bens gravados, foi retomada pelo Código Civil Suíço (art. 843) que remete a matéria à legislação cantonal. E no que respeita às "lettres de rente" a carga impositiva que consubstanciem não pode exceder uma fração do valor de arrendamento do imóvel gravado, acrescido do valor das edificações nele existentes, fração essa variável conforme se trate de imóvel rústico ou urbano, delegada à legislação cantonal a regulamentação do processo de avaliação (art. 848). O art. 849 do Código Civil Suíço prevê a responsabilidade dos cantões na hipótese de avaliações procedidas sem as devidas cautelas, resultando em prejuízo para os tomadores dos títulos. Prevê igualmente o regresso das autoridades cantonais contra o funcionário negligente.

No que respeita ao direito alemão, as primeiras hipotecas "por regla general gravan el inmueble solo hasta la mitad o los dos tercios

del valor de aquél", e as segundas hipotecas "se extienden en la mayoria de los casos sólo hasta el limite de los cuatro quintos del valor de la finca" (WOLFF, M., op. cit. II, § 130, (d), p. 174).

Essa cautela, salutar especialmente quando se tenha em conta os adquirentes endossatários de hipotecas cartulares, não foi adotada, no direito brasileiro, nem em relação à cédula rural hipotecária nem em relação à CH. Somente o Decreto n.º 370/1890, ao regulamentar as operações dos bancos de crédito rural, emitentes das letras hipotecárias, determina que "nenhum empréstimo hypothecario pode exceder à metade do valor dos immóveis ruraes e tres quartos dos immóveis urbanos" (art. 291).

A CH será **integral** ou **fracionária**; na primeira hipótese representará a totalidade de determinado crédito hipotecário; na segunda, parte dele.

A propósito das CH fracionárias, dispõe o DL n.º 70/66 que poderão ser emitidas em conjunto ou isoladamente, a critério do credor e a qualquer tempo antes do vencimento da dívida correspondente. (ibid. art. 10, § 3.º), não podendo a soma dos respectivos valores exceder, em hipótese alguma, o valor total, atualizado, do crédito que conjuntamente representam (ibid. art. 10, § 1.º).

A possibilidade das CH fracionárias pode parecer conflitante com o postulado clássico de **indivisibilidade da hipoteca**. (GAMA, Affonso Dionysio, in "Da Hypotheca", 1921, p. 23).

Na realidade, porém, a indivisibilidade prevalece enquanto se visualise a hipoteca sob o aspecto da dívida; no que respeita ao **crédito,** "a divisão da hipoteca fica à vontade do titular do direito de hipoteca, que para isso não precisa do assentimento do proprietário do imóvel gravado" (...) O art. 766 do Código Civil não obsta a isso, porque só se refere à parcialização da dívida, e não à do crédito (pluralidade de devedores, em vez de devedor único, e não pluralidade de credores em vez de credor único). Ainda que se não dê, desde logo, a pluralidade de credores, a divisão do crédito (divisão ativa) permite desde logo a di-

visão da hipoteca" (PONTES DE MIRANDA, in "Tratado de Direito Privado", v. 20, § 2466, n.º 3. No mesmo sentido MARTIN WOLFF: op. cit. II, § 136, I, p. 225).

COUTO E SILVA, embora reconhecendo que o "axioma da indivisibilidade da hipoteca tem sido posto em rude prova em face de novas necessidades", igualmente refere que o "princípio diz respeito ao crédito, o qual, fracionado, não divide o gravame, e também ao imóvel onerado, pois ainda que este se tenha dividido, esse fato não se projeta sobre a hipoteca". Mais adiante, especificamente a respeito das CH, sustenta que o "exercício dessa faculdade pluraliza os créditos mas não constitui lesão ao princípio da indivisibilidade da hipoteca, pois cada uma delas tem como garantia o imóvel em sua totalidade". (op. cit. p. 38).

Ainda a respeito da garantia hipotecária representada nas CH, cumpre referir a questão do limite temporal de vigência da hipoteca.

Considerando o princípio da acessoriedade, a hipoteca, em princípio, deveria vigorar tanto quanto o principal, isto é, a dívida, que garante. Isso acontece sempre que os prazos não superarem os trinta anos. Nessa hipótese, prorrogado o prazo da dívida, prorroga-se a garantia hipotecária mediante simples averbação requerida pelas partes.

Aos trinta anos, porém, caduca a hipoteca, facultada, no entanto, sua renovação, mediante novo título constitutivo e competente inscrição no registro imobiliário, assegurando a lei à nova hipoteca o mesmo grau da hipoteca anterior no momento de caducar. (Código Civil Brasileiro, art. 817 com a redação introduzida pela Lei Federal n.º 5.652, de 11 de dezembro de 1970).

Se a hipoteca for originalmente constituída por prazo superior a trinta anos, apenas será ineficaz o excesso. (PONTES DE MIRANDA, in "Tratado de Direito Privado", v. 20, § 2.459, n.º 5).

A par das garantias pessoais e da garantia real, a lei assegura ao titular do crédito representado em CH, o rito executivo para cobrança do devedor inadimplente (DL n.º70, art. 29).

Na hipótese de a inadimplência constituir-se em **falta de pagamento,** o rito executivo é o previsto na Lei Federal n.º 5.741, de 1.º de dezembro de 1971. Trata-se de ação executiva especial, sumária, onde se não faculta contestação ao executado, limitando-se o contraditório a embargos. Terão efeito suspensivo da execução os embargos previstos no art. 5.º da sobredita lei, consistentes ou na prova do depósito do montante exigido na inicial ou na de que a dívida está demonstradamente quitada. São também oponíveis os embargos previstos nos itens I e III do art. 1.010 do Código de Processo Civil, embora sem efeito suspensivo.

Se a ação executiva for fundada **noutra inadimplência que não seja falta de pagamento,** o rito do procedimento será o previsto no Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 5.741, art. 10).

Mais ainda: a cobrança judicial por via executiva pode ser substituída pela chamada **"execução fiduciária"**, regulada nos arts. 30 a 38 do Decreto Lei n.º 70 e pela RD/BNH n.º 8/70.

A "execução fiduciária" é procedimento executivo, extra-judicial, sumário, promovido pelo credor através do chamado **"agente fiduciário"** que será ou delegado do BNH, quando se trate de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, ou, nos demais casos, instituição financeira escolhida pelas partes e previamente designada no contrato de mútuo.

Na ação **executiva,** a pré-cognição da dívida situa o credor em posição de vantagem, ensejando medidas liminares assecuratórias da cobrança e **limitando** especialmente, na hipótese do procedimento regulado pela Lei Federal n.º 5.741, à amplitude do contraditório; na **"execução fiduciária"** não há contraditório: notificado o devedor, a lei faculta-lhe apenas elidir a execução pagando. Não havendo pagamento, passa-se de imediato à execução, procedendo-se em moldes de licitação.

De constitucionalidade discutível, a "execução fiduciária" apresenta certa analogia com a venda do bem apenhado, prevista no art. 774 do Código Civil, como o foi na "Consolidação das Leis Civis" de TEIXEIRA DE FREITAS (art. 770) e nas ORDENAÇÕES FILIPINAS, L, IV, T. 78, § 7.º. Assemelha-se, outrossim, à venda de ações do acionista

impontual, de que trata o art. 76, do Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de outubro de 1940; à rescisão do compromisso de compra e venda de fração de imóvel loteado regulada no art. 14 e parágrafos do Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, bem como à venda de apartamento pela "Comissão de Representantes", prevista no art. 63 da Lei Federal n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

GLÉZIO ROCHA, em monografia recente, intitulada "Da Execução Extrajudiciária do Crédito Hipotecário" (S. Paulo, Sugestões Literárias, 1971), trabalho classificado em primeiro lugar no Brasil, em concurso público promovido pelo BNH, e onde sustenta a inconstitucionalidade daquele procedimento de execução hipotecária, assim resume o rito da "execução fiduciária":

> "Esta via executiva instaura-se com uma comunicação do credor ao agente fiduciário, até 6 (seis) meses antes da prescrição do crédito, cientificando-lhe da opção (art. 31 do Decreto, anexo VI do Regulamento); ciente deste fato, o agente fiduciário, nos 10 dias subseqüentes, comunicará ao devedor que lhe é assegurado o prazo de 20 dias para vir purgar o débito, devendo ambas as comunicações serem feitas através de carta entregue contra recibo, do Cartório de Títulos e Documentos ou mesmo de notificação judicial (art. 31, parágrafos 1.º e 2.º). Não sendo purgado o débito, o agente fiduciário promoverá a publicação de editais e fará realizar, dentro de 15 dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado (art. 32), levando o imóvel a segundo público leilão nos 15 dias imediatos se o maior lance obtido no primeiro for inferior ao saldo devedor no momento, acrescido de quaisquer outras obrigações contratuais vencidas do devedor especialmente em relação à fazenda pública federal, estadual ou municipal, prêmios de seguros e as despesas dos próprios leilões (art. 32, parágrafos 1.º e 2.º); efetivada a arrematação, será emitida a carta de arrematação assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário e por cinco pessoas físicas, absolutamente capazes, testemunhas instrumentárias, sendo este o documento hábil para a transcrição no Registro de Imóveis (art. 37, ..., anexo XII do Regulamento." (op. cit. p. 41, n.º 34).

e conclui:

> "Trata-se de procedimento administrativo sumário (...) sem o contraditório e sem previsão de qualquer forma de oposição por parte do devedor, sem via recursal, sem fase cognitiva, ainda que concentrada, e sequer sem decisão expressa que destitua-se o proprietário do imóvel hipotecado da sua propriedade". (ibid. p. 41, n.º 34).

COUTO E SILVA, a respeito da "execução fiduciária" do Decreto-Lei n.º 70 refere que "em sua essência, esse tipo de execução extrajudicial é análogo ao das **mortgages** do direito americano em que o credor, ou um terceiro, inclusive órgãos públicos, desde que assim se tenha convencionado, tem legitimação para realizar a extração do valor do imóvel, como fiduciários do credor e do devedor, sendo autorizados a receber quantias e a realizar pagamentos, tal como se previu no DL 70" (op. cit. p. 49).

Agosto de 1973.

BIBLIOGRAFIA

ARNTZ, E. R. N. **Cours de Droit Civil Français.** 2. ed. Bruxeles, A. Marescq, Ainé, 1880. v. 4.

ASCARELLI, T. **Teoria Geral dos Títulos de Crédito.** 2a. ed. São Paulo, Saraiva, 1969.

—— **Panorama do Direito Comercial.** São Paulo, Saraiva, 1947.

AUBRY & RAU. **Cours de Droit Civil Français.** 5. ed. Paris, Marchal & Billard, 1900.

AZEVEDO SANTOS, T. de **Manual dos Títulos de Crédito.** Rio de Janeiro, Ed. Americana, 1971.

BAUDRY, LACANTINERIE & LOYNES, P. de. **Traité de Droit Civil.** Paris, A. Larose & L. Tenin, 1906. v. 1.

BEVILACQUA, Clovis. **Direito das Coisas.** Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942. v. 2.

BIANCHI, Emílio. **Delle Ipoteche.** 2. ed. Napoli, Eugenio Marghieri, 1914. v. 1.

BUSSADA, Wilson. **Títulos de Crédito Interpretados pelos Tribunais.** Rio de Janeiro, Alba, 1967.

CARVALHO, Dora Martins de. **A Comercialização da Hipoteca.** Rio de Janeiro, 1970. Tese de concurso para Docência Livre de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade da Guanabara. In: AZEVEDO SANTOS, T. de. **Manual dos Títulos de Crédito.** Rio de Janeiro, Ed. Americana, 1971. p. 353-69.

CARVALHO DOS SANTOS, I. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado,** 2. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958. v. 10.

CHIRONI, G. P. **Instituzioni di Diritto Civile Italiano,** 2. ed. Milano, Fratelli Bocca, 1912. v. 1.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Hipoteca no Direito Comparado. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre,** 3 (5): 13-52, 1973.

CODE CIVIL ALLEMAND. Paris, Imprimerie Nationale, 1906, v. 2. sec. 7, art. 433-853; v. 3, art. 854-1296.

COLIN, CAPITANT, **Cours Elementaire de Droit Civil Français.** Paris, Dalloz, 1928. v. 2.

COSTA CRUZ M. Martins da. **Noções sobre a Hypotheca. São Paulo** 1891.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. **Comentários à Lei de Duplicatas.** 2. ed. Rio, Forense, 1971.

DAVID, Aurel. Les Biens et leur Evolution. **Archives de Philosophie du Droit, Paris,** (8): 165, 1963.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO DIGESTO ITALIANO. Torino, Unione Tipografico ed., 1895-8, v. 13, 2. parte, p. 324-7.

ENCICLOPÉDIE JURIDIQUE DALLOZ. Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1952. v. 2, p. 908-9.

ENNECCERUS, L., KIPP, T. & WOLFF, M. **Tratado de Derecho Civil:** Derecho de Cosas. Trad. espanhola da 32. ed. alemã. Buenos Aires, Bosch, s/d. v. 2, t. 3.

ESCARRA, J. **Manuel de Droit Commercial.** Paris, 1947.

FRAGA, Affonso. **Direitos Reaes de Garantia.** São Paulo, Saraiva, 1933.

GOTTHEIL, Julio. **Common Law y Civil Law.** Buenos Aires, Abaledo & Perrot, 1960.

INGLEZ DE SOUZA, H. **Títulos ao Portador no Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro. Francisco Alves, 1898.

JOSSERAND, L. **Derecho Civil:** Contratos. Buenos Aires, Bosch, 1950. v. 2, t. 2.

LACERDA, Galeno V. de. **Correção Monetária e Discrição dos Tribunais.** Passo Fundo, Prefeitura Municipal, 1969.

LACERDA, Paulo de. **A Cambial no Direito Brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro, Cruz Coutinho, 1913.

—— **Manual do Código Civil Brasileiro:** Direito das Coisas. Rio de Janeiro, 1924, v. 8.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Direito das Cousas.** Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1910, v. 2.

LAURENT, F. **Principes de Droit Civil Français.** Paris, Bruylant & Christophe, 1878. v. 29.

LEHR, Ernest. **Traité Élementaire de Droit Germanique.** Paris, Plon, 1892. v. 1.

MAGARINOS TORRES. **Nota Promissória.** 7. ed. Rio, Forense, 1969, v. 2.

MARTINS, José O. & AIQUEL, A. **A Nova Lei das Duplicatas:** Comentada. 3. ed. Porto Alegre, Sulina, 1989.

MERCADO JUNIOR, A. **Nova Lei Cambial e Nova Lei do Cheque.** 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1968.

MEULENEARE, O. de. **Code Civil Allemand el Loi d'Introduction.** Paris, Chevalier Marescq, 1897.

MUNIZ BARRETTO, L. **Financiamento Agrícola e Títulos de Crédito Rnral.** São Paulo, Max Limonad, 1968.

—— **O Direito Novo da Duplicata.** São Paulo, Max Limonad, 1971.

MUÑOZ, Luis. **Títulos Valores Crediticios.** Buenos Aires, TEA, 1956.

NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. 3. ed. Torino, Torinense, 1964, v. 9, p. 68-72.

PACIFICI MAZZONI, Emidio. **Instituzioni di Diritto Civile Italiano.** 3. ed. Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli, 1884, v. 3.

PESSOA, A. A. Aspectos Jurídicos das Letras Imobiliárias no Sistema Financeiro da Habitação. **Jurídica,** Rio de Janeiro, (119):163, out./dez. 1972.

PIRENNE, Henri. **Las ciudades Medievales.** Trad. de 1a. ed. francesa de 1939 y corrección com 1a. ed. publ. por Princeton Univ. Press, Princeton, N. J., 1925, **Buenos Aires,** Ediciones 3, 1962.

PLANIOL, M. **Traité Elementaire de Droit Civil.** 7. ed. Paris, Pichon et Durand-Acezias, 1917. v. 2.

PLANIOL, Ripert. **Traité Pratique de Droit Civil Français.** Paris, Pichon et Durand-Acezias, 1927.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado.** Rio de Janeido, Borsoi, 1961. v. 20, 21, 30, 34 e 36.

REPERTOIRE DE LEGISLATION DALLOZ: recueil periodique et critique de Jurisprudence, de Legislation et de Doctrine. Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1864.

ROCHA, Glézio. **Da Execução Extrajudiciária do Crédito Hipotecário.** São Paulo, Sugestões Literárias. 1971.

ROSSEL, V. & MENTHA. **Manuel de Droit Civil Suisse.** 2. ed. Lausanne, Payot, 1911.

SAIN, Alfred. Le système Torrens. Apud BARBOSA, Ruy CAMPOS SALLES, Manoel F. de & GLICERIO, Francisco. **Exposição encaminhada ao chefe do Governo Provisório do Brasil,** em 31.5.1890, juntamente com o projeto do Decreto n.º 451 B, de 31.5.1890 — instituindo o Sistema Torrens no Brasil.

SAMPAIO LACERDA, I. C. **A Nova Lei sobre Duplicatas.** Rio, Forense, 1969.

SARAIVA, José A. **Direito Cambial Brasileiro.** Belo Horizonte, Forense, 1905, v. 1.

SILVA PINTO, Paulo I. da. **Direito Cambiário:** Garantia Cambiária e Direito Comparado. Rio. Forense, 1948.

SOUZA DINIZ. **Código Civil Suíço e Código Federal das Obrigações.** Rio de Janeiro. Distribuidora Record, 1961.

SUMMER MAINE, H. **L'Ancien Droit.** Paris, Guillaumin, 1874.

VAN RYN, Jean. **Principes de Droit Commercial.** Bruxelas, Émile Bruylant, 1957.

WALD, Arnoldo. A Correção Monetária no Direito Privado. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, (364): 23, 1966.

WHITAKER, J. M. **Letras de Câmbio. 7. ed.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1963.

MERCADORIAS IMPORTADAS DO EXTERIOR EM REGIME DE "DRAW BACK"

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

Livre docente de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

1. **Impostos incidentes sobre a importação.** As mercadorias importadas do exterior estão sujeitas a três impostos: o imposto de importação, o imposto sobre produtos industrializados (I.P.I.) e o imposto sobre circulação de mercadorias (I.C.M.).

"O imposto de importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no território nacional". (Decreto-Lei n.º 37, de 18.11.66, art. 1.º).

Constitui fato gerador do imposto sobre produtos industrializados quanto aos produtos de procedência estrangeira, o respectivo desembaraço aduaneiro. (Lei 4.502, de 30.11.64, art. 2.º, I).

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador, entre outros, a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 1.º)

Os impostos de importação e exportação, o I.P.I. e o I.C.M. essencialmente incidem todos sobre operações de circulação de mercadorias: o imposto de importação sobre aquela espécie de operação de circulação de mercadorias a que se dá o nome de "importação"; o imposto de exportação sobre aquela espécie de operação de circulação de mercadorias a que se dá o nome de "exportação"; o imposto sobre produtos industrializados sobre as operações de circulação de mercadorias (in

clusive importações e exportações) consideradas "produtos industrializados"; o imposto sobre circulação de mercadorias (o mais amplo de todos) sobre as operações de circulação de mercadorias em geral

Os impostos de importação e de exportação têm, hoje, maior importância como instrumentos de política econômica do que como fontes de receita.

Os impostos sobre produtos industrializados e sobre circulação de mercadorias apenas se distinguem porque se entendeu necessário distingui-los, para o efeito de distribuição da receita entre a União e os Estados.

Não nos deixemos enganar pelas palavras: no caso de importação, o imposto de igual nome incide sobre a entrada de mercadoria estrangeira no território nacional; o I.P.I. sobre o respectivo desembaraço aduaneiro e o I.C.M. sobre sua entrada no estabelecimento importador; mas, essencialmente, a operação tributada é uma só: a importação.

2. **Importações em regime de "draw back".** As mercadorias importadas em regime de "draw back" estão sujeitas a normas tributárias especiais. Tem-se, no caso, importação vinculada a exportação. A forma dessa vinculação é variável (Decreto-Lei n.º 37, de 18.11.66, art. 78).

Importa-se mercadoria para ser submetida a processo de beneficiamento, no território nacional, e exportada depois;

Importa-se mercadoria para ser utilizada na fabricação, complementação ou acondicionamento de outra exportada;

Importa-se mercadoria em quantidade e qualidade equivalente à utilizada no beneficiamento, fabricação, complementação ou acondicionamento de produto exportado.

No primeiro caso, a mercadoria exportada é a mesma que foi importada. No segundo, a mercadoria importada passa a integrar (de

alguma forma) outra mercadoria, que é exportada. No terceiro, a mercadoria importada permanece no território nacional, mas há a exportação de quantidade e qualidade equivalente.

2.1. Quando a exportação preeede a importação, o que só é possível nessa última hipótese, o benefício fiscal é incondicionado, porque a exportação é fato passado e certo e a condição necessariamente se refere a evento futuro e incerto. No caso, há isenção (Decreto-Lei n.º 37, de 18.11.66, art. 78, III). Quando a importação precede a exportação, a importação é certa e incerta a exportação. Daí duas alternativas:

2.2. Exigir-se o tributo por ocasião da importação, restituindo-se-o, no todo ou em parte, por ocasião da exportação (Decreto-Lei cit., art. 78, I), caso em que a exportação funciona como "condicio juris" resolutiva; ou

2.3. Exigir-se os tributos incidentes sobre a importação somente na hipótese de não sobrevir a exportação, caso em que a exportação funciona como "condicio juris" suspensiva (Decreto-Lei cit., art. 78, II).

Importada mercadoria em regime de "draw back", se não ocorre, dentro do prazo fixado, a condição da exportação, os impostos incidentes sobre a importação não se restituem, ou se tornam exigíveis, conforme o caso. É o que ocorre, sem dúvida alguma, no caso de a mercadoria importada vir a ser colocada no mercado interno.

3. **Não-cumulatividade.** Os impostos de importação e de exportação não são cumulativos, por sua própria natureza, já que incidem sobre uma única das possíveis operações de circulação de mercadorias: o de importação sobre a operação de importação e o de exportação sobre a operação de exportação. Pelo contrário, os impostos sobre produtos industrializados e sobre circulação de mercadorias incidem sobre a série de operações que, no seu todo, constituem o fenômeno da circulação. A incidência múltipla do mesmo imposto sobre a mesma mercadoria gera o problema da chamada "tributação em cascata", resolvido pelo Constituinte com a regra de que se deve abater "em cada operação o montante cobrado nas anteriores" (Emenda Constitucional n.º 1, arts. 21, § 3.º, e 23, II).

Assim, nesses impostos, o montante devido em cada operação é igual ao resto de uma subtração, em que o minuendo é igual ao produto da alíquota pela base de cálculo e o subtraendo, igual ao montante cobrado nas operações anteriores.

Ao passo, porém, que o imposto sobre produtos industrializados é seletivo, em função da essencialidade dos produtos, o imposto sobre circulação de mercadorias tem alíquota uniforme para todas as mercadorias (Emenda Constitucional n.º 1, arts. 21, § 3.º, e 23, § 5.º).

O produto da alíquota pela base de cálculo (minuendo) recebe o nome de **débito fiscal.** O montante cobrado nas operações anteriores (subtraendo), o de **crédito fiscal.** O resto aponta o imposto devido. Em outras palavras:

imposto devido = alíquota x base de cálculo — crédito fiscal.

Há vários sistemas para se efetuar a subtração exigida pela Constituição: o do abatimento de percentagem fixa, em que o "montante cobrado nas operações anteriores" é meramente presumido; o específico, isto é, mercadoria por mercadoria; e o global, em que se proeura a diferença, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias que saíram do estabelecimento e o referente às que nele entraram.

Se o contribuinte tem o direito de lançar a seu crédito, incondicionadamente, o imposto referente a quaisquer mercadorias que entram em seu estabelecimento e, a seu débito, somente o produto da alíquota pela base de cálculo das operações tributadas, tem-se o **sistema global absoluto,** ou incondicionado.

Se o direito ao crédito fiscal é condicionado à superveniência de operação tributada, tem-se o **sistema global relativo,** ou condicionado: é exigido o estorno do crédito fiscal, se a mereadoria não sai do estabelecimento, nem mesmo como insumo (eomo na hipótese de perecimento em decorrência de sinistro) ou sai do estabelecimento sem ser tributada (como na hipótese de ser isenta a operação de saída subseqüente). É o sistema de nosso Direito positivo: será anulado, pelo sistema de es-

torno na escrita fiscal (diz o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, Decreto n.º 70.162,de 18.2.72, art. 37, I, a) o crédito de imposto relativo às matérias-primas. produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos por estabelecimento industrial e que tenham sido empregados na industrialização ou acondicionamento de produtos isentos ou não tributados.

Importada mercadoria em regime de "draw back", com o pagamento dos impostos sobre produtos industrializados e sobre circulação de mercadorias, sua entrada no estabelecimento importador gera crédito fiscal. Para que se opere a restituição desses impostos, basta que se dispense o estorno do erédito fiscal, por ocasião da saída imune, isenta ou não tributada, para o exterior.

Importada mercadoria em regime de "draw back", com suspensão dos impostos sobre produtos industrializados e sobre cireulação de mercadorias, sua entrada no estabelecimento importador não gera crédito fiscal e sua saída, imune, isenta ou não tributada para o exterior, não gera débito fiscal. Se não ocorre a exportação, torna-se exigível o imposto suspenso. Todavia, uma vez exigido e pago o imposto que incidira sobre o desembaraço aduaneiro ou sobre a entrada da mercadoria no estabelecimento importador, deve-se-lhe reconhecer o direito ao crédito fiscal. De outra forma, o imposto se tornaria cumulativo: o importador pagaria, por ocasião da colocação no mercado interno, imposto igual ao produto da alíquota pela base de cáleulo da operação de saída, sem a observância do princípio eonstitucional da não-cumulatividade: "abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores".

4. **"Draw back" e I. C. M.** No que tange ao ICM, FERNANDO BROCKSTEDT considera inócuos, senão absurdos, os incentivos da isenção, da restituição, ou da suspensão do imposto incidente sobre a importação de mercadorias em regime de "draw back":

A isenção do imposto federal de importação acarreta a isenção do imposto estadual (I. C. M.) incidente sobre a mesma operação (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 1.º, § 4.º, VI), sendo, pois, inócua a norma que declara isenta a entrada, no estabelecimento do importador, de mercadorias importadas do exterior em regime de "draw back" (art. cit., § cit., VI).

De outro lado, não pode a União conceder os incentivos da restituição e da suspensão de impostos estaduais. O que ela pode é, tão somente, isentar (Emenda Constitucional n.º 1, art. 19, § 2.º). E é um absurdo pretender-se que os incentivos da restituição ou da suspensão de impostos federais incidentes sobre a importação acarretem a isenção do imposto estadual incidente sobre a mesma operação: "como a figura da isenção depende de pressupostos e requisitos conhecidos **a priori** e as da suspensão e da restituição subordinam-se a condições conheeidas **a posteriori**, é óbvio que aquela não pode ficar na dependência destas." (BROCKSTEDT, Fernando. **O ICM**. Porto Alegre, Rotermund, 1972, p. 178).

Todavia, existem isenções condicionadas (por exemplo, as saídas de continentes, desde que devam retornar ao estabelecimento remetente, Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 1.º, § 4.º, I) e isso basta, a meu ver, para deitar por terra todo esse raciocínio...

5. **Reexportação e perecimento da mercadoria importada em regime de "draw back".** A Lei não prevê expressamente a hipótese de a mercadoria importada em regime de "draw baek" ser reexportada, após o desembaraço aduaneiro, por defeito técnico que exija sua devolução, para reparo ou substituição. Tampouco prevê a hipótese de a mercadoria importada ser inutilizada por sinistro posterior ao desembaraço aduaneiro.

Em princípio, tanto no imposto de importação, como nos impostos sobre produtos industrializados e sobre circulação de mercadorias, os riscos correm por conta do contribuinte: se a mercadoria precisa ser reexportada, ou perece no estabelecimento do importador, não se restituem os tributos por ele pagos quando da importação. Por isso mesmo, dispõe o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados que será anulado, pelo sistema de estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto relativo às matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos por estabelecimento industrial e que tenham sido objeto de furto ou roubo ou inutilizados em sinistro, ou, ainda, quando empregados em produtos que tenham tido o mesmo destino (Decreto n.º 70.162, de 18.2.72, art.37, I, e).

Ocorrerá o mesmo na importação de mercadorias em regime de "draw baek"? A Lei não diz o contrário e isso basta para se afirmar a incidência da regra geral de que os riscos correm por conta do contribuinte, tanto mais que o Código Tributário Nacional expressamente declara que se deve interpretar literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão de crédito tributário (Lei 5.172, de 25.10.66, art. 111, I).

Diversa, porém, **deveria** ser a solução legislativa. No "draw back", a importação tem por finalidade a exportação, e é por isso que se concede o incentivo fiscal da dispensa dos impostos incidentes sobre a importação. Se a mercadoria importada vem a ser colocada no mercado interno, é o incentivo fiscal que perde sua razão de ser. Mas, se a mercadoria importada é devolvida, por defeito técnico, para reparo ou substituição; ou se perece, em decorrência de sinistro, não é o incentivo fiscal que perde sua razão de ser, mas sim a própria importação. Não seria demais, portanto, que se mantivessem os incentivos fiscais nessas hipóteses.

6. **Natureza jurídica do prazo para a exportação.** Também por causa da finalidade dos incentivos à importação de mercadorias em regime de "draw back" é que entendo que não se deveria considerar preclusivo o prazo para a exportação. Diverso porém, é o entendimento que decorre dos textos legais: o incentivo da restituição ou da dispensa do imposto de importação somente pode ser concedido nos termos e condições do Regulamento (Decreto-Lei n.º 37, de 18.11.66, art. 78) e este estabelece que, esgotados os prazos estabelecidos, **decairá** o direito do beneficiário (Decreto n.º 68.904, de 12.7.71, art. 12, § único).

Facilitou-se, assim, o controle da efetiva destinação ao exterior da mercadoria importada em regime de "draw back".

Porto Alegre, janeiro de 1975.

A SENTENÇA ILÍQUIDA E O ARTIGO 459, § ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

"Art. 459, § único — Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida".

I

Cumpre iniciar a análise precisando o sentido da expressão "pedido certo", na norma em exame.

Pelo artigo 286 do Código de Processo Civil, **caput, "o pedido deve ser certo ou determinado".**

Já CALMON DOS PASSOS adverte que a correta redação seria "certo e determinado", pois "não se cuida de uma alternativa, mas de uma copulativa, pois ambas as qualidades lhe são imprescindíveis" ("Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, III, pág. 156).

Para FREDERICO MARQUES ("Manual de Direito Processual Civil", 2.º vol., 1a. parte, ed. 1974, n. 352) "todo o pedido precisa ser individualizado, de modo certo **e** determinado, para que assim o autor caracterize perfeitamente o bem jurídico que pretende do Estado".

PONTES DE MIRANDA ("Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, t. IV, ed. 74, pág. 33-34) considera que o pedido deva ser "expresso **e** determinado"; a determinação serve para que o juiz "possa saber o que se lhe pede, e proferir a sentença"; já quanto à palavra "certo", entende Pontes que melhor seria substituí-la por algum si-

nônimo exato, dadas as muitas acepções em que é empregada em nossas leis — "no art. 286, "certo" foi responsável por se omitir a referência a "expresso" "

Em comentando o Código processual pretérito, PEDRO BATISTA MARTINS ("Comentários ao Código de Processo Civil", v. II, ed. 1960, pág. 245) assinalava que como condição do contraditório o pedido cumpria ser "certo e determinado" quanto ao seu objeto, podendo embora ser indeterminado em seu quantitativo.

A exigência da certeza do pedido não é nova: o pedido ou a conclusão, afirmava RAMALHO, deve ser claro, certo e somente alternativo nos casos em que a lide o admite (Ramalho, "Praxe Brasileira", pág. 199, **apud** Wellington M. Pimentel, "Comentários ao Código de Processo Civil", Revista dos Tribunais, v. III, pág. 170).

O uso da locução "certo ou determinado" pelo vigente Código (reeditando a mesma expressão constante do art. 153 do Código de Processo Civil de 1939) não expressa, assim, dois conceitos alternativos, e, cremos, nem mesmo dois conceitos diversos que se devam cumular, mas apenas uma mesma idéia, a de perfeita identificação, sob todos os aspectos, dos objetos imediato (espécie de tutela jurisdicional) e mediato (bem da vida) pretendidos pelo autor.

O pedido **genérico** não deixa de ser um pedido certo e determinado quanto ao "an debeatur",,embora apenas **determinável** no alusivo ao "quantum debeatur".

Quando, portanto, o vigente Código emprega no art. 459, § único, a expressão "pedido certo", isso à evidência não significa fosse possível um pedido **incerto,** vago, duvidoso, pois pedido dessa ordem iria, inclusive, motivar a inépcia da inicial. A "certeza", no caso, está ligada à idéia de completa identificação do objeto, referc-se ao pedido determinado no "an" e no "quantum", isto é, ao **pedido líquido**. Formulado um pedido **certo** (ou seja, determinado qualitativa **e quantitativamente),** ao juiz é defeso "proferir sentença ilíquida", isto é, sentença indeterminada quantitativamente.

Abalisada opinião sustenta, entretanto, no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que a norma do § único do artigo 459 seria inaplicável às demandas visando à reparação de dano causado por veículo automotor, pois nestas ações "somente se pode cogitar de pedido de quantia certa ou determinada quando tenha havido acordo prévio para essa fixação ou perícia judicial" (voto na apel. 10.161). Em outro julgamento o mesmo ilustre magistrado alude a que em tais causas "a própria natureza da ação intentada faz impossível determinar, de modo definitivo, na inicial, o valor líquido do dano, a ser apurado na instrução da ação" (voto na apel. 10.575).

Tal ponto de vista, "venia concessa", parece radicar em um equívoco. O Código de Processo Civil vigente, aliás, considera "lícito" formular pedido genérico "quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito" (art. 286, II), assim admitindo o pedido não genérico (no caso, pois, o pedido líquido) quando tais conseqüências já possam ser determinadas ao tempo do ajuizamento da demanda. E naturalmente ao autor, titular da ação, compete em tal momento decidir se suas pretensões já podem ser formuladas no "an" e no "quantum", ou se ainda são imprevisíveis no "quantum". Ao demandante, se já dispõe de orçamentos dos danos, ou já pagou os consertos do veículo, ou já recebeu a conta do médico e se considera curado, irá interessar a formulação de pedido líquido, assumindo o ônus de comprovar o "quantum" durante a instrução, e, então, o juiz estará obrigado, se procedente a ação, a dar-lhe sentença líquida. Mas se o autor ainda não dispõe de elementos, a seu critério, para apresentar um pedido líquido, então concluirá o libelo com pedido genérico e poderá receber sentença da mesma uatureza.

Parece-nos que o ponto de vista ora impugnado, ao implicitamente exigir um documento ou **título líquido e certo** para a incidência do § único do art. 459, esvazia de conteúdo a norma legal, destinada ao processo de cognição e não ao processo de execução.

II

Todos os que militam no foro sabem das delongas e dificuldades decorrentes da liquidação por arbitramento ou por artigos, aquela

dependente de perícia e esta sujeita (art. 609) ao procedimento ordinário ("rectius", ao procedimento comum, que tanto pode ser o ordinário como o sumaríssimo), formas de liquidação culminantes em sentença e, pois, na possibilidade de apelação e até, se atendidos os seus pressupostos, de recurso extraordinário.

O eminente processualista sul-rio-grandense Alcides de Mendonça Lima (Coment. ao Código de Processo Civil de 1973, Forense, v. VI, t. II, n.º 1294), com a habitual excelência ensina que "em princípio, na verdade, tudo que pudesse ser provado no processo de conhecimento o juiz deveria ordenar que fosse feito, a fim de a sentença ser líquida e certa, evitando a liquidação, sempre complexa, onerosa e demorada, podendo durar mais do que a própria ação de onde provém. E, mais adiante: "Tanto quanto possível, ainda que mais incômodo para o juiz da causa, deve ser evitada sentença que necessite de liquidação para ser executada. A sentença já deve ser proferida de modo a valer por si mesma, ter eficácia imediata, ser exequível, independentemente de qualquer outra formalidade. Desde que declarada a violação a um direito, o autor tem interesse em obter, incontinenti, a sua efetivação; e o Poder Judiciário, em nome de sua autoridade e de seu prestígio, tem igualmente interesse em conceder a reparação ao credor, o mais rápido possível".

Não se poderia dizer melhor, ressaltando a relevância do interesse na mais breve e eficaz composição do litígio e na economia processual.

O eminente Lopes da Costa chega ao ponto de dizer que "tudo isso está a evidenciar que deveríamos repudiar de vez o tal pedido genérico. E acabar com as tais liquidações" (Direito Processual Civil Brasileiro, tomo IV, ed. 47, n. 50).

A tal reclamo deu resposta o vigente Código com a disposição inovadora e merecedora de encômios do art. 459, § único: "quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida".

Tal norma não constava do ante-projeto, e resultou de alvitre apresentado pelo senador Accioly Filho e que se transformou na emenda n.º 211 da Comissão Especial, com a seguinte justificativa:

"É lícito ao autor formular pedido genérico, conforme expressamente preceitua o artigo 287 do Anteprojeto. Mas, se na petição inicial o objeto pedido é determinado em sua quantidade, será "extra petita" a sentença que cuidar apenas do "an debeatur", deixando para a liquidação as questões referentes ao "quantum debeatur". O autor, que é o melhor e mais autorizado juíz de seus próprios interesses, é quem deve sopesar as circnnstâncias do caso concreto (especialmente as dificuldades para se encontrar o montante do crédito) e, se tiver pressa em obter sentença que cuide apenas da existência da obrigação, sem cogitar do montante, então valha-se da faculdade que lhe dá o art. 287 e peça a condenação genérica" (Código de Processo Civil, edição do Senado Federal, v. I, tomo II, pág. 1343/1344).

A preocupacão com o assunto não é, aliás, de hoje, pois já as Ordenações recomendavam ao juiz: "E será outrosi avisado, que dê sentença certa em certa quantidade, ou em certa cousa. E se der sentença incerta, não valerá, salvo se a dita sentença incerta podesse ser certificada pelos autos do processo, ou se podesse liquidar na execução dela, assim como os fructos ou interesses..." (Ord., Livro III, tit. LXVI, n. 2, ed. 1870, Rio).

E tais advertências, como notou o eminente juiz Milton dos Santos Martins (reI. na apel. 10.161, ac. de 8.4.75. da 2a. Câmara Cível do Tribunal de Alçada do RS), provinham longinquamente do empenho solicitado já nas Institutas de Justiniano: "O juiz deve ter o cuidado de dar, sempre que possível, sentença de quantia ou cousa certa", acrescentando "ainda que seja o litigio perante ella sobre quantidade incerta": "Curare autem debet iudex, ut omnimodo quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est" (L. IV, 6, § 32, versão de Coelho Rodrigues, ed. 1879, Recife).

III

Em verdade, sempre se entendeu que "sententia debet libello conformis esse". O conteúdo do pedido condiciona o âmbito da presta-

ção jurisdicional, não podendo o juiz conceder mais do que o pedido, ou conceder fora do pedido, ou abster-se de julgar algum capítulo do pedido. A sentença "ultra", "extra" ou "citra petita" é nula.

Entretanto, pelo antigo Código de Processo Civil, a circunstância de o autor na inicial pedir a quantia certa de "X" não impedia a que o juiz, julgando provado nos autos o "an debeatur" mas indemonstrado o "quantum debet", condenasse o réu ao pagamento de quantia ilíquida, relegando para posterior momento processual a exata determinação do montante a ser pago.

Tal posição ao juiz não mais é lícito adotar. O vigente mandamento legal é peremptório:... **"é vedado** ao juiz proferir sentença ilíquida".

Pela atual sistemática processual, encontra-se o julgador na **impossibilidade legal** de dissociar, quando o autor formula pedido certo, o "an" do "quantum debeatur". A lei impõe às partes a apresentação, já no processo de conhecimento, de todos os dados jurídicos relevantes não só à verificação da existência da dívida, como à apuração de seu montante, operando-se destarte necessariamente a liquidação (após arbitramento, ou mediante perícias, se preciso) na própria sentença que julga o pedido, e não "a posteriori" como processo preparatório à execução. Cabe, pois, ao juiz, inclusive de ofício (art. 130 do Código de Processo Civil), determinar as providências necessárias à instrução do processo a fim de bem habilitá-lo ao cumprimento da precitada norma processual.

IV

Cabe agora indagar da atitude do Tribunal quando verificar que o juiz da sentença, ao proferi-la, fê-lo com infração ao art. 459, § único, relegando indevidamente para ulterior fase processual a liquidação, total ou parcial, do débito.

A resposta dependerá da contestação que dermos a outra pergunta, em que se situa, a nosso ver, o cerne da questão: a sentença assim proferida está viciada por **nulidade absoluta**, ou por **nulidade relativa**, ou por simples **anulabilidade?**

GALENO DE LACERDA ("Despacho Saneador", p. 70 e seguintes) operou sistematização até hoje insuperada das nulidades processuais.

Baseado no magistério de Carnelutti, distingue o ato processual absolutamente nulo, que não produz efeito algum, do ato processual relativamente nulo, que poderá vir a produzi-lo desde que realizada determinada condição, apta a fazer convalescer o ato. Assim, na nulidade relativa a eficácia do ato está sujeita a uma condição suspensiva, constituída pelo évento, como a ratificação ou a corrigenda, que sane o vício.

Já o ato anulável produz seus normais efeitos, sob a condição resolutiva consistente na reação partida da parte interessada em elidir a eficácia do ato (Carnelutti, "Sistema", III volume, n.º 551 e 552, ed. em espanhol).

No entendimento de mestre Galeno, "O que caracteriza o sistema das nulidades **processuais** é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico".

Se a norma violada for **regra cogente,** editada com vistas particularmente ao interesse público, então sua violação acarretará a nulidade absoluta do ato processual, declarável desde logo e de ofício. Se a norma violada for **regra cogente,** porém objetivando de modo principal o interesse da parte, surge a nulidade relativa, cabendo ao juiz proceder de ofício no sentido de decretar a nulidade, se não obtido o convalescimento do ato processual: sendo imperativa a norma, não pode o juiz tolerar-lhe o desrespeito; mas "como ela visa a proteger o interesse da parte, a conseqüência é que o vício poderá ser sanado". Já a anulabilidade é decorrência da violação de **norma dispositiva,** não cogente, e a anulação do ato só poderá ocorrer mediante provocação da parte interessada, sendo ao juiz defeso o decretá-la de ofício (Galeno Lacerda, ob. citada, pág. 72 e **passim).**

Aplicando tais princípios, encampados pela mais autorizada doutrina, ao caso ora em estudo, temos em que a violação da norma do art. 459, § único, configura caso de nulidade e não de anulabilidade, pois

a regra apresenta-se eomo manifestamente cogente, vetando ao juiz, de forma imperativa, uma determinada conduta, e impondo-lhe, em decorrência, a conduta antagônica.

Dúvidas surgem, entretanto, no enquadrar a nulidade da sentença como absoluta ou como relativa, e tal opção é de inocultável relevância pelas conseqüências dissímeis, decorrentes de um ou de outro enquadramento.

Se adotarmos a posição de que a aludida norma visou tutelar fundamentalmente interesses de ordem pública, vinculados à economia e sumariedade processuais, então a nulidade é absoluta e, pois, insanável.

E se assim for, caberá ao juízo recursal decretar, ainda que as partes não o postulem, a nulidade da sentença infringente à regra legal, devendo o juízo de primeiro grau proferir novo julgamento com obediência ao mandamento da lei processual.

Parece entretanto mais adequada à realidade a segunda orientação, pela qual o preceito legal visou primacialmente resguardar o interesse dos litigantes, principalmente do autor, em obter com maior brevidade a integral composição da lide, em todos os seus aspectos, possibilitando ao titular do crédito a imediata propositura da execução sem a necessidade de repetir, em processo de liquidação, "la lunga avventura del giudizio civile".

Ora, se a norma violada tutela interesses que se refletem mais intensamente na economia privada dos litigantes do que no plano do bem público, então a sentença está eivada de nulidade relativa, **decretável de ofício** pelo juízo de segundo grau, independente de requerimento das partes, porém nulidade **sanável**. Cumpre operar, já agora, eom o princípio da sanabilidade do ato combinado com o princípio da devolução da causa ao juízo recursal.

V

Parecem, nesta linha de raciocínio, razoáveis as seguintes soluções, sempre dentro da premissa de haver o autor formulado **pedido certo** (líquido) e o juiz prolatado sentença condenatória ilíquida:

A) se apenas **o autor recorre,** postulando a observâneia da norma legal violada, o Tribunal poderá, sem ofensa à regra do duplo grau de jurisdição, validar a sentença e operar a fixação do "quantum devido". Realmente, a decisão do juiz importou em julgar procedente o "an debeatnr" e em julgar "insuficientes" os dados destinados à fixação do "quantum debeatur"; manifestou-se, assim, o magistrado sobre todos os aspectos da lide e pode o Tribunal, no juízo de **devolução** e julgando a apelação, corrigir a sentença (note-se que a regra legal violada é dirigida ao órgão jurisdicional) no sentido de sanar o vício, adequando a prestação jurisdicional (pois o acórdão **substitui** a sentença) ao mandamento legal. Aliás, se o juiz julgasse "improcedente" o pedido, poderia o juízo recursal, provendo à apelação do demandante, julgar o pedido procedente proferindo então, necessariamente, faee ao disposto no art. 459, § único, condenação **líquida,** isto é, apreciando o Tribunal "em primeira mão" o problema do "quantum".

B) Se, entretanto, **o réu recorre** contra a eondenação ilíquida, abrem-se duas possibilidades:

1) — Se o tribunal entender qne **a ação é improcedente,** dará neste sentido provimento à apelação do demandado, sem cogitar da nulidade da sentença. Realmente, a possibilidade de decretação da nulidade restou inclusive superada pela decisão quanto a própria existência do débito, que funciona eomo prejudicial com relação ao "quantum debeatur". A parte válida da sentença é, assim, incontagiada pela nulidade.

2) — Se o tribunal, no entanto, entender que o juiz julgou corretamente ao considerar a ação procedente, deveria em princípio negar provimento ao recurso do réu. Mas, de outra parte, está o juízo de 2.º grau na contingência inarredável de apreciar, **de ofício,** o problema da nulidade da sentença. A matéria do "quantum" não foi, por hipótese, objeto de devolução, sendo, assim alheia à controvérsia recursal. Quer parecer que, neste caso, a solução será anular a sentença, considerar prejudicado o recurso e mandar que o juiz profira novo julgamento, obediente ao ditame legal; é reaberta destarte ao réu a possibilidade de manifestar inconformidade quer quanto à existência, quer, já agora, também quanto ao montante do débito.

C) Pode, ainda, ocorrer a interposição de apelações de **ambos** os contendores. Apela o autor, pretendendo que o Tribunal (sanando a nulidade) opere a fixação do montante da condenação; apela o réu, pretendendo a improcedência da demanda. Assim sendo:

1) — O Tribunal poderá negar provimento à apelação do réu e, provendo à do autor, completar a prestação jurisdicional com a decretação do "quantum" devido, assim sanando a nulidade da sentença.

2) — Dar provimento à apelação do réu e julgar improcedente o pedido, prejudicada a apelação do demandante.

As soluções que ora preconizamos (retificando anterior manifestação), e submetemos à censura dos doutos, pareeem-nos responder às necessidades de ordem prática do processo (pedra de toque de qualquer teoria...), bem como às injunções de ordem doutrinária, atendendo ainda à necessidade de não relegar ao olvido a regra legal ou de não tornar letra morta, a médio e longo prazo, um mandamento salutar voltado para a economia processual e permissivo de uma breve restauração dos direitos violados.

VI

Resta apenas indagar como deve proceder o juízo monocrático, nos casos de anulação da sentença. Se os autos contiverem elementos bastantes à liquidação, proferirá de imediato nova sentença obediente à regra legal. Se, entretanto, em seu entender os autos se revelarem deficitários e omissos, deverá o magistrado provocar as partes à apresentação dos elementos probatórios disponíveis ou, em última análise, determinará de ofício as diligêneias cabíveis. Análogo procedimento poderá adotar o juízo colegiado, com a conversão do julgamento em diligência, nos casos em que apenas o autor recorre e o processo não encerra dados informativos bastantes à fixação do "quantum".

Era a recomendação do eminente Amilcar de Castro, diante do artigo 915 do Código de Processo Civil de 1939: "E se na hora que passa, o que se tem por certo é que o juiz não se mantém de todo inativo na produção e determinação das provas, a conclusão não pode deixar de ser esta que, por eqüidade, pode e deve o juiz converter o julgamento em diligência, a fim de que se proceda a arbitramento; e só na hipótese de falhar este arbitramento "ex ofício" ordenado, é que deverá julgar a liquidação improcedente, ressalvando ao exeqüente o direito de proceder a nova liquidação." (Coment. ao Código de Processo Civil, Forense, v. X, tomo I, 2a. ed., p. 150).

Não poderá o magistrado (ou o Tribunal) proferir, em caso algum, nova sentença ilíquida; igualmente lhe é defeso extinguir de logo o processo apenas diante de dificuldades, que cumpre vencer, na apuração do "quantum debeatur".

Se, no entanto, a dificuldade apresentar-se como insuperável, é possível cogitar de dois caminhos:

a) julgar **improcedente** a demanda, face à indissociabilidade do **an** e do **quantum.** Esta é a solução preconizada por Wellington M. Pimentel, "verbis": "se o pedido é certo, tudo há de ser resolvido no processo de conhecimento. O juiz o acolherá ou o rejeitará, total ou parcialmente. Se o autor não logrou provar o quantum reclamado com quantia certa na inicial, o caso é de improcedência (total ou parcial) da ação, e não de se apurar em execução o montante anexo" (ob. cit., pág. 509-510);

b) declarar extinto o processo sem julgamento de mérito (incluindo a hipótese nos "demais casos previstos neste Código" do art. 267, XI), opção que apresenta a vantagem de permitir ao autor novamente intentar, já melhor apercebido, a demanda inicialmente inexitosa. Neste sentido a orientação do antigo Código de Processo Civil, art. 915, para a hipótese de, em processo de liquidação, as provas não ofereçerem "elementos suficientes para que o juiz determine o valor da condenação"; o liquidante seria então condenado nas custas, "procedendo-se a nova liquidação". A respeito doutrinou Pontes de Miranda: "sendo insuficientes as provas, a relação jurídica processual da execução termina pela sentença sobre insuficiência de provas e sobre as custas. Tal terminação do processo não impede, no tocante à prova, a abertura de novo processo de liquidação. O julgamento é de ser **insuficiente a prova**; não, de ser improcedente a execução, ou mesmo a liquidação. Há toda vantagem em se fixar a terminologia, com rigor. Está aí caso de sentença que julga "não provado". "(Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, t. XIII, 2a. ed., p. 177-178).

PROBLEMAS DE CIBERNÉTICA JURÍDICA

MARIO G. LOSANO

Professor da Universidade de Milão e Turim. Fundador do Centro de Juscibernética da Universidade de Turim.

A Ciência Social está conhecendo nos últimos anos, uma "computarização" sempre crescente, que a leva a se adaptar a tudo o que já existe nas outras disciplinas, onde o computador eletrônico é considerado um instrumento indispensável à pesquisa. A técnica de programação já faz parte do ensino nas faculdades de Ciências Humanas, Política e Jurídica. Essa expansão da pesquisa computarizada é acompanhada da expansão da automatização da administração pública e da atividade dos tribunais. No ano passado, por ocasião do Primeiro Congresso Brasileiro de Cibernética, realizado em Porto Alegre, tive a oportunidade de discutir, com meus colegas brasileiros, as principais questões que surgem nesse setor. Sobre isso, volto novamente, neste artigo, a fim de fixar alguns pontos já estabelecidos.

Atualmente, nos tribunais, o uso do computador eletrônico tem, como função, auxiliar a Justiça a conhecer a norma jurídica e a sentença que possa servir na solução de um caso. Na Itália, por exemplo, o Tribunal de Cassação vem pondo na memória do computador a própria sentença e, agora, está efetuando a união do computador de Roma com os terminais das sedes dos principais tribunais italianos.

Dedicarei todo este artigo, sobre o que se pode fazer com o computador no campo da administração pública. A melhor maneira de se entender o assunto é examinando um exemplo concreto. Achamos conveniente levar em consideração os serviços do registro das populações municipais, visto que os funcionários devem consultar manualmente vastíssimos fichários, a fim de obterem os dados pretendidos. O tempo gasto na busca é bastante longo, na trascrição manual, em que se verificam

---

Transcrição de O ESTADO DE SÃO PAULO, São Paulo 29 de julho de 1973.

freqüentes erros, recebendo os interessados o serviço em um ritmo mais lento. Por isso, em um certo nível de desenvolvimento urbano, torna-se indispensável recorrer ao computador. Todos os dados, contidos nos registros da população das cidades, vêm perfurados em cartões que podem ser lidos pelo computador. Os dados, desta maneira, são conservados na memória da máquina. Torna-se desse modo evidente o grande número de vantagens oferecidas por esse sistema.

Ele transforma, antes de mais nada, a própria estrutura física dos escritórios: onde antes havia um salão, onde se recebiam e eram acumuladas as solicitações e um outro contíguo, onde os funcionários procuravam os dados requeridos. Com o sistema automatizado, não há mais o tempo de espera entre a apresentação da pergunta e a resposta dada. A resposta é logo entregue ao interessado, pois o funcionário a solicita através do terminal, existente em cada guichê. O acesso aos dados contidos na memória do computador é imediato, da mesma forma que é imediata a resposta.

Contudo, a maior vantagem não é a rapidez do serviço, mas a possibilidade de descentralização que o computador oferece. Pensemos nas grandes cidades, as quais se expandem constantemente. Ainda assim, o escritório onde se localiza o seu registro populacional é apenas um, visto não ser mais necessário copiar manualmente os registros, a fim de distribuí-los aos escritórios de registro descentralizados.

O computador pode, por sua vez, ser interrogado por usuários, mesmo distantes, e de fato, cada usuário pode agir como se tivesse à sua disposição a memória inteira do computador. Essa característica técnica já permitiu criar escritórios descentralizados, que contribuíram notadamente para aliviar o trabalho das centrais.

Existem ainda outras funções. As grandes cidades são geralmente circundadas por um "cinturão urbano", constituído por pequenos centros que antes eram autônomos, mas que hoje fazem parte integrante da economia da grande cidade. Essa situação, no que se refere à Itália, é típica sobretudo de Milão e Turim, onde os centros dos cinturões se desenvolvem enormemente devido à imigração de trabalhadores provenientes da Itália meridional.

Desde que o custo de vida na grande cidade é muito alto, esses trabalhadores aportam, antes de mais nada, às áreas do cinturão, nas quais tanto os aluguéis como o custo de vida, em geral, são mais baratos. Em pouco tempo, porém, transferem-se para a grande cidade — no caso de serem bem sucedidos e de se adaptarem ao novo ambiente — ou retornam ao ponto de origem, no caso de não encontrarem trabalho, ou de perderem o emprego conseguido.

Esta observação tem um exato reflexo no trabalho de arrolamento, pois as comunas do cinturão — cujo orçamento é limitado — são as que devem gerir a maior quantidade de dados registrados, além de suportar toda uma série de despesas públicas, que vão desde as construções populares, até as escolas e os serviços médicos. O advento do registro automatizado permite repartir com maior eqüidade as despesas da grande cidade e das comunas do cinturão. Assim, a grande cidade administra o computador que memoriza os dados para todos, enquanto as pequenas cidades do cinturão usufruem do mesmo, mediante os terminais, pagando depois uma espécie de aluguel por todo o serviço, mas não o elevadíssimo dispêndio da instalação.

Dessa maneira, o computador se transforma também em um instrumento de racionalização da administração pública.

Um outro exemplo de automatização, que em um futuro não muito distante dará resultados espetaculares, é a automatização dos cadastros. Os cadastros europeus são bastante velhos, centenários e desde há alguns anos já se encontram em crise.

Assim como a crescente mobilidade social pôs em crise o registro populaeional das cidades, o aumento da circulação dos bens imobiliários pôs em crise os cadastros tradicionais. Na Itália, em particular, o desenvolvimento das construções no último decênio foi rapidíssimo — embora em certos aspectos insatisfatório — sendo que eada novo edifício significa uma enorme quantidade de dados para registro nos livros de cadastro.

Na Itália, é muito comum a propriedade condominal de um imóvel: a empresa construtora vende um único edifício a diversos proprietários e desse modo o registro cadastral não é feito de edifício a edifício, mas de apartamento para apartamento.

Assim, a explosão de dados para registro não pode ser neutralizada, nem mesmo por meio de um grande aumento no número de funcionários nas repartições cadastrais, visto ser impossível o trabalho de tantas pessoas em um único arquivo, aberto para a consulta quotidiana.

Hoje, na Itália, chegou-se praticamente a uma estagnação no setor, pois as transcrições não são feitas rapidamente, levando-se anos antes que o novo proprietário veja seu nome inscrito no registro e, enquanto seu nome não é registrado, não é possível transferir a outros o bem imóvel em questão. O atraso do sistema cadastral europeu coloca-se como um obstáculo à livre circulação dos bens imóveis.

Por isso, a Baviera está experimentando um cadastro automatizado: os livros, empoeirados e seculares, transformam-se em fichas perfuradas e, assim, todos os dados relacionados com os bens imóveis passam para a memória do computador. Quando esse complicado processo de transferência chega ao fim, repete-se com o cadastro o fenômeno já realizado eom o registro populacional e, assim, os escritórios cadastrais podem ser descentralizados, no sentido de que uma grande cidade possa ter mais de um, ou que outra cidade de uma área economicamente homogênea possa unir-se a ela a fim de usar um cadastro comum.

Contudo, as previsões a curto prazo vão ainda mais longe, antecipando uma radical transformação até mesmo na profissão de escrivão público.

Quando o sistema informativo tiver sido aperfeiçoado, os terminais poderão ser também instalados nos tabelionatos e desse modo os problemas serão resolvidos no próprio local, com uma velocidade incrível para os dias de hoje. Possuir um terminal significa, na prática, ter

acesso direto a todos os dados memorizados. Dessa maneira, cada tabelião e cada tabelionato periférico, o que vale dizer, cada interessado, disporá dos dados do cadastro inteiro.

No Japão, por exemplo, foram computados estudos extremamente precisos sobre a futura sociedade "informática". O **Japan Computer Usage Development Institute** — CUDI —, em particular, calculou que, por volta de 1985, a sociedade japonesa transferirá o seu interesse e grande parte de seu orçamento do automóvel para o terminal do computador. Prevê-se, para a mesma data, que onze por cento das famílias japonesas terão um terminal na sua própria casa, destinado ao desenvolvimento do trabalho do chefe da família e aos estudos dos filhos. Para que se possa chegar a isso, observam os japoneses, é necessário que em 1985 a renda familiar esteja triplicada em relação à de hoje, ao mesmo tempo em que o custo dos terminais seja reduzido a um terço.

Deixando de lado um futuro tão distante, não há a menor dúvida de que a automatização da administração pública, da atividade dos tribunais e das profissões chamadas forenses será realizada proximamente. Esta automatização será enfrentada sem entusiasmo, mas sem temores preconcebidos, com um perfeito conhecimento do que o computador pode oferecer. Uma nova matéria a ser introduzida no currículo dos futuros juristas ou administradores públicos.

O curso, que aqui ministrarei a convite da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, me oferecerá a oportunidade de continuar esta explanação com os estudantes e juristas brasileiros, a fim de que possamos extrair conhecimentos para uma confrontação útil.

Aqui, com efeito, apenas sublinhamos um aspecto particular da automatização da administração pública. A esse respeito, encontram-se em um mesmo plano os países de industrialização antiga e os de industrialização recente, sendo que os últimos tem a grande vantagem de possuir instituições menos ligadas à tradição do que a maioria dos países europeus.

NA BAVIERA A PRIMEIRA LEI SORRE DIREITO COMPATÍVEL COM A AUTOMAÇÃO

MÁRIO G. LOSANO

Professor da Universidade de Milão e Turim.
Fundador do Centro de Juscibernética da Universidade de Turim.

No seu relatório precedente o professor Mário G. Losano acenou unicamente com o fato de que as leis existentes devem ser simplesmente reformuladas em vista da automação de um certo serviço administrativo, ou, em outras palavras, que as leis novas devem ser estruturadas de forma a não obstaculizar a automação (cfr. p. 32). O Estado bávaro quis regular de forma expressa a criação de futuras normas de organização, reunindo em um único texto legal todas as disposições que parecem úteis para essa finalidade. Essa lei que foi publicada na "Gazeta Oficial da Baviera" em 5 de setembro de 1969 requer algumas explicações preliminares. Já o título por si próprio "Princípios provisórios para a execução das disposições que podem ser elaboradas eletronicamente" é sintomático; de outra parte, a rápida evolução da tecnologia dos computadores eletrônicos impõe uma constante revisão dos critérios indicados como essenciais à execução das disposições elaboradas de forma eletrônica. Evidente que somente quando tiver entrado em vigor um certo número de leis redigidas segundo os critérios propostos pela lei bávara, será possível dar a esta automação uma forma mais definitiva.

Deve-se evitar, antes de mais nada, um possível equívoco: quando se diz que a lei bávara aqui apresentada se propõe a regular a formulação das futuras leis, não nos referimos a problemas linguísticos. Em outras palavras, ela não é um convite ao rigor terminológico, mas sim ao emprego de uma terminologia em lugar de outra. Visa a lei bávara ao contrário, obter uma formulação estruturalmente

Tradução de "In Baviera la prima legge sul diritto compatibile com l'autc zione" (Revista Data Report (2). 1972), autorizada pelo autor. Tradução de Mário Bernardo Sesta e Sandra Regina Schmitz de Azevedo.

pendentemente dos termos utilizados pelo legislador. Por exemplo, não importa se o futuro legislador bávaro definirá como "autorização" ou "concessão" uma certa permissão concedida aos particulares; o que é relevante para esta lei é que o procedimento para a concessão da permissão (não importa como seja chamada), para o controle das permissões concedidas e individuação dos cidadãos autorizados, etc. ... seja regulado por norma unívoca.

Por norma unívoca entende-se disposições que reduzem ao mínimo e — ao limite — que eliminam a discricionariedade do funcionário público. Somente deste modo poder-se-á automatizar o procedimento. Desta primeira exigência deriva imediatamente uma observação elementar, mas simplesmente ignorada por aqueles que são a favor da invasão da vida humana por parte do computador: nem todos os procedimentos são automatizáveis; podem sê-lo somente os procedimentos que permitem a redução a uma série de passos claros e unívocos, organizados segundo uma rigorosa estrutura lógica. Todas as normas contidas na lei bávara que, traduzida, visa justamente obter uma legislação que apresente estas características de lógica e clareza.

Esta legislação compatível com a automação apresenta vantagens e desvantagens. Dentre as vantagens vai, sem outra menção, a racionalização dos procedimentos burocráticos que tem se arrastado, por séculos, segundo regras das quais se ignora inclusive a razão. Neste caso a automação desenvolve na administração pública o mesmo papel racionalizante desenvolvido freqüentemente na indústria privada.

Qual é a regra administrativa que é traduzível em termos acessíveis ao computador? Se a resposta é clara para os casos extremos, (os que, por exemplo, são absolutamente discricionários como a escolha entre um mínimo e um máximo de sanção pecuniária e os que são absolutamente mecânicos, como a aplicação de alíquota a um certo rendimento declarado), os casos intermédios permanecem afeitos à decisão dos políticos: no meu artigo já citado ilustrei como seria possível passar dos provimentos discricionários a provimentos regulados de forma mais rígida. Outro e diverso problema evidentemente é se existe um interesse político a passar de uma forma a outra de gestão. A lei em exame é a prova de que o governo bávaro pretende passar de uma gestão tradicional a uma gestão mais moderna.

Entre as desvantagens insitas nesta gestão mais moderna dos procedimentos está a se esclerotização dos procedimentos: o procedimento afeito ao computador, de fato, não pode ser adaptado a exigências particulares mediante uma sutil interpretação das suas normas. Se mudam as exigências sociais não há mais nada a fazer a não ser mudar a lei e o programa que não se adapta à aplicação mediante computadores. Esta rigidez no procedimento mais do que uma das vantagens é a outra face da racionalização: se de fato eliminamos os casos de poder discricionário na aplicação de uma norma, por um lado favorecemos a certeza do direito e, por outro, tornamo-lo menos adaptável às mudanças do sistema.

PRINCÍPIOS PROVISÓRIOS PARA A EXECUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES ELABORÁVEIS DE FORMA ELETRÔNICA:

Texto da Lei:

No projetar ou emanar disposições de todo gênero é necessário levar em conta os seguintes princípios:

1. **Simplicidade das disposições**

1.1. As disposições são elaboradas de forma sistemática e devem, em primeiro lugar, estabelecer de forma geral os fatos espécie de base; os casos particulares devem ser enquadrados como subdivisões dos fatos espécie fundamentais.

1.2. Uma diferenciação detalhada demais obstaculiza a automação.

1.3. As generalizações favorecem a automação.

2. **Unificação das disposições**

2.1. É necessário criar disposições unificadas para o mais vasto grupo de pessoas possível.

2.2. Disposições diferentes que, porém, se referem a situações iguais ou similares, devem fazer uso de uma sistemática o mais unitária possível.

2.3. Em disposições diversas é necessário utilizar os mesmos conceitos na medida em que se referem a situações iguais.

2.4. Modificações estruturais na nova execução das disposições podem obstaculizar a automação.

3. **Coleta de dados e elaboração dos fatos espécie**

3.1. As disposições devem referir-se a situações de fato certificáveis do modo mais fácil possível e, na medida do oportuno, já recolhidas.

3.2. É necessário favorecer a elaboração dos fatos espécie por parte do computador eletrônico.

3.3. As disposições sobre as quais se fundam obrigações ou deveres que ocorrem regularmente, devem inserir-se na característica dos fatos espécie que não mudam nunca ou que mudam raramente.

4. **Unificação das disposições**

4.1. As cláusulas discricionárias, os conceitos jurídicos não definidos, os conceitos que exigem avaliação e as cláusulas gerais obstaculizam a automação, portanto, é preciso o mais evitá-las possível nas disposições que devem ser aplicadas, recorrendo ao computador eletrônico.

4.2. A regulamentação deve cobrir todos os casos imagináveis.

4.3. É necessário evitar as contradições aparentes que podem decorrer do uso de termos iguais para designar conceitos diferentes.

4.4. É necessário evitar contradições lógicas (antinomias) tais que só possam ser eliminadas mediante interpretação.

5. **Disposições formais e procedimentais**

5.1. É necessário estabelecer claramente que um ato administrativo elaborado eletronicamente não exige subscrição.

5.2. Se é necessário motivar o ato, a motivação deve ser simplificada e unitária.

5.3. É necessário evitar formalidades inúteis. As reservas de autorização e de aprovação obstaculizam a automação.

6. **Procedimento na emanação de disposições**

6.1. As disposições jurídicas e administrativas serão emanadas tempestivamente, de modo a deixar aos ofícios executivos o tempo necessário para o trabalho de preparação.

6.2. Na preparação das disposições devem tomar parte especialistas na elaboração eletrônica dos dados.

6.3. Na relação que acompanha o projeto de lei do governo estadual estão particularmente descritas as considerações que conduziram à execução elaborável de forma eletrônica de uma lei.

Relação governamental sobre o Texto de Lei:

Sobre 1.1.: se é possível configurar as simples disposições como casos particulares de um fato espécie de base, o programa ocupa menos espaço na memória do computador eletrônico. Neste caso, evidentemente, vastos setores do programa serão utilizados em todos os procedimentos. Das particularidades de um caso determinado pode-se tomar conhecimento ocupando setores relativamente pequenos do pro-

grama. A casuística não é elaborável eletrônicamente. Nas disposições que têm por objeto o cálculo de prestações, se pode obter um alto grau de abstração segundo fórmulas matemáticas.

Sobre 1.2.: Regulamentações fortemente diferenciadas conduzem necessariamente a um aumento de ordens à máquina, das quais se compõe o programa. Em conseqüência, ocupa-se mais espaço na memória e se dificulta o programa. Em geral, a regulamentação excepcional acresceu até o número das características do fato espécie e, inclusive, o trabalho necessário para a sua coleta e elaboração. É necessário que se evite deixar alternativas em aberto no cálculo.

Sobre 1.3.: A preparação automatizada de um grande número de casos memorizados segundo o mesmo princípio é, hoje, em regra, o pressuposto para uma utilização econômica do computador eletrônico.

Sobre 2.2.: O recurso à mesma sistemática em disposições diversas permite a utilização do mesmo subprograma na aplicação de algumas leis. Pode-se, desta forma, facilitar ou reduzir o trabalho de programação.

Sobre 2.3.: Se em disposições diversas usa-se os mesmos conceitos para indicar fatos espécie iguais, pode-se remontar a situações já acolhidas e elaboradas. Deste modo torna-se possível, ou, por outra, torna-se mais fácil a elaboração eletrônica integrada aos dados na administração pública. A isto se ajunta (como vantagem suplementar, reportando-se ao atual nível da técnica) uma economia de tempo máquina porque, em uma elaboração integrada de dados, pode-se evitar um novo "input" de dados através lentas unidades de entrada.

Sobre 2.4.: Modificações estruturais tornam sobretudo necessária a coleta e a elaboração de novos dados, além da reparação de vastos setores do programa. Uma modificação do sistema pode, todavia, ser aceitável ou convenientemente desejável, se visa a tornar elaborável eletronicamente um certo procedimento.

Sobre 3.1.: As vantagens de um procedimento automatizado

só podem ser exploradas de forma plena, se o trabalho principal vem desenvolvido na máquina. Em quase todos os casos, porém, os dados são recolhidos de modo convencional. É necessário, em seguida, tratar de simplificar esta parte do trabalho concentrando-se em dados fáceis de recolher. Geralmente é difícil recolher os dados relativos a situações subjetivas, a conceitos jurídicos difíceis e indetermináveis, a eventos distantes no tempo e no espaço e a grandezas dificilmente delimitáveis. É, ao contrário, mais fácil recolher os dados objetivos, as relações jurídicas ou os fatos inferidos dos documentos oficiais e as grandezas quantitativas.

Sobre 3.3.: Deste modo pode-se limitar as modificações a um mínimo; poupa-se tanto o trabalho manual preliminar como o tempo máquina.

Sobre 4.1.: Uma decisão é elaborável de forma eletrônica sobretudo se as simples passagens do processo decisional são comparações ou cálculos lógicos. Operações deste gênero conduzem, porém, a resultados unívocos, mais ainda se se precisam conceitualmente naquele. Em caso contrário pode-se obter soluções formalmente exatas. A escolha de um desses resultados contém, todavia, um juízo de valor e não pode logo em seguida ser completada por um computador eletrônico. Embora as questões jurídicas devam ser sempre decididas univocamente, às proposições jurídicas que contém conceitos imprecisos, não pode ser aplicado um procedimento eletrônico. Se não se pode renunciar a decisões discricionárias ou a conceitos indeterminados, é necessário organizá-los de forma sistemática, a fim de poder tomar estas simples decisões antes ou depois da computerização eletrônica.

Sobre 4.2.: Todas as questões jurídicas devem ser resolvidas. Na aplicação automatizada das disposições deve-se poder trazer uma conclusão exata de todos os dados obtidos na entrada. O programa não pode permitir uma lacuna legislativa. É necessário desta forma recorrer ao raciocínio analógico ou contrário, quando não a métodos interpretativos similares que não repousem sobretudo em operações lógicas. No procedimento tradicional é possível decidir-se vez a vez, no próprio caso, como preencher uma lacuna legislativa: a programação, ao contrário, pressupõe a interpretação global e completa de um dispositivo.

Sobre 4.3.: As contradições aparentes podem tornar mais difícil a coleta de dados e a elaboração de fatos espécie, provocando confusão. Esse, ao contrário, suscita dúvidas na interpretação das disposições. Deste modo obstaculiza a programação.

Sobre 4.4.: As contradições normativas (antinomias) derivam, na maior parte das vezes, dos casos de superposição dos fatos espécie. A eliminação das antinomias não pode ter lugar por meio do programa; é, assim, o conteúdo das disposições que, em vista da programação, deve ser formulado de modo a não conter contradições.

Sobre 5.1.: Dado o alto grau de segurança do computador eletrônico e de outros numerosos controles e verificações organizados dentro do programa, o ato administrativo produzido pelo computador eletrônico, em regra, não deve mais ser controlado por um funcionário antes de sua emanação. A subscrição não tem, portanto, nenhum significado substancial e é puro formalismo, além do mais antieconômico. O Tribunal Social Federal e a Corte Financeira Federal negaram que nestes casos a subscrição seja necessária. Ocorre um esclarecimento por parte do legislador.

Sobre 5.2.: Num procedimento eletrônico a produção de motivação se obtém mediante um programa de apoio. A motivação atinge um trabalho de programação suplementar, o uso de um maior espaço na memória e longo tempo de gestação.

Sobre 5.3.: Os controles das decisões por parte da autoridade da qual emana a autorização ou aprovação, ao menos de momento, terão lugar ainda segundo procedimento tradicional. Isto, porém, reduz a racionalização que se pode obter mediante a execução automatizada de disposições.

Sobre 6.1.: Todos os procedimentos automatizados requerem, ao menos na fase atual, uma grande quantidade de trabalho preliminar, o qual mais aumenta com a dificuldade intrínsica das disposições. Por isto, o tempo para dedicar-se aos trabalhos preliminares deve ser calculado na medida exata. O texto das novas disposições deve ser comunicado tempestivamente aos ofícios que devem aplicá-lo.

Sobre 6.2.: A adaptação das disposições ao computador eletrônico exige até o conhecimento das técnicas de programação. É, em seguida, necessária a tempestiva participação de técnicos em elaboração eletrônica de dados. Em casos adaptados pode-se compilar preliminarmente provas setoriais ou simulações corretivas.

Sobre 6.3.: Na medida em que a execução definitiva das disposições é tarefa de órgãos legislativos, aqueles que não fazem parte dos mesmos devem ser informados sobre motivos conceituais que tenham levado àquela certa formulação elaborável eletrônicamente, a fim de que possam decidir-se se e em qual medida desejam tomar conhecimento de tais motivos.

COMPUTADORES E DIREITO

(A propósito de um projeto de lei sueco sobre os computadores) *

STIG STRÖMHOLM
Professor da Faculdade de Direito de Upsala

Secretário Geral da Sociedade Sueca de Direito Comparado

1. Os juristas empregaram muitos séculos de esforços inteleetuais para separar de forma precisa aquilo que é o objeto próprio dos direitos de autor e dos artistas da massa de fenômenos físicos que os cercam. Foram necessários conflitos numerosos e suficientemente espeeíficos para, de certa forma, conferir a seu engenho, suficiente acuidade para realizar uma análise que apreendesse esse objeto incorpóreo e fosse ao encontro dos hábitos de pensamento que lhes impunha o direito romano para o qual os direitos sobre tais objetos eram desconhecidos. E no entanto, como nos parece natural hoje em dia a distinção entre a obra enquanto produção do espírito e o substrato material dessa obra. A tarefa de operar essa distinção nos parece mesmo na maior parte das vezes deveras simples, isto porque os diversos elementos a serem considerados apresentam normalmente uma qualidade que facilita a análise e a identificação: é a sua permanência relativa.

Os juristas de hoje se deparam eom tarefa semelhante mas talvez ainda mais difícil: a de apanhar e de submeter a um regime aeeitável os fenômenos bem mais sutis, bem menos concretos que são os computadores, ou sobretudo, seu conteúdo. Não saberia ilustrar melhor o aspecto mais vago, mais tênue do problema do que citando essas palavras de Paul Valéry a propósito do trabalho construtivo do geômetro: "No seio de um laborioso silêncio as palavras mais complexas que

(*) Tradução de "Ordinateurs et Droit" (Revue Internationale de Droit Comparé 25 (1): 55-67, jan./mars. 1973), autorizada pelo autor e direção da revista. Tradução de Suzana Saint-Pastous Sesta.

substituem as mais simples; as idéias que eram idênticas mas distintas se confundem; as formas intelectuais semelhantes se resumem e simplificam; as noções comuns empregadas em proposições diferentes servem de ligamento entre estas e desaparecem, permitindo reunir as outras coisas às quais elas estavam separadamente vinculadas. Nada mais resta do pensamento que seus atos puros pelos quais diante dele mesmo ele muda e se transforma nele mesmo. Ele extrai, enfim, de suas trevas, o jogo completo de suas operações". (1) Esta passagem de Eupalinos parece-me tornar suficientemente fiéis os dois traços mais característicos do funcionamento dos computadores: a simplicidade extrema dos elementos fundamentais e a possibilidade ilimitada de reunir esses elementos em combinações de uma complexidade extrema. Poder-se-ia dizer que pela primeira vez é teenicamente possível colocar o espírito de geometria, no sentido pascalino, a serviço do espírito da filigrana.

Ora, essa possibilidade não provoca somente perturbações de um intelectualismo emocionado, satisfeito, no gênero de Paul Valéry. Ela provoca, igualmente, o medo. Não seriamos nós, com esse poderoso aparelho nas mãos, os aprendizes de feiticeiro incapazes de prever e de impedir-lhe os excessos? É sobretudo o problema da proteção dos indivíduos contra a acumulação e utilização de uma massa de informações praticamente ilimitada, concentrada e subtraída ao caridoso esquecimento dos arquivos tradicionais, que assusta a esse respeito os políticos, os legisladores, os juristas e o públieo em geral.

2. Nós sabemos que o problema da regulamentação jurídica da informática já deu lugar a medidas legislativas em diversos países. Nos Estados Unidos como na Inglaterra, ainda se está na fase dos projetos (2). Na França, a proposição Poniatowski, apresentada ao Parlamento em 1970, e sobretudo o relatório do Conselho de Estado de 1971 constituem passos importantes para uma regulamentação geral. Até aqui, é na Alemanha que sc pode constatar as réalizações legislativas mais numerosas não só no plano federal mas também no plano estadual (3). Acreseente-se que o problema da proteção da vida privada em face dos computadores se encontra na ordem do dia no Comitê de especialistas na matéria de direitos do homem do Conselho da Europa e que outras organizações internacionais estão igualmente interessadas no problema.

(1) Valéry, Eupalinos, 37 ed., Paris Gallimard — NRF, 1944 p. 66.

(2) Ver ultimamente o relatório oficial inglês **Report of the Committee on Privacy**, Londres, H. M. Stationery Office, 1972, Command 5012.

3. Os legisladores escandinavos seguiram sem demora o movimento europeu ao qual nós acabamos de fazer referência. Em todos os países nórdicos, as comissões legislativas se debruçam, desde um ou dois anos, sobre o problema da regulamentação dos computadores, sobretudo do ponto de vista da proteção da personalidade contra o registro e utilização de dados de natureza íntima, concernentes a particulares. Em 1971, uma comissão dinamarquesa publicou o primeiro relatório tendente a introduzir regras sobre o segredo profissional de todo o pessoal envolvido na operação dos computadores. Mas foi na Suécia que uma Comissão legislativa publicou o primeiro ensaio de uma regulamentação de conjunto sobre a matéria.

4. Nós não poderíamos aqui omitir a pré-história do projeto legislativo "Data och integritet" (n.º 47, 1972, na série ofieial de relatórios nas comissões "Statens offentliga utredningar" SOU). A rubrica pode ser traduzida por "Computadores e proteção da personalidade". Na realidade, alguns outros aspectos do problema são estudados no seio de outras comissões, mas o projeto do qual falaremos, dá aquilo que se poderia chamar de lei fundamental, de caráter geral sobre esta matéria.

Antes de abordar o estudo dessa regulamentação, a Comissão teve de resolver uma série de problemas talvez ainda mais difíceis mas pratieamente indissociáveis das questões gerais, a saber, o regime das matérias postas em computador em direito público. Ora, como se sabe, o direito público sueco reconhece desde 1766 um princípio cuja aplicação aos computadores implica em problemas extremamente delicados: a publicidade dos documentos oficiais.

(3) Sobre estes desenvolvimentos, ver nossa apreciação na revista **Svensk juristtidning**, 1971, pp. 695 — 736.

O projeto que nós nos propomos a estudar, envolve, pois, duas partes distintas: uma é consagrada à realização prática do princípio da publicidade dos documentos a respeito dos computadores. A outra contém um projeto de lei geral sobre os computadores na administração assim como nas empresas privadas. Do ponto de vista comparado, essas duas partes parecem revestir-se de um interesse bastante desigual, eis que o estudo da publicidade das informações registradas no computador tem um caráter bem mais restrito e técnico e não poderia ser examinado sem numerosas referências às regras de direito constitucional e administrativo suecos que não se revestem de um interesse geral. Entretanto, como o princípio da publicidade dos atos oficiais parece fazer progressos assaz rápidos em outros países, parece justificado consagrar algumas observações às soluções propostas sobre esse aspecto. Depois de ter analisado estas soluções nós examinaremos mais aprofundadamente o projeto de lei geral sobre os computadores.

II

5. Introduzido em 1766, o princípio da publicidade dos documentos oficiais conheceu na Suécia, vicissitudes bastante variadas até 1810; neste ano, o princípio foi afirmado no corpo da Lei Orgânica sobre a Liberdade de Imprensa, que fez parte das Leis Fundamentais do Reino, reafirmada num novo texto. Já em 1812, o princípio continuava válido depois desta data, e reaparecia sem modificação de fundo, na nova Lei Orgânica sobre a Liberdade de Imprensa, adotada em 1949.

Resumamos os elementos principais do regime atual. No capítulo 2.º, artigo primeiro da Lei Orgânica, afirma-se que "todo o cidadão sueco tem livre acesso aos documentos públicos". Convém acrescentar que na prática administrativa, os estrangeiros são normalmente tratados em pé de igualdade com os nacionais. No mesmo artigo primeiro, o legislador indicou, em termos gerais, os casos em que é admitido afastar o princípio, por exemplo, no caso de interesse da defesa e da segurança nacional ou da proteção da vida privada. É previsto que as exceções não seriam efetivadas a não ser através de lei adotada pelo Rei

e pelo Parlamento, na qual deveriam ser indicadas com precisão as categorias dos documentos oficiais subtraídos ao regime da publicidade.

O artigo 2.º do capítulo II define, como "documentos públicos", todos os documentos que estejam em poder de autoridades estatais ou municipais, independentemente de se indagar se esses documentos foram redigidos no seio da autoridade em questão ou se foram redigidos por particulares. A definição da noção de "autoridade" dada pelo artigo 3.º é muito ampla. Assinalemos que não somente o Parlamento e as assembléias municipais aí estão compreendidas mas também as comissões e os comitês de toda circunscrição. Nos artigos seguintes do capítulo, o legislador tomou grande cuidado em precisar em quais condições determinados documentos, por exemplo, as anotações feitas para preparar um negócio e os processos verbais, devam ser considerados como "redigidos". Normalmente, é no momento em que a autoridade passou sua decisão e o dossier está por assim dizer, concluído. Excetuam-se da categoria de documentos públicos os escritos e cartas de particulares que foram confiados a uma autoridade simplesmente para ser guardados com o fim de pesquisa ou de estudo.

É previsto, no artigo 8.º do capítulo 2, que os documentos públicos devam ser apresentados gratuitamente e sem demora às pessoas que desejam lê-los ou copiá-los no local; as autoridades são igualmente submetidas à obrigação de fornecer cópias mediante um pagamento préfixado. O dever de fornecer os documentos no lugar está condicionado à inexistência de obstáculos práticos consideráveis. Da mesma forma, as autoridades não estão obrigadas a reproduzir cartas ou imagens que impliquem em dificuldades ou quando os documentos possam ser remetidos para um exame no local.

As disposições relativas aos documentos públicos contêm finalmente regras bastante detalhadas sobre os meios e os procedimentos de recurso nessa matéria. Segundo um princípio geral de direito público sueco, cada autoridade, por mais inferior que seja, tem o direito e o dever de resolver ela própria, sem instruções das autoridades superiores, a questão de saber se e em que modalidades um documento deve ser posto à disposição do público em virtude das regras que vimos de expor.

6. Esse apanhado rápido parece suficiente para esclarecer o problema a que teve de fazer frente a Comissão Legislativa encarregada de estudar o regime legal dos computadores e das matérias colocadas em computadores. A noção de "documento" utilizada no texto da Lei Orgânica sobre a Liberdade de Imprensa se reporta evidentemente a fenômenos materiais, destacados, passíveis de serem manejados cada um por si e suscetíveis de serem lidos ou examinados sem meios técnicos. É bem verdade que já em alguns casos registrados depois da metade da década de 60, a Corte Suprema administrativa julgou no sentido de que as fitas magnéticas são "documentos" nos termos da lei, mas essa jurisprudêneia de vanguarda não resolve todos os problemas. A primeira tarefa da Comissão foi, pois, encontrar uma fórmula que permitisse designar sem equívoco, no texto da Lei sobre Liberdade de Imprensa, os fenômenos suscetíveis, por seu conteúdo ou sua função, de desempenhar na administração pública da era dos computadores, o mesmo papel dos "documentos" tradicionais na administração de ontem e de hoje. A segunda tarefa foi responder à questão se e em que medida esses materiais devam ser assimilados aos "documentos" no que concerne à aplicação do princípio da publicidade. Finalmente, em terceiro lugar, foi necessário estudar, pelo menos em suas grandes linhas, as modalidades de colocar à disposição do público esses materiais.

7. No que concerne a primeira questão, parece em princípio coustituir-se num simples problema terminológico. Teoricamente, a Comissão poderia ter se limitado a acrescentar ao texto atual, que fala somente em "documentos", uma simples alínea indicando que as informações registradas em computador são assemelhadas aos "documentos", acrescentando, a seguir, a propósito de cada disposição particular, as exceções eventualmente necessárias para atender a particularidade técnica dessas informações.

Ora, a questão não é tão simples. Como acabamos de ressaltar, a noção do "documento" no texto da Lei Orgânica se reporta unicamente a objetos **exteriores,** à folha de papel, à ficha, ao dossier. O dever que incumbe às autoridades em virtude do princípio da publicidade consiste em colocar o público em condições de inspecionar esses objetos; não comporta, por conseqüência, nenhuma obrigação de explicar, ou de resumir as informações incorporadas nos documentos, em suma, de co-

municar-lhe o conteúdo intelectual Ora, em se tratando de computadores, fazia-se necessário encontrar, definir, designar algo que correspondesse a esse objeto físico. Considerando a multiplicidade de técnicas já atualmente utilizadas ou a serem utilizadas no futuro, bem como a variedade de substratos materiais empregados, fazia-se necessário que essa alguma coisa fosse em princípio um objeto ou objetos materiais suficientemente distintos e que o termo escolhido fosse assim ao mesmo tempo geral e preciso. A essa altura já se coloca o problema das modalidades de oferta ao público dos materiais registrados em computador. Pois, como se sabe, esse público não teria grande interesse em observar visualmente as fitas magnéticas ou as fichas eletrônicas. De outro lado, prever para as autoridades a obrigação de transmitir o conteúdo intelectual dos computadores seria exigir demasiado.

A Comissão, diante dessas dificuldades, introduziu um termo **(upptagning)** que pode ser traduzido em português por "registro". Nós sabemos bem que essa palavra em português não é unívoca e que, especialmente, conduz o pensamento para outro campo do direito, ou seja, o do direito de autor. Ora, pois, se nós optamos exatamente por esse termo, é que o termo sueco escolhido pela Comissão evoca precisamente a mesma idéia. Numa análise, ainda que pouco aprofundada, o significado do termo "registro" oscila, de alguma forma, entre o objeto material, fonograma ou fita magnética, e o conteúdo intelectual que o encerra, como a essência no vidro, no seu substrato material. O termo não é, pois, ideal, mas foi adotado.

8. Do que foi dito, deve ressaltar de imediato, a propósito desse problema, à primeira vista simplesmente terminológico, que a Comissão não pode se esquivar a assemelhar simplesmente para os efeitos da aplicação do capítulo 2, da Lei Orgânica, os "registros" aos "documentos". Teve-se a honestidade de se renunciar a essa solução simplista e procurou-se criar de todas as formas regime especial para os registros eletrônicos. E eis que os problemas,em parte jurídicos, em parte técnicos, se confundem.

Em matéria de documentos, poder-se-ia ter ficado numa solução absolutamente simples: toda a autoridade que tem em seu poder material um documento que não seja abrangido por uma regra de exce-

ção, tem o dever de torná-lo aeessível ao público nas condições e modalidades previstas pela Lei. Ora, no campo dos computadores, é manifestamente impossível de se limitar a simples posse física como critério decisivo. É freqüente que determinada autoridade que não tem os seus próprios computadores, utilize os de outra autoridade, mesmo de uma empresa privada, para registrar determinadas informações de certas operações. Nesta hipótese, é sem dúvida nenhuma, a autoridade no interesse da qual esse registro em computador e essas operações são realizadas, que deve fazer face às exigências do público. Por outro lado, a autoridade responsável não tem por si própria os meios para levar a termo as operações pelas quais o registro possa ser tornado acessível ao público. Para solucionar esta dificuldade, a Comissão estabeleceu um princípio que não está livre de crítica. É necessário, mas suficiente, dizem os peritos nas explicações extremamente detalhadas que acompanham o projeto do texto, que o público seja habilitado a examinar os registros da mesma forma como esses se tornam acessíveis à autoridade interessada. A adoção desse princípio se exprime no próprio texto sob a forma de disposições que prevêem de um lado, que os registros sejam "públicos" no sentido da Lei Orgânica, se uma autoridade estatal ou municipal dispõe desses registros, e de outro lado, que a autoridade seja obrigada a "dispor" de um registro se e na medida em que ela tem o direito e a possibilidade técnica de transformá-lo, de sorte que ele apareça sob forma legível.

9. Essa tomada de posição da comissão dá lugar a novas questões, que se vinculam às modalidades dos registros eletrônicos, ao dispor do público. A respeito de três pontos, as respostas aqui são claras e fáceis de encontrar. De um lado, é previsto no projeto de lei que sempre que um registro pode ser lido ou escutado através de outro processo que não a manobra dos computadores eletrônicos, ele está submetido ao regime dos documentos tradicionais; no caso, por exemplo, dos fonogramas e dos microfilmes. Da mesma forma, se o conteúdo de um registro existe igualmente já de forma legível, a autoridade responsável não tem nenhuma obrigação de colocar o registro como tal à disposição do público. De outra parte, eis a hipótese sem dúvida mais freqüente e ao mesmo tempo mais difícil, em todos os casos em que o registro não tem outra forma, a não ser a memória de um computador, a autoridade está obri-

gada, seja a apresentar o registro sob forma legível ao público que o requeira, seja a fornecer-lhe as cópias de conteúdo do registro. O princípio está submetido aqui, como no caso dos documentos tradicionais, a uma limitação, qual seja, a de recusa da autoridade, se a exibição pública do registro implica em obstáculos importantes de ordem material.

Em suas justificativas a comissão discute longamente a questão de saber como as autoridades devam desincumbir-se de suas obrigações, e em que casos cabe considerar que se está em face de obstáculos materiais suficientes para recusar-se. A forma usual para possibilitar ao público o exame de registros públicos no local, consiste em projetá-los sobre uma tela, o que exige normalmente que se coloque em funcionamento o computador onde estão estocados os registros procurados. As despesas determinadas por esse processo não são por si próprias, segundo a comissão, obstáculos relevantes. A comissão vai a ponto de declarar que, se os computadores de uma autoridade submetida a requerimento de parte de um membro do público, para examinar determinado registro, estão bloqueados por um período considerável em decorrência de trabalhos que estão sendo realizados, a autoridade pode ser constrangida a tomar providências no sentido de que o registro requerido seja tornado acessível por intermédio de outra autoridade, se isso puder ser feito sem excessiva despesa e inconveniência. Em certas hipóteses, um membro do público que disponha ele próprio de computador pode ser autorizado a fazer realizar no seu próprio equipamento as operações necessárias. O limite certo, segundo as explicações da comissão, consiste em que não se pode exigir que as autoridades se submetam ao trabalho de preparar programas particulares, para que o público possa destacar das matérias registradas em computador pela autoridade, os registros e as combinações de registros que não interessam em programas estabelecidos em razão das utilidades normais da autoridade considerada.

10. As regras de procedimento de recurso não exigem comentários aqui. Nessa matéria a comissão se limita a soluções já adotadas em matéria de documentos públicos.

11. É prematuro o pronunciamento sobre as chances de sucesso do projeto da comissão, no que concerne à publicidade dos registros eletrônicos efetuados por autoridades estatais ou municipais ou remetidos

a elas. Parece evidente que uma realização do projeto não se faria sem conseqüências financeiras assaz difíceis de prever. Parece igualmente claro que a efetivação da afirmação enérgica do princípio da publicidade que exprime o projeto de lei, daria lugar a problemas de interpretação e de delimitação extremamente delicados, sobretudo no que concerne à apreciação de despesas e dos obstáculos práticos que se oponham nas diferentes hipóteses às demandas de particulares tendentes a tornar possível o exame de informações registradas em computador. Sobre esse último aspecto, parece duvidoso que a Comissão, apesar de honestos esforços, tenha conseguido definir com a suficiente precisão, os princípios que regem o equacionamento dos interesses que se defrontam.

III

12. Passemos agora ao outro projeto principal integrante da relação da comissão legislativa, a saber, o projeto de lei geral sobre computadores. Convém assinalar, desde o início, que, ao preparar esse texto, os especialistas tiveram, em larga escala, de realizar obra original e criadora. As poucas soluções oferecidas pelo direito comparado não apresentam ainda uma base sobre a qual poderia ser construído, com as necessárias adaptações às particularidades do direito interno, um sistema de regras experimentado e aperfeiçoado. Como acabamos de dizer, os estudos legislativos se encontram, na maior parte dos países susceptíveis de apresentar interesse ao legislador sueco, num estágio preliminar. As soluções já vislumbradas na Alemanha parecem sofrer de certa falta de energia e de precisão; é menos a disposições precisas do que à vigilância de um **ombudsman**, esse São Luis moderno, de origem absolutamente escandinava, que os legisladores de além-Reno confiaram a proteção dos cidadãos contra os perigos atuais ou a temer que decorram da utilização dos computadores. Pois, na Suécia, como alhures, a preocupação que preside os trabalhos legislativos em matéria de informática é precisamente o receio que essas poderosas máquinas venham a privar os cidadãos de todos os véus protetores de seu anonimato e de sua vida privada, tornando possível a acumulação ilimitada de informações a seu respeito e a utilização rápida e fácil de um conjunto dessas informações para os fins mais diversos. Segue-se que esse risco é particularmente grande numa pequena sociedade, como a Suécia, cujos cidadãos, tendo deixado há muito tempo de ser bucha de canhão, estão habituados, igualmente há muito tempo a ser objeto de estatística. É

também evidente que o princípio da publicidade dos documentos oficiais dá lugar a problemas particularmente agudos sob esse aspecto. É sem dúvida, à luz desses dados que convém considerar o projeto de lei sobre os computadores.

13. No artigo primeiro do projeto de lei, a comissão de especialistas propõe inserir quatro definições. Essa técnica legislativa que vai de encontro à tradição programática dos textos suecos e se aproxima, por outro lado, do método alemão e do adotado no anexo das leis inglesas modernas, se impõe, em razão do caráter técnico das matérias versadas no projeto. A noção especial essencial definida no artigo primeiro é aquela do "registro de pessoas". Esse termo designa, segundo a definição legal proposta, "toda lista ou fichário lançado com o auxílio de tratamento automático de dados e que contenha nomes, números, identificação de pessoas e toda e qualqner informação com o auxílio da qual o registro pode ser identificado como referente ao particular". O termo "informação pessoal" é definido como todo registro relacionado a um particular. A noção de "registrado" é utilizada para designar toda pessoa a propósito da qual uma informação figura no registro de pessoas. Enfim, o "detentor do registro" é toda a pessoa, autoridade ou empresa no interesse da qual o tratamento dos dados é efetuado.

14. O princípio geral sobre o qual está fundado o conjunto de soluções coutidas no projeto de lei é enunciado no artigo 2.º: os registros de pessoas não podem ser estabelecidos e realizados sem a autorização dada, em couformidade com as disposições da lei, propostas por uma nova autoridade pública chamada "inspeção de informática". O princípio é aplicável aos registros públicos bem como aos privados.

Nessa base, a comissão propõe dois regimes diferentes para duas categorias de registros de caráter diferentes. Há de um lado aquilo que se poderia chamar de registros de rotina, "a priori" pouco suscetíveis de acarretar riscos de revelação de fatos confideneiais ou de ingerências na vida privada. De outra parte, há os registros mais qualificados, menos estritamente delimitados quanto ao alcance e à natureza das informações recolhidas e colocadas no computador. Enfim, o texto contém disposições comuns que definem as obrigações dos detentores

de registros e os direitos dos registrados, que dão as regras principais sobre a composição e a competência da inspeção da informática e que prevêem as sanções penais e civis. Nós falaremos inicialmente das regras aplicáveis aos registros que não se beneficiam do regime de favor reconhecido aos registros de rotina para analisar, a seguir, esse regime e as disposições comuns.

15. Segundo o artigo 3.º do projeto, a inspeção de informática deve em princípio dar a autorização solicitada em todos os casos em que não caiba pensar que atentados inaceitáveis à vida privada e, de forma mais geral, à personalidade dos registrados, serão cometidos pela efetivação do registro. A autorização é submetida, porém, à reserva de duas categorias.

De um lado, é previsto no artigo 6.º do projeto que, ao autorizar o estabelecimento e a conduta de um registro, a inspeção de informática deve fixar a finalidade do registro, as informações pessoais que poderão ser objeto de tratamento automático, as operações de computador permitidas em relação a essas informações, as informações que o detentor do registro poderá licitamente comunicar a terceiros de tal sorte que um particular possa ser identificado. Ao lado dessas prescrições obrigatórias, a inspeção de informática tem uma competência muito ampla para complementar as autorizações de condições adicionais julgadas necessárias no que concerne a métodos utilizados para recolher a informação, ao equipamento e às operações técnicas, os avisos a dar aos interessados, a guarda, a revisão e a destruição dos materiais, a remessa de informações a terceiros, a utilização dos dados em geral e as medidas de controle e de segurança a tomar.

No que concerne a registros mantidos por autoridades públicas, a comissão legislativa tentou resolver o conflito que possa surgir entre as condições formuladas pela inspeção de informática e o princípio da publicidade dos documentos oficiais: as prescrições da inspeção de informática relativas à remessa de informações a terceiros não podem limitar as obrigações que decorrem para as autoridades do princípio da publicidade. Neste campo, continua aplicável a legislação especial sobre o segredo de certas informações.

A liberdade quase ilimitada atribuída à inspeção de informática no exercício de sua competência é limitada por disposições formais sobre certos pontos. Assim, segundo o artigo 4.º, somente as autoridades públicas encarregadas por uma lei ou ordenança de registrar essas informações, podem ser autorizadas a manter registros de pessoas contendo informações sobre medidas tomadas para a assistência social e sobre certos fatos semelhantes enumerados no texto; excepcionalmente, na presença de razões imperiosas, outros detentores de registros podem ser autorizados a incorporar tais informações em seus computadores. Por outro lado, é previsto no mesmo artigo 4.º, que, de uma forma geral, os registros tendentes a indicar que uma pessoa foi favorecida por serviços de assistência social ou médica ou por outros serviços públicos semelhantes, não poderiam figurar a não ser em presença de razões especiais no registro que não seja mantido por autoridades encarregadas por lei ou por uma ordenança de registrar essas informações. Enfim, são necessárias igualmente razões especiais para que o possuidor de registro seja autorizado a incorporar informações relativas a opiniões religiosas ou políticas de particulares. Essa regra não impede que organizações religiosas ou políticas tenham registro de seus membros.

O que chama a atenção do observador, no regime do qual acabamos de evocar os principais elementos, é a discrição que o legislador quis conferir à autoridade da fiscalização da informática. Mesmo que seja certamente possível constatar uma tendência semelhante em outros campos de direito administrativo, notadamente naqueles que dizem respeito à efetivação da política financeira e econômica, a liberdade deixada à inspeção de informática no que concerne às condições que ela pode impor aos detentores de registros é excepcional. Ora, isto é certamente uma conseqüência inevitável da evolução técnica rápida, para não dizer explosiva, dos computadores e de sua utilização bem como da impossibilidade de prever todos os conflitos suscetíveis de surgir. Do ponto de vista da segurança jurídica, é necessário esperar porém, que a autoridade encarregada da fiscalização, se ela vier a ser estabelecida, se mostre capaz de criar jurisprudência coerente, que o legislador possa codificar no futuro. A Comissão, por outro lado, tentou remediar a falta de segurança jurídica que decorre da imprecisão das regras legais: a inspetoria de informática seria obrigada a responder as perguntas for-

muladas por uma parte que tem interesse em estabelecer o registro eletrônico, de saber se o registro desejado exige autorização ou uma simples comunicação à inspetoria.

16. Os registros que denominamos de "registros de rotina" são definidos no artigo 5.º do projeto. São as simples listas ou fichários de membros, de empregados, de locatários, de segurados ou de outros clientes. A propósito desses registros, o Rei, em Conselho, é autorizado, segundo o projeto de lei, a permitir que eles sejam estabelecidos e efetivados sem autorização individual. Todavia, antes que o registro seja estabelecido, uma comunicação deve ser remetida à inspetoria de informática, que ficará dessa forma a par de todos os registros de pessoas existentes no reino.

Além disso, a Comissão submeteu a liberdade de apreciação do Rei em Conselho a condições numerosas e precisas. No artigo 5.º, alínea 2, fica precisado que uma permissão geral somente é válida se o registro a que se refira, preencher as condições determinadas que nós não saberíamos analisar a não ser em grandes linhas. Assim, o registro, para se beneficiar de uma permissão geral, não poderia incluir a data de nascimento das pessoas registradas, a não ser que se trate de um registro de empregados. O registro não goza de regime de favor a não ser que ele contenha unicamente informações pessoais fornecidas pelo próprio registrado, tendo em vista a finalidade a que deva servir o registro, ou ainda, dados por uma autoridade pública de conformidade com uma regra de direito precisa, ou ainda, enfim, resultantes da própria atividade do detentor do registro. Somente as mudanças de endereços podem ser registradas sem ser provenientes de uma dessas três fontes de informação. O registro de rotina não poderia jamais conter informações pessoais relativas à criminalidade ou relações com assistência social ou medidas indicadas no artigo 4.º. Para que um registro goze do regime de favor, é necessário que os registrados sejam advertidos do fato de que é efetuado com o auxílio de computadores bem como das informações que ele contém. Condições rigorosas e precisas são estipuladas no que concerne ao direito de comunicar a terceiros as informações que figuram nos registros de rotina. Enfim, o Rei é autorizado a submeter as permissões gerais a condições suplementares julgadas necessárias

para impedir, considerando categorias determinadas de registros, os atentados à vida privada ou de forma mais geral, à personalidade dos registrados.

Ainda uma vez, convém sublinhar o alcance da discrição administrativa oferecida ao Rei em Conselho. Os motivos são certamente os mesmos que aqueles que examinamos a propósito da atividade da inspetoria de informática. O legislador quis dar à fiscalização um máximo de eficácia reservando às autoridades uma liberdade de ação que permita intervir rapidamente na presença de abusos constatados ou receados.

17. Trataremos mais suscintamente das disposições comuns que figuram sob a rubrica "Obrigações dos possuidores de registros". O projeto de lei prevê uma obrigação geral para os possuidores de registros no sentido de corrigir ou quando necessário, eliminar os registros inexatos ou cuja exatidão é duvidosa. Os possuidores de registros são igualmente obrigados, a pedido do registrado, a informar aos terceiros aos quais foram fornecidos registros inexatos ou não confirmados. Toda pessoa tem o direito de exigir que ela figure num registro presumivelmente completo, se a omissão dessa pessoa pode ser considerada como uma restrição a sua personalidade ou acarretar riscos de prejuízo. Finalmente, toda pessoa registrada tem o direito de exigir que seja informada gratuitamente dos registros a propósito dela mantidos num registro de pessoas, a menos que uma regra de direito determinada ou a decisão de uma autoridade competente proíba a comunicação desse registro ao interessado. Todavia, para que os possuidores de registros não figurem assoberbados por uma quantidade de pedidos, é previsto que, se uma pessoa obteve os registros desejados, ela não poderá exigir, a não ser ao fim de um período de doze meses, novo extrato de seu registro.

Um dispositivo particular (artigo 12) prevê uma obrigação de segredo profissional referentemente a todo detentor de registro assim como a toda pessoa que tomou conhecimento, em virtude de suas funções, de informações que figuram no registro. Essa obrigação legal se estende às pessoas que receberam o registro proveniente de um registre

de pessoas sob condições que limitam seu direito a difundi-lo como a maior parte das disposições que definem as obrigações dos possuidores de registro, a obrigação de segredo é sancionada penalmente (artigo 20). O projeto de lei prevê igualmente indenizações a favor das pessoas que sofreram um prejuízo material ou moral em conseqüência da inexatidão de registros a elas concernentes. A responsabilidade do possuidor de registro é independente de toda falta de sua parte. Enfim, o projeto de lei prevê para a inspeção de informática o direito de completar a sua atividade com medidas cominatórias.

18. Resta dizer algumas palavras sobre a nova autoridade, inspeção de informática, cujo estabelecimento é proposto no projeto de lei. Essa autoridade estaria munida de um direito geral de acesso a todos os registros automáticos, a todos os locais e a todos os documentos referentes aos computadores. Ela poderia exigir todos os registros necessários para o exercício da tutela a ela confiada, e seria competente para dar, mesmo depois de ter autorizado o estabelecimento e o funcionamento do registro de pessoas, todas as diretrizes suplementares que são necessárias para evitar atentados à vida privada ou à personalidade dos registrados, desde que tal atentado tenha sido constatado a propósito de um registro considerado.

A inspeção é composta, segundo o projeto (art. 15), de um presidente e de oito membros, dos quais um vice-presidente, com cinco suplentes. Os membros da inspeção são nomeados pelo Rei para um período de quatro anos. Em sua exposição de motivos, a Comissão Legislativa propõe que a inspeção, que teria, pois, a forma de um Comitê permanente, se componha de parlamentares e representantes dos grandes organismos profissionais ou sindicais. É previsto que esse comitê de leigos será assistido por um secretariado permanente, contando com aproximadamente 20 funcionários sob a direção de um secretário geral.

A composição prevista da autoridade central, em matéria de informática, dá lugar a certas reflexões críticas. Derrogando neste ponto as tradições suecas a propósito de organismos desse tipo, renunciou-se à exigência de que o presidente ou um dos seus membros, pelo menos, preenchesse os requisitos necessários para ser magistrado. Parece provável, considerando as dificuldades dos problemas jurídicos ou técnicos

aos quais deverá fazer frente a inspeção de informática, sobretudo no começo de suas atividades, que uma influência decisiva será exercida pelo secretário geral. Teria sido preferível, em nosso ponto de vista, levar em conta os fatos e nomear presidente da inspeção um alto magistrado que seria destinado de forma permanente a essa função; a seu lado os sete membros leigos preencheriam as funções de um comitê consultivo.

IV

19. Os projetos de lei cujas soluções principais acabamos de analisar são acompanhados de certos textos que modificam o Código Penal e algumas outras leis. Nós não falaremos dessas alterações aqui.

Resta fazer um balanço dos projetos que foram, segundo a tradição legislativa sueca, remetidos por aviso a um grande número de autoridades públicas e organismos interessados e que encontraram junto a alguns desses organismos, ao menos acolhimento assaz favorável. No que concerne às modificações propostas a respeito da Lei Orgânica sobre a liberdade de imprensa, nós já revelamos as dificuldades de interpretação e de avaliação de considerações opostas e incomensuráveis, que acarretará certamente a aplicação do princípio da publicidade dos documentos em matéria de computadores. O projeto de lei que procura regulamentar a utilização da informática a serviço dos registros de pessoas dará igualmente lugar a questões de medida e de equilíbrio. O sucesso ou insucesso da lei, se o projeto assim se transformar, depende em grande parte da qualidade da autoridade chamada a controlar-lhe a aplicação. A esse propósito, nós reprimimos algumas dúvidas sobre a sabedoria da composição prevista para essa autoridade. É necessário reconhecer, por outro lado, que toda solução formulada na hora atual terá necessariamente o caráter de uma experiência; ela será certamente ajustada a numerosas oportunidades no futuro. Nessa perspectiva convém felicitar a Comissão Legislativa pelo vigor e cuidado com os quais ela se esforçou, a fim de prevenir os possíveis conflitos, de analisá-los e de procurar-lhes o remédio.

DIREITO E INFORMAÇÃO

LOTHAR PHILIPPS

Universidade do Saar. Cátedra de Direito Penal, Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito.

Em conseqüência do imprevisível aumento da capacidade produtiva do homem, a vida de hoje vem sendo determinada, essencialmente, pela atividade planejada em forma de sistemas. Esses sistemas são integrados por homens, máquinas e regras técnicas. As ciências sociais, com a sociologia na vanguarda, há muito se deram conta dessa realidade, dela fazendo o ponto de partida de seu trabalho. Na discussão metodológica do direito, pelo menos neste país, ela transparece apenas de forma indireta: em temáticas como "instituições", "ordem concreta", "papel social" ou "natureza da coisa".

Constata-se, ao mesmo tempo, que a tais conceitos se vincula freqüentemente uma atitude irracional. Apesar do elevado grau de racionalidade técnica e social que caracteriza os fenômenos, a ciência jurídica tenta lograr acesso aos sistemas, socorrendo-se de métodos de avaliação intuitiva. Prefere tais métodos à análise minuciosa dos fenômenos. E põe toda a ênfase em circunstâncias que se apresentam como insuscetíveis de serem modificadas pelo legislador. Em suma, alude-se ainda a "pressupostos" imutáveis, e isto numa época em que se abrem perspectivas de livre formação e transformação das realidades da vida num grau e amplitude jamais imaginados.

Para aqueles que entendem que a ciência jurídica deve ser capaz de apreender os princípios que regem a vida social, e refletir criticamente sobre eles, tal posição se afigura deveras deplorável. Todavia, ela não se prende, de modo algum, a circunstâncias fortuitas.

As normas jurídicas são ordinariamente entendidas como diretrizes endereçadas a indivíduos humanos, induzindo-os a praticar ou a

Tradução de "Recht und Information" (Rechtstheorie, Ansätze zu einem kritischen Rechtverständniss Karlsruhe, C. F. Müller, 1971). Autorizada pelo autor e direção da revista. Tradução de Antônio Estevão Allgayer.

deixar de praticar certos atos (1). Tal concepção prende-se historicamente à representação de um modelo normativo do direito natural racional e do idealismo alemão, juridicamente moldado nos grandes sistemas dogmáticos do século XIX, sobretudo nas áreas do direito público e do direito penal. Tal posição é submissa à idéia de que ao direito cabe balizar a liberdade no relacionamento dos indivíduos entre si, bem como a idéia de que a lei ou o ato soberano, como intromissão na liberdade individual só se legitimam se e quando se impõem como instrumento de salvaguarda da liberdade de outrem ou como imperativo do bem-estar da coletividade. O enfoque do indivíduo, sob o prisma de uma unidade psicofísica, relaciona-se com idéias normativas, que permitem a discussão crítica das limitações à liberdade, norteada pelo princípio da liberdade igual para todos.

Tem essa concepção vantagens inegáveis, já que a idéia da liberdade individual possui conteúdo axiológico elevado e apreciável, e, por outro lado, permite valiosas construções técnico-jurídicas em várias formas da permissão jurídica. Entretanto, já não é lícito ignorar que o **modelo** é incapaz de conter todos os problemas da ordem jurídica moderna, mesmo quando se está disposto a fazer concessões a algumas idealizações e reduções. Ocorre que há muito tempo os bens sujeitos à tutela jurídica devem ser protegidos não apenas contra indivíduos, mas também e precisamente contra atos emanados de sistemas.

É de presumir-se, pois, que, face à mudança de sua posição frente ao comportamento humano, o indivíduo tenha alterado, outrossim, sua posição quanto ao ponto de referência das normas sociais e jurídicas. Preceitos jurídicos que se interpretam como normativos da conduta individual poderiam afigurar-se como absurdos sempre que o ato emana de um sistema. Poderá então suceder que, de argumentos fundamentados na "natureza da coisa", defluam conseqüências tais que se torne imperioso corrigir constantemente a aplicação do direito fundada só na lei, utilizando-se critérios extralegais, de tal sorte que se acabe prestigiando uma concepção jurídica ilógica e irracional.

(1) Veja Armin Kaufmann, **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**, Göttingen, 1959, p. 3.

No entanto, a aceitação da teoria do direito que considera as normas destinadas exclusivamente a indivíduos como unidades psicofísicas, não está, ela mesma, em absoluto, determinada de maneira lógica. Pode-se prescindir dela sem prejuízo de uma posição racional diante das normas. E deve ser rejeitada sempre que a necessidade de criação de categorias jurídicas mais apropriadas ao controle normativo da realidade da vida atual o exija. É perfeitamente aceitável a idéia de que também a atividade organizada à base da coperação de mais elementos deve ser ordenada dentro dos limites traçados pelas normas jurídicas. O comportamento dos sistemas sociais e sócio-técnicos como um todo pode ser dimensionado a partir das normas, sendo que a responsabilidade individual é determinável segundo sua posição na tessitura do sistema. Tal posição afasta-se menos do espírito do modelo normativo clássico do que o recurso a fórmulas vazias, cuja função se limita a fazer correções **ad hoc.**

No modelo clássico da tutela jurídica, o conceito da liberdade individual enlaça os aspectos técnicos da aplicação da norma e o conteúdo axiológico dos postulados jurídicos. Quanto à aplicação de normas aos atos emanados de sistemas, formulamos conceito de igual alcance e capaz de produzir os mesmos resultados: o conceito de **informação** (2).

Análise mais profunda evidenciaria mesmo que a noção de informação é excelente no sentido de que constitui o reverso do conceito de liberdade. A informação surge quando se reduz a incerteza, e no campo do direito se reduz a incerteza sobretudo onde o jogo de virtuais comportamentos é restringido por proibições gerais. Sob este aspecto sempre se tem tido a **certeza jurídica** como o lado contrário da liberdade. Destarte, o momento da informação também está presente no modelo que interpreta o direito, a partir das limitações impostas à esfera das liberdades individuais. Pode-se estar seguro de que se permite fazer dadas coisas porque há certeza sobre as que são proibidas de fazer. E sabe-se exatamente o que se pode esperar quando se procede de acordo com o direito.

(2) Sobre informação, veja H. J. Flechtner, **Grundbegriffe der Kybernetik, 3.ª ed.**, Stuttgart, 1968; **Informations-und-spiel theoretische Aspekte in der soziologischen Forschung**, ed. por Peter Bernstein e Horst Jeschmann, Berlim, 1969.

Com relação aos atos praticados dentro de sistemas, a necessidade de informação aumenta substancialmente. Não basta ter-se a certeza de que outros se absterão, de um modo geral, da prática de determinados atos, mas deve-se estar tipicamente seguro de que um outro praticará determinado ato, desde que determinadas condições se verifiquem, muitas vezes em dado lugar e em dado momento. Poder-se-ia dizer que sistemas sociais e sócio-técnicos se mantém unidos por um rio de informações (3).

É mais fácil compreendê-lo em se comparando a normatividade que embasa um sistema com um preceito jurídico estranho a sistemas. Tomemos como exemplo a obrigação de prestar socorro em caso de acidente (§ 330 e STGB). A determinado pressuposto — a ocorrência de um acidente ou de um perigo coletivo — vincula-se uma obrigação de fazer: prestar socorro. Esta obrigação (de fazer) só se torna atual, na verdade, para quem por primeiro tomou conhecimento do acidente e que, ademais, esteja em condições de prestar socorro. Uma e outra eventualidade são produto do acaso e é lícito que o sejam. A normatividade dentro de um sistema, ao contrário, caracteriza-se pela exclusão ou diminuição da casualidade: ao membro integrante do sistema impõe-se o dever de portar-se antecipadamente de tal sorte que, ocorrendo **certos fatos — suas condições de agir** —, sempre possa identificá-los e esteja capacitado para praticar o ato adequado às circunstâncias. É verdade que tal dever pode revestir-se de características atenuantes, quando, **e. g.**, o sujeito é obrigado a dele certificar-se por intermédio de provas que evidenciem a existência dos pressupostos condicionamentos do ato.

Em qualquer caso, porém, o dever — contrariamente do que sucede relativamente a um preceito endereçado a um indivíduo isolado — dirige-se ao mesmo tempo em duas direções: realizar atos e descobrir as condições às quais os atos se vinculam. Eis por que tais atos se transcendem a si mesmos, porquanto interligam eventos de um modo objetivamente legal: toda vez que um dado evento se verifica, segue-se — com certeza ou com certa probabilidade — outro evento, produzido pelo sujeito do dever. Tais eventos, pois, se deixam coordenar entre si, podendo-se, por exemplo, dispô-los de tal modo que os atos de um sejam condição dos atos de outro; a normatividade adquire compatibilidade e tecnicidade.

(3) Sobre as relações entre informação e "organização" de um sistema veja Poletajew, **Kybernetik**, ed. Berlim, 1964, p. 87 e seguintes.

Destarte se torna possível organizar um trabalho integrado, de que participem homens e máquinas, com objetivos comuns: os procedimentos preliminares que conduzem aos resultados desejados são pré-traçados de forma planejada, desdobrados em procedimentos parciais, e estes, então, se confiam a determinados indivíduos ou máquinas. Com isso toca a cada unidade do sistema apenas a execução de funções parceladas do procedimento, as quais configuram o sistema como um todo frente ao "cosmos social" **(Eberh. Schmidt)** (4).

A combinação dessas funções parceladas processa-se através do caráter semiológico dos fenômenos que ocorrem no sistema. O comportamento de um elemento serve de sinal para o comportamento do outro, que deve ser legalmente vinculado àquele. Muitas vezes o caráter semiológico também é substituído ou tornado autônomo pela conduta condicionante **(bedingenden Verhalten)** ou por outra ocorrência, como apelo, notícia escrita e coisas semelhantes, ou retido ou transmitido através de instrumentos **e. g.**, relógios de controle.

Na medida em que a atenção se dirige de modo sistemático para os sinais esperados, vale dizer os que aparecem regularmente, torna-se imperioso conferir aos sinais um caráter "penetrante", no sentido de que sejam capazes de transpor as barreiras da atenção voltada em outras direções. São "perturbações" relativamente à torrente normal de informações e à ordem do sistema. Mas é necessário que o sejam. Sua penetrabilidade deve ser tanto maior quanto mais importante for, para o sistema, a constatação das extraordinárias condições de reação e quanto menos institucionalizada estiver a sua observação. Esses sinais são geralmente destituídos de "direção", emitidos de sorte tal que possam ser

(4) Sobre objetivação de ação e pensamento em sistema veja Helmar Frank, **Kybernetik und Philosophie**, Berlim, 1966, p. 48 e seguintes; melhor fundamentado ainda Hermann Schmidt, **Die Anthropologische Bedeutung der Kybernetik**, separata vol. 6 de **Grundlagenstudien aus Kybernetik und Geisteswissenschaft**, 1965.

percebidos por todos e isto porque a todos interessam, pelo menos aqueles euja permanência não seja constante. Como exemplos típieos podem ser citados os sinais de alarme — talvez o apagar de uma sirene ou o quebrar de uma ampola de gás de cheiro forte na camada respirável de uma mina. (5).

O sistema de divisão do trabalho poderia servir de exemplo para mostrar a posição de cada elemento do sistema relativamente à generalidade das normas jurídicas e sociais.

Para que tenhamos um modelo claramente delineado, limitare mos nosso estudo de modo precípuo ao problema da imputação no direito penal. O modelo é ilustrativo de todo o gênero.

Para a imputação de um delito é particularmente relevante a separação "funcional" entre fatos que trazem consigo o perigo de efeitos colaterais proibidos — por exemplo, o ferimento de trabalhadores ou de terceiros — e os fatos que levam à compensação desse perigo, destinados, portanto, a desviar a ocorrência de um fato proibido. A separação entre atos produtivos e a compensação de efeitos colaterais perigosos significa, de ordinário — e daí sistematicamente — que o indivíduo perde de vista **as conseqüências do seu comportamento** na totalidade do sistema ou que as conseqüências do procedimento que lhe cabe controlar não sejam exatamente as conseqüências de seus atos.

Para averiguar, pois, a responsabilidade legal por conseqüências proibidas, é necessário estabelecer-se um liame entre as normas "absolutas" do direito e a tessitura do sistema, idêntico ao que existe em relação aos fins instrumentais a que o sistema é submisso. Importa respeitar-se a separação de funções dentro do sistema também na avaliação jurídica (6). É que a responsabilidade penal aqui não decorre do ato tomado em seu sentido individual — natural, e sim de sua significação social, como função fracionada do comportamento global do sistema no meio social.

A prova mais cabal de que é irrelevante o sentido individual natural do ato é a possibilidade de se substituir, através de inversões praticadas dentro do sistema, uma obrigação individual de fazer, por outra de não fazer, e vice-versa, sem afetar o comportamento do sistema em relação ao meio. Os sistemas sociais e sócio-técnicos modernos distinguem-se das "instituições clássicas" por uma variabilidade que, em grandes linhas, permite tais alterações, de acordo com perspectivas teleológicas mutáveis.

Uma tal inversão se verifica, por exemplo, quando se introduzem novos elementos no sistema, como sucede diariamente com a admissão de novos operadores ou o emprego de novas máquinas. Admitamos, por exemplo, que alguém deva praticar um ato sempre que se configurem certas hipóteses, mas deva omitir-se de praticá-lo no caso de advirem circunstâncias particulares que o tornem perigoso. Sucede, entrementes, que uma máquina o substitui, reagindo automaticamente sobre sinais relacionados com a primeira hipótese. Neste caso o homem é obrigado a interferir no funcionamento da máquina, se ocorrerem excepcionalmente as hipóteses de perigo. Com relação a ele a introdução da máquina envolve uma reversão de comportamento dentro do sistema: em situação que antes demandava a sua ação, já não é mais obrigado a agir; em compensação, deverá agir em situações que antes o teriam obrigado a abster-se da prática do ato.

A inversão de situações, em que o **fazer** toma o lugar do **deixar-de-fazer,** ocorre freqüentemente quando tal máquina deixa de funcionar ou um sistema é simplificado, mas também ocorre quando a ação de um homem condiciona uma reação de um outro elemento integrante do sistema.

Admitamos que alguém deva emitir um sinal desde que ocorram certa situações de perigo. Altera-se entrementes esta regra no sentido de que deva emitir o sinal regularmente, em dados momentos, provocando, a mera omissão do sinal, a iniciativa do elemento seguinte na

---

(5) Veja sobre estas questões Norbert Wiener, **The Human Use of Human Beings;** em alemão: **Mensch und Menschmaschine,** Berlim, 1958, p. 66 e seguintes.

(6) Assim já Stratenwerth, **Arbeitsteilung und ärzliche Sorgfaltspflicht,** em **Festschrift für Eherhard Schmidt,** Göttingen, 1961, p. 383 e seguintes e Maihofer, **Moderne Anaestbesieprobleme in juristischer Sicht,** em: Arch. lin. exp. **Ohren-Nasen und Kehlkopfheilk.,** vol. 187 (1966), p. 510 e seguintes.

estrutura do sistema. Uma tal disposição terá sentido se e enquanto também o primeiro elemento do sistema é objeto de controle, e. g., pelo fato de ele mesmo estar correndo perigo.. Com tal inversão da estrutura, o resultado não querido e, quiçá, proibido, já não seria decorrente da omissão do sujeito de dever — o qual, apesar do perigo, não aciona o sinal — e sim de um procedimento contrário ao dever: a emissão do sinal de sossego também na presença de um perigo.

O tratamento destes fenômenos na ciência do direito patenteia as dificuldades a que leva o raciocínio individualista. Como a doutrina dominante vincula a norma diretamente ao comportamento individual, não admite ela a existência de infração de norma proibitiva senão pela prática de um ato (comissão), nem a existência de infração de norma imperativa senão pela omissão de um ato que devia ser praticado (omissão). Todavia, como aplicar esse raciocínio a situações em que o comportamento contrário leva ao mesmo resultado, graças à divisão de funções dentro do sistema?

É exatamente aqui que deparamos com um exemplo de recurso a categorias irracionais nos casos em que o modelo normativo clássico se evidencia como deficiente: ao princípio de uma "igualdade valorativa" ou ao "sentido social" do comportamento, sem que se enuncie o conceito exato de tal comportamento (7). Certamente se obtém muitas vezes decisões corretas com tal recurso; mas o comportamento em si mesmo mal se presta ao controle científico e é duvidoso com relação ao Estado de Direito.

Segundo **Armin Kaufmann**, que elaborou a concepção individualista com singular clareza e precisão de conclusões, existiria — relativamente ao ato delituoso — uma vinculação "ontológica" entre sujeito e evento delituoso; em caso de omissão todavia, haveria apenas uma vinculação de caráter "axiológico", que só pode ser transmitida através de um enfoque valorativo **(wertende Betrachtungsweise)**. A distinção pode ser definida e sustentada conceitualmente. Mas dificilmente se tornará factível quando se considera quão facilmente poderá ser obliterada por modificações triviais da estrutura organizacional. E, no que

(7) Veja antes de tudo Armin Kaufmann, a. a. O., p. 282 e seguintes.

respeita aos procedimentos valorativos, não se deve esquecer que tais modificações podem ser projetadas de modo abstrato e calculadas mediante simples operações de computação algébrica.

Ligando-se a essa distinção entre o "ontológico" e o "axiológico" diferenças consideráveis na imputação do evento delituoso, bem como na graduação da pena, consoante sugerem **Kaufmann** e outros, converter-se-ia a ciência do direito em convite a manobras destinadas a contornar a lei em vigor: um sistema seria manobrável, de antemão, com vistas às possibilidades de imputação, de tal sorte que alguém possa escolher para si a forma de comportamento por omissão, para ser menos responsável, ou para seus empregados a de comissão (fazer) para assegurar-se melhores possibilidades de recurso quanto ao comportamento dos mesmos.

Relacionar as normas tão-só com indivíduos seria, pois, contrariamente ao que talvez de início se poderia imaginar, posição infensa à segurança do direito — e certamente à segurança da vítima potencial. Esta se encontra frente ao sistema como tal e a ela devem proporcionar-se condições para que possa confiar na ausência de perigo deste (Sistema) também quando lhe é impossível perscrutar a organização do mesmo por razões fácticas ou normativas. A liberdade, que deve ser limitada em benefício da segurança jurídica é, a partir de então, a do próprio sistema, não mais a de seus integrantes, não existindo, como vimos, rigorosa dependência de um com relação ao outro (— do indivíduo relativamente ao sistema).

A variabilidade dos sistemas e a liberdade de sua constituição não criam só problemas para a legislação e a jurisdição, que se propõem regular a conduta humana. Para o indivíduo que se encontra inserido num sistema, a situação não é menos problemática. Sempre que o sentido individual-natural e o sentido social de seu comportamento possam ser dissociados, necessita ele de informações sobre o funcionamento do sistema, para saber como proceder. E, na medida em que os sistemas aliviarem o peso do trabalho humano, podendo este ser substituído por ocupações de lazer de igual valia do ponto de vista funcional, a liberdade do homem se achará menos ameaçada pela coação do que pela ignorância.

Isto é primordial e fundamentalmente válido. O homem, incapaz de ter uma visão de conjunto quanto aos efeitos do seu comportamento sobre o sistema e que se vê compelido a abandonar-se cegamente a controles e compensações acionados por outros elementos integrantes do sistema, está sujeito a ser usado como instrumento de dano, causado a si mesmo ou a terceiros, sobrando-lhe poucas possibilidades para subtrair-se da perseguição de fins que ele não está disposto a reconhecer como seus próprios fins.

Não menos substancial é o perigo da "coisificação", ligado ao comportamento dentro do sistema. A palavra tão comumente usada hoje tem aqui um sentido exato. O indivíduo se vê obrigado a ajustar o seu comportamento a processos técnicos e sociais, planejados e desenvolvidos sem a sua participação, nos quais se acha inserido de vários modos e segundo os quais também a sua conduta será avaliada como certa ou errada, como leal ou desleal. E, da mesma forma como o comportamento se restringe ao desempenho de determinada função parcial na totalidade do sistema, ocorrerá com freqüência que, para ele, a situação normativa se ache reduzida a meros sinais. Estes nada indicam quanto à espécie de pressupostos do ato e quanto aos resultados deste, configurando-se, todavia, de tal sorte que conseguem desviar a atenção de outras coisas e despertar determinados estímulos. Nisto se manifesta uma tendência que, sem prejuízo da norma como expressão do dever, com relação a indivíduos livres, trata o homem como um ser reativo.

Eis por que importa dar-se ao indivíduo o direito e a consciência do direito de estar informado acerca das correlações dos sistemas, seus fins e suas vinculações com o cosmos social. Isto é válido referentemente a todos os sistemas, nos quais podemos estar incorporados hoje em dia — não só no âmbito político-estatal e nas relações de trabalho, mas também na esfera da burocracia social e da recreação organizada.

Significa isto que o direito de liberdade deve ser respaldado no direito de informação e de participação, se se pretende transferir para a sociedade moderna o seu conteúdo axiológico. Uma separação rigorosa entre **status negativus** e **status positivus** em direitos fundamentais, o princípio, portanto, segundo o qual não podem defluir, de direitos de

defesa, pretensões a um comportamento formal, seria no mínimo tão estranho quanto a correspondente separação entre o fazer e não-fazer individuais com relação às proibições e imposições.

O fenômeno não se processa de modo tal que se daria ao indivíduo um **plus** com a exigência da participação nas resoluções e informações frente ao modelo clássico de tutela jurídica, mas sim, se lhe dá a oportunidade de reconquistar o seu **status** de liberdade, enfraquecido pela sua vinculação a sistemas impermeáveis. Faz-se necessário, por isso, que também quanto ao direito de transmissão da informação, sobretudo do direito de demonstração, esteja ligado um certo direito à penetração sempre que a informação diga respeito aos sistemas como um todo: um comportamento que consiga transpor as barreiras da atenção desviada por um meio social totalmente "funcionalizado". (8)

É tarefa urgente da jurisprudência moderna desenvolver categorias e modelos em que o fenômeno da informação e os direitos de recebimento, retenção e transmissão de informações sejam moldados de maneira tão fundamental e diferenciada como ela já há muito tempo vem procedendo relativamente aos direitos da liberdade e da propriedade. Efetivamente, não se pode mais desconhecer que muitos dos problemas do direito e do campo pré-jurídico, objeto, de interesse relevante da coletividade, se vinculam essencialmente a questões de informação; o status médio das massas, a viabilidade da revogação mediante bancos de dados, o controle da pesquisa, a proteção das áreas íntimas e os perigos da manipulação pela propaganda — finalmente até mesmo a natureza jurídica dos sinais de trânsito. (9)

---

(8) Veja neste ponto Diederichsen e Marburger, **Die Haftung für Demonstrationsschäden, NJW**, p. 777 e seguintes. Quanto ao argumento muito usado de que a lei fundamental nunca confere a alguém o direito de ser ouvido por terceiros, p. 780, na mesma obra.

(9) Sobre esta questão, em si secundária, recrudesceu o debate em torno dos limites entre a lei geral e os atos administrativos singulares, tidos antes como fundamentais para o Estado de Direito, no sentido clássico do termo. Veja sobre isto o trabalho de Adalbert Podlach, **Die Rechtsnatur der Verkehrtzeichen und die öffentlich-rechtliche Dogmatik**, em: **Die öffentliche Verwaltung**. 1967, p. 740 e seguintes. Podlach se vale de concepções da lógica moderna para mostrar que tal distinção não

Impede, pois, visualizar e elaborar juridicamente o parentesco recíproco de tais fenômenos, que ocorrem em domínios heterogêneos. Nas pesquisas da cibernética certamente se encontrarão estudos preparatórios de grande alcance, os quais, às vezes, apenas requerem interpretação jurídica (10). A tarefa intelectual que tal proposição exige possivelmente não seja maior do que aquela que deu origem ao direito racional (11) que, emergindo do caos de privilégios e reservas, "justiças" e "liberdades" do direito medieval, deu relevo à idéia de uma liberdade individual, igual, em princípio, para todos, e a objetivou em categorias de direito estatal.

---

satisfaz. Na correlação que estabelecemos é digno de nota o seguinte: o autor supõe, levado pelo preconceito comum da ciência jurídica, que os sinais de trânsito expressam comando jurídico autônomo. Entretanto, estaríamos mais próximos da verdade se disséssemos que este e outros fenômenos do direito moderno se integram num sistema amplo como funções normativas parciais. Vistas sob um prisma lógico, não devem estar representadas por proposição autônoma, porém como expressão de parte de um todo.

(10) Cabe notar a existência de muitos entrelaçamentos jurídicos cruzados, de que fala Norbert Wiener, a.a.O., em especial no que tange ao direito de tutela e monopólios dos "mass media". Veja Podlach, **Rechtskybernetik — eine juristische Disziplin** der **Zukunft,** em: **Juristen-Jahrbuch,** 1969/70 (vol. 10), p. 157, e seguintes, bem como Mario G. Losano, **Giuscibernetica,** Turim, 1969.

(11) Em sua obra **Rezension der kybernetischen Staatslehre von Kark W. Deutsch, The Nerves of Government,** que apareceu também em língua alemã sob o título "Politische Kybernetik" (Freiburg, 1969), Dieter Senghaas chama atenção sobre o fato de que Deutsch tomou a si a tarefa de levar adiante a tentativa de Hobbes com novos métodos da teoria dos sistemas e informações. Isto é uma indicação muito fecunda, mesmo porque nela se denuncia uma ambivalência específica da cibernética. Hobbes, como se sabe, é considerado como um dos pais tanto do Estado liberal de direito como do Estado autoritário, de tal forma que até hoje se discute acirradamente sobre suas interpretações. Veja Dieter Senghaas, **Kybernetik und Politikwissenschaft,** em: **Politische Vierterjahresschrift, 1966,** p. 252 e seguintes.

PESQUISAS E ATIVIDADES DO CENTRO DE INFORMÁTICA DO COLÉGIO DE ADVOGADOS DE PARIS

por LOUIS PETTITI

Advogado da Corte de Apelação de Paris
Secretário Geral da Associação de Juristas Europeus

Ao lado das experiências baseadas na estocagem de documentos jurídicos já desenvolvidas na Grã Bretanha depois das realizações americanas, outro setor de pesquisa entreabriu-se.

Os trabalhos empreendidos pelos centros de estudos franceses para a elaboração de um fichário de consulta automática e de documentação total necessitam um longo período de maturação. Seria também necessário criar um método de pesquisa simplificada e concreta, ultrapassando o estágio da documentação automatizada e trazendo aos que lidam com o Direito um instrumento de trabalho melhor adaptado às necessidades de uma consulta rápida.

Efetivamente, aquele que manipula o Direito enfrenta problemas cada vez mais complexos diante de textos também cada vez mais numerosos. Deve estar capacitado a informar e orientar sem delongas, para o que é preciso dispor de uma documentação prioritária. Somente o computador estará apto a atender a tais necessidades tanto para o conselho de empresas parisienses como para o das filiais de província conectadas posteriormente por telex.

Com esta finalidade, o Centro de Informática do Colégio de Advogados de Paris procedeu ao exame de documentos, que dependem de uma codificação legislativa nova, para a elaboração de uma memória

---

Tradução de "Les Recherches et Activités du Centre D'Informatique du Barreau de Paris" (Revue Internationale de Droit Comparé 20(4): 677-679, oct/dec., 1968) autorizada pelo autor e direção da revista, Tradução de Sandra Regina Schmitz de Azevedo.

eletrônica, com o concurso de engenheiros de informática racional, no estágio operacional.

Os textos de 1966 sobre as sociedades comerciais constituíram uma reforma geral, permitindo acesso imediato e interessando em primeiro lugar aos meios econômicos.

A unificação por fichário manual ou eletrônico, da totalidade da jurisprudência relativa a certas comarcas, por períodos limitados, é de grande interesse, mas não apresenta o mesmo caráter de urgência que obriga o que lida com o Direito, a liberar o tempo dedicado à pesquisa documental, a fim de que possa melhor consultar.

Os estudos concernentes ao léxico e à sintaxe documental jurídica são objetos de trabalhos mais profundos, mas a prazo mais longo.

Partindo de um campo mais delimitado, a análise das leis e dos decretos de aplicação, que constituem o novo Direito das sociedades, facilitou a adoção de uma solução seletiva e não global por indexação das palavras chaves. Pesquisa similar a esta foi empreendida pelo Crédoc belga sobre Direito Civil.

O segundo objetivo visado pelo Centro de Informática do Colégio dos Advogados de Paris é facilitar o intercâmbio de documentos.

O método de trabalho comportou:

a) a análise dos textos legislativos e regulamentares confiados a grupos de trabalho compostos de advogados, os quais selecionaram as palavras chaves que deviam entrar na composição do dicionário. Depois esmiuçaram as referências e sumários das principais decisões dos últimos anos, ainda de interesse no quadro da nova lei.

b) posteriormente uma comissão de controle procedeu a uma seleção e revisão das fichas. Depois foi efetuada a codificação operacional de aproximadamente 3.000 palavras.

As fichas trazem as palavras de referência em chamadas, siuônimos e palavras de sentido próximo.

Forma-se, portanto, um fichário primário e um secundário, tendo em vista a codificação mecânica.

A estrutura do dicionário a ser elaborado, constitui a parte essencial da pesquisa.

No estágio de perfuração todos os elementos são retomados, depois incorporados nas listagens.

Quando a experiência passa ao estágio de utilização do computador a dificuldade a resolver neste campo de investigação jurídica é a da apresentação das questões, o que implica numa longa prática de equivalências "e... ou ... à exclusão de" para a linguagem do computador.

É necessário, portanto, estabelecer um liame entre a técnica documental e a técnica jurídica, dispor de um intérprete para as duas linguagens, a fim de colocar as questões na forma adequada.

O Centro do Colégio de Advogados de Paris, presidido por C. Lussan, bastoneiro da Ordem, assistido por A. Le Tarnec e por L. Pettiti, membros do Conselho, objetiva, desta forma, pesquisas de utilidade.

Esta experiência terá seu pleno emprego quando a memória estiver apta a atender interpelações a distância por telex conexos.

Mas os esforços de programação de cada centro de pesquisa seriam vãos, se fossem díspares. Efetivamente, as mesmas necessidades se manifestam no plano da estocagem de documentos, seja no seio das Comunidades européias, no Conselho da Europa, ou ainda nas grandes bibliotecas universitárias ou profissionais. Mais tarde para a análise das decisões das Cortes de Luxemburgo e Estrasburgo.

O mérito do Centro de Genebra de **World Peace through Law** terá sido, pois, o de tomar a iniciativa do inventário e da coordenação de experiências. A Revista "Law and Technology" tornou-se o seu veículo mensal.

Para a Europa, torna-se indispensável a adoção de métodos semelhantes, senão similares, de seleção e de codificação. É preciso também ter em mente métodos uniformes de ensino e de programação.

Esta pesquisa deve ser repartida por setores e por profissões da área jurídica na França, por ramos e por sistemas na Europa.

As trocas de programadores facilitarão as transferências de documentação.

Do direito societário francês será fácil passar ao direito societário dos seis países da Comunidade Econômica Européia. Mas não será tão fácil dispor ao mesmo tempo, nos seis países, de grupos polivalentes, a não ser, criando centros comuns.

Não será, pois, um dos privilégios da informática jurídica revelar as fontes semânticas dos direitos, facilitar a sua interpretação e estimular a aproximação das legislações?

Mais do que o direito comparado, é um pensamento jurídico inspirador e orientador de um direito inter-estatal; em seguida, de um direito supranacional, que se pode elaborar graças à ciência do tratamento operacional à serviço da informática jurídica.

A COMISSÃO DE INFORMÁTICA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

JAQUES VÉRIN

Magistrado no Ministério da Justiça
Secretário da Comissão de Informática

A atitude da Justiça em relação às inovações técnicas foi sempre marcada de grande prudência (1). Entretanto, muito cedo ela percebeu que poderia tirar partido, para seu funcionamento, de um uso judicioso dos computadores. Por isso, o Ministério da Justiça foi um dos primeiros a instituir, por decreto de 13 de fevereiro de 1967, uma Comissão de Informática, cuja presidência foi confiada a M. Aydalot, então Procurador Geral da Corte de Cassação e hoje presidindo a Corte Suprema.

Esta comissão recebeu a missão de "estudar os meios científicos, administrativos e financeiros que permitiriam aplicar os métodos de tratamento da informação aos problemas da documentação jurídica, da polícia judiciária, das estatísticas e de maneira geral, aos problemas da administração da Justiça". Para dizer a verdade, os computadores eletrônicos já haviam entrado no âmbito da Justiça sob a modesta forma de uma pequena calculadora de que havia sido dotado, desde 1966, o Centro de Pesquisa da Educação Supervisionada em Vancresson. Esta calculadora foi substituída depois por um computador de 3a. geração, de porte médio (um C. A. E. 90-40), destinado a prover às necessidades da pesquisa científica do Ministério. Mas um inventário dos campos nos quais a utilização da eletrônica poderia ser benéfica fez com que surgissem necessidades de uma amplitude completamente diferente. Trata-se

---

Tradução de "La Comission de l'Informatique du Ministère de la Justice" (Revue Internationale de Droit Comparé 20(4): 673-676, oct. dec. 1968), autorizada pelo autor e direção da revista. Tradução de Verena Nygaard Becker.

(1) Cr. MARC ANCEL, "Os Problemas suscitados pela aplicação das novas técnicas ao Direito Penal e ao Processo Penal", Rassegna Di Profilassi Criminale e Psichiatrica, 1968, p.p. 3-22).

inicialmente dos problemas clássicos da gestão, que se propõem ao Ministério da Justiça como em qualquer outra administração. Lembremos somente que a Chancelaria dirige um efetivo de aproximadamente 23.000 pessoas, magistrados e fnncionários, para os quais é preciso manter fichários de posição, relacionar e pagar tratamentos e pensões de aposentadoria, preparar movimentos em função dos desideratos, das necessidades do serviço e dos avanços, etc.

De outro lado, a administração penitenciária, infelizmente, é um empregador cada vez mais importante e sua direção industrial poderia, com vantagem, tratar no computador, contabilidade e gestão dos estoques. O mesmo ocorre quanto à execução das penas, a qual requer hoje a manutenção de uma multiplicidade de registros, fichários e escrituras. A modernização dos procedimentos nos arquivos dos estabelecimentos penitenciários poderia ser ligada à instituição de um fichário central da população penal, o qual teria de registrar 100.000 situações individuais por ano, com atualizações quotidianas correspondentes às diversas operações de inscrição dos presos realizadas nas cento e vinte e quatro prisões.

Outros fichários também poderiam se beneficiar através de um tratamento por computador: são os fichários das folhas corridas judiciais. Sua conservação no arquivo do tribunal do lugar do nascimento de cada interessado apresenta vantagens inegáveis, mas a conjunção da eletrônica e das tele-transmissões parece oferecer perspectivas novas; a criação de um fichário nacional de condenações judiciais foi colocada em estudo pela Comissão de Informática. Este fichário agruparia não só a relação de condenações judiciais de cada tribunal, mas ainda o fichário central de Nantes relativo às pessoas nascidas no estrangeiro e àquelas cujo registro de nascimento não foi encontrado ou cuja identidade é duvidosa e que não libera menos de quatroceutos a quinhentos mil boletins por ano. O projeto de criação de um fichário nacional de motoristas, emanado de um grupo de trabalho interministerial presidido por M. Provansal e cujo estudo técnico foi confiado aos serviços especializados da Prefeitura de polícia, também interessa diretamente ao Ministério da Justiça, porque este fichário seria destinado a reunir informa-

ções de ordem judicial e administrativa, a fim de classificar os motoristas em categorias distintas segundo o perigo que podem representar e "modelar", em conseqüência, os prêmios de seguro.

Todavia, os três setores nos quais a informática apresenta o maior interesse para a Justiça são incontestavelmente a documentação jurídica, a polícia judiciária e a estatística. São também estes que, por razões diversas, suscitam os problemas mais complexos.

Três sub-comissões dedicaram-se ao seu estudo, tendo-se estabelecido que uma subcomissão técnica seria encarregada ulteriormente de fazer a síntese de seus trabalhos e de traduzir suas conclusões em proposições concretas relativamente ao equipamento.

A documentação jurídica, diversamente da gestão administrativa, não oferece ao computador um campo de ação imediatamente "operacional". É fácil de colocar na memória quantidades importantes de textos ou de referências jurisprudenciais ou doutrinárias; muito mais difícil é interrogar eficazmente a máquina para localizar a documentação desejada para guiar, apoiar ou invalidar um raciocínio jurídico. Para que o computador possa suplantar o jurista na sua investigação laboriosa, mas iluminada pelos mil recursos da inteligência, utilizando a analogia ou a oposição, decompondo ou recompondo de forma diferente classificações, conceitos tradicionais, etc., é indispensável levar a cabo pesquisas teóricas particularmente difíceis.

A Sub-comissão da Documentação Jurídica, presidida por M. Aydalot, segue atentamente o progresso destas pesquisas, realizadas na França principalmente por duas equipes dirigidas respectivamente por M. Mehl, chefe dos Requerimentos no Conselho de Estado e por M. Catala, professor na Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Montpellier. As duas abordagens são diferentes: enquanto uma se propõe a restituir o texto integral de lei, a outra repousa na indexação da jurisprudência. São, no entanto, complementares e ambas comportam um verdadeiro trabalho de beneditinos, destinado a memorizar no computador uma série de dicionários de sinônimos, homônimos, relações de vizinhança, relações hierárquicas, etc.

Estas pesquisas evoluem favoravelmente e devem chegar, nos próximos meses, a um estágio experimental. Será então possível passar aos estudos técnicos e administrativos necessários para constituir um centro nacional de documentação jurídica dotado de um computador e utilizando a tele-gestão.

Em matéria de estatísticas, as dificuldades são de outra ordem: com efeito, pareceu necessário, antes de armazenar os números num computador, proceder a uma mudança completa da contabilidade geral da Justiça, documento venerável, mas que não responde mais às necessidades de uma estatística moderna.

É o próprio conteúdo das estatísticas que é preciso transformar para estender a parte consagrada à justiça civil, para reunir sem solução de continuidade as informações de ordem penal concernentes à polícia judiciária, ao julgamento e à execução da pena, para vivificar os critérios legais completando-os com noções sociológicas e criminológicas, para dar o lugar que merece à apreciação da eficácia da justiça especialmente através do cálculo sistemático dos índices de reincidência, etc. É também a reforma do modo de coleta das estatísticas que se impõe para assegurar a qualidade dos materiais fornecidos ao computador e a rapidez de obtenção das estatísticas sem a qual estas perdem uma grande parte do seu interesse. A Sub-Comissão Estatística presidida pelo Reitor Carbonnier confiou estes estudos preliminares a dois grupos de trabalho encarregados, um, das estatísticas civis, o outro, das estatísticas criminais.

Por fim, a Sub-Comissão da Polícia Judiciária, presidida por M. Touffait, Procurador Geral da Corte de Cassação e composta de representantes da Segurança Nacional e da Chefia de Polícia, serviços agora unificados sob a direção do Secretário Geral da Polícia, e representantes da Gendarmeria Nacional, esforça-se por agrupar, para um tratamento comum efetuado sob a autoridade da Justiça, o conjunto das informações fornecidas pelos diferentes serviços de polícia e de gendarmeria.

A situação atual é caracterizada pela multiplicidade de fichários, a disparidade de códigos e de materiais, a dificuldade de comuni-

cações. A utilização da eletrônica deveria facilitar a obra de unificação que se impõe.

Entretanto, as dificuldades a vencer não são da mesma ordem, dependendo da natureza dos fichários de polícia e das informações que lhe são pedidas. As informações concernentes ao número de matrícula de um automóvel, ao de uma carteira de identidade, ao de uma carteira de motorista, etc. foram as primeiras a serem tratadas pela Polícia. Fichários de identificação, comportando um número limitado de referências para cada pessoa poderão, sem maior dificuldade técnica, ser confiados à memória de um computador. Não se dá o mesmo relativamente aos fichários de pesquisa criminal propriamente ditos, cuja automatização suscita problemas que ninguém ainda resolveu. Estes problemas são aliás da mesma ordem daqueles relativos à documentação jurídica, já que se trata, aí também, de traduzir em operações puramente mecânicas, os processos inteligentes que permitem localizar, numa massa de documentos, as informações procuradas a partir de dados parciais, de índices mais ou menos precisos. Lembremos também a natureza heteróclita da informação policial que compreende escritos, mas também traços, impressões, fotografias, todas coisas que o computador ainda não absorve tal qual o que requer, no momento atual, uma combinação da eletrônica e do microfilme, que ainda é muito difícil.

Como se vê por este rápido apanhado, estamos longe do computador prestando a justiça dos romances de ficção científica, mesmo que as multas sejam em breve tratadas eletronicamente. Mas o campo de ação da informática no funcionamento da Justiça não é negligenciável e pode-se esperar que, livrando os juízes de tarefas ingratas, longe de mecanizar a Justiça, contribuirá para torná-la mais humana, o que é o essencial.

O DIREITO: SEU PAPEL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

SILVIA LA PORTA DE CASTRO

Advogada em Porto Alegre
Pesquisadora do Instituto de Informática Jurídica

1. A tecnologia
2. O Direito
3. O Direito dentro da sociedade tecnológica

Com fins à aproximação do entendimento do que é uma sociedade caracterizada como tecnológica, mister se faz explicitar certos conceitos tomados hoje quase que dogmaticamente. Este será nosso ponto de partida, necessário à classificação posterior de outros postulados, estes agora retirados do mundo do Direito e também passíveis de um trabalho exploratório na sua compreensão mais primeira e mais definidora, despojada das conotações que têm se encarregado de desfigurar este fenômeno.

Resultando destas duas primeiras pretensões, estamos então frente à possibilidade de enfocar o terceiro e último momento desta sondagem, qual seja, a de investigar, dentro de uma perspectiva cientificamente viável, a representatividade, a "presentação" do Direito neste mundo de técnica.

A precariedade de dados bibliográficos que possam ser tomados como ponto de referência neste estudo, responde em parte pela tomada de posição às vezes pessoal frente a determinadas soluções que, de resto, apresentam-se inteiramente em aberto. O que de positivo, de verificável vamos encontrar na literatura à disposição são alguns trabalhos pertinentes à Informática Jurídica, ramo este de que nos ocuparemos opor-

---

Prêmio Conselho Superior da Consultoria Geral do Estado.

tunamente. Quando se trata, não obstante, de perquirir pelo uso da tecnologia dentro do processo, do Direito em aplicação, muito pouco existe, especialmente no âmbito nacional.

Fica o registro da dificuldade como consideração não inteiramente marginal, mas como dado de carência, limitação e sintoma da distância temporal que nos separa, ainda, de um processo evolutivo em ritmo candente e irreversível, que já penetrou em todas as esferas do viver humano.

1. Tecnologia

Pode-se partir de uma idéia fonte. E esta nós encontramos no grande filósofo alemão Martins Heidegger, quando declara que existir é projetar-se, tender-se do aqui e do agora, para a frente.

Realmente, observado desde uma dimensão histórica e constitutiva, o homem é aquele ente que se presentifica frente ao mundo natural, da realidade que lhe é pré-dada, como eminentemente insatisfeito e portanto inquieto e transformador. Reconstruindo, ele se projeta, e o "mundo humano", como recriação sua é expressão deste poder do homem de objetivação. O mundo vai ficando mais habitável; é a "humanização" que se manifesta nos atos continuados que vão traçando a história do homem. Esta aculturação permanente é o objeto explícito ou implícito das projeções deste "homo viator".

Nesta escalada, vamos encontrar estágios dos quais se ocupou ORTEGA Y GASSET, J. [20]. Será objeto de nossa preocupação o último estágio desta caminhada, assim como atualmente se nos aparece, no nosso momento histórico.

Ressalta desde logo que a grande questão dos tempos atuais é saber como viver dentro desta sociedade altamente tecnológica; saber que mentalidade e que maneira de viver podem preservar a humanidade do indivíduo e a sua própria existência contra o domínio das forças por ele mesmo criadas. Esta nova maneira de viver pressupõe tudo o que a ciência moderna vem oferecer: a favor dos interesses do homem e não contra ele.

Nossa reflexão pretende surpreender dentro das características peculiares a esta sociedade, aqui o que hoje é da competência do Direito. No entanto, para que se alcance tal abordagem, vamos em busca das premissas que nos permitirão construir, como um arcabouço mental, os contornos deste novo Direito, dentro desta nova sociedade.

Comecemos da constatação de que a técnica é o esforço do homem para dominar a natureza e pô-la a seu serviço. No dizer de ORTEGA Y GASSET (ibid), é um esforço por diminuir esforços. Trata-se de um arriscado empreendimento, porque modifica a relação originária do homem com a natureza. De "acomodação", a relação passa a ser informada pela "incomodação" que resulta em operar sobre o dado natural. Como explicar este agir criador? As raízes deste tipo de atividade mental, da qual brotam as idéias novas, foram e são objeto de estudo de pesquisadores como J. P. GUILFORD ("pensamento divergente"), A. H. MASLOW ("crescimento") ou CARL R. ROGERS ("abertura"). Na verdade, porém, pouco ainda se sabe dentro da Psicologia sobre o ato humano que se formaliza em criatividade.

O que a nos importa é, desde já, captar esta projeção do homem, na História, produzindo cultura e, dentre as diversas expressões aí presentes, o fenômeno da técnica. Também aqui — e este é o objeto de nossa segunda consideração a ressaltar — a inventividade manifestada pelo homem vai se nos apresentar como impossível de ser reproduzida pelas máquinas mais elaboradas, como o são os computadores de terceira geração e terceira geração e meia, conforme já anuncia MÁRIO LOSANO, em suas "Lições de Informática Jurídica" [14].

Parece oportuno que se refira já aqui a bela assertiva de WLADIMIR WEIDLE: a criação pode comparar-se à transubstanciação do pão e do vinho, que nada tem a ver com os processos químicos; não se pode obter em laboratório.

Porque, então, o temor frente à inexorabilidade do processo tecnológico e a fatalidade que a técnica parece trazer consigo? Que características contornam esta sociedade tecnológica (tecnocrata no dizer de alguns), conferindo-lhe um aspecto tão inquietador?

O mundo tecnificado tem trazido constantemente a preocupação com a preservação do humano, pois com o irrevogável desenvolvimento da técnica, também se processa uma inelidível metamorfose do homem, na expressão de JOSEPH BERNHART, "A Técnica e a Alma Humana" (apud, HILLER, Egmond, "Humanismo e Técnica") (10).

Vejamos bem que já Aristóteles referia-se à natureza aperfeiçoada e completada pela "techné". O que se observa, então, nesta visão até mesmo "demoníaca", deformadora da técnica e de um suposto domínio da máquina sobre o homem, é que os pressupostos para este entendimento residem na **falsa relação** do homem com a técnica. Supõe-se o homem operando sobre o mundo de um modo não integral, mas apenas na condição de **homo faber.** Realmente, há todo um descomprometimento com a verdade do todo, com a unidade do real neste posicionamento: a preocupação com uma mundividência foi submetida à parcialidade e ao fracionamento das pesquisas científicas que se debruçam sobre parcelas do real.

A crise maior reside nesta aparente evidência de um processo de desfacelamento, no qual o homem vê as conseqüências de um rítmo multisecular, no qual sua identidade foi sempre a de um ser histórico, racional e dotado de uma meta-animalidade. Em conseqüência, sofre a angústia do risco de perder este controle, este manejo fundamental, não só da realidade, mas inclusive **da sua** realidade. Seria então, em duas palavras, a passagem do **cosmos** ao **caos.** O que seria em última instância esta reversão? Seria a transformação substancial do homem por obra de suas próprias ingerências no mundo.

Esta visão com tons apocalípticos aparece-nos como um prisma sob o qual se tem encarado a complexidade do que está aí. Há toda uma outra perspectiva, no sentido de ver hoje, mais do que nunca, a Idade da Unidade. Teria tido ela início nos meados de 1966, quando se desfizeram os traços mais dominantes da Idade da Relatividade, sob influência precípua de ROENTGEN e B. RUSSEL. A fase da Unidade, que vem de PIERCE e passa por EINSTEIN e REISER, tendo como suporte basilar as descobertas da Cibernética, veio qnebrar a ancilar separação entre o subjetivo e o objetivo, entre o eu e o mundo exterior. Propugna-se pela percepção da unidade dentro da multiplicidade. As fronteiras — que não seriam senão distinções verbais — entre os diferentes ramos da ciência são pesquisadas no seu interrelacionamento mútuo e nas suas necessárias e permanentes implicações.

Se até então o mundo era visto como nma máquina e se sob a imagem de si mesmo o homem pôde criar o computador, vendo-se a si mesmo também mecanisticamente, estes postulados tiveram de ser revisados. Esta grande tentativa de aclarar os fatos, que antes se isolavam para fins de estudo, e hoje se sobrepõem uns aos outros, pois assim eles se dão na realidade, vem trazendo compromissos para os intelectuais e estudiosos, no sentido de sair do hermetismo de seus compartimentos fechados e estanques, onde até então acreditavam ser possível chegar à desocultação do que é. Trata-se de toda uma nova proposição comportamental, que veio também atingir aquele que lida com o Direito. Muitas ponderações devem ainda ser feitas sobre este fato, mas de modo algum deve tal assertiva nos surpreender.

Em que pese o idealismo, mas também a honestidade intelectual dos nossos contemporâneos — que nem sempre podem ser ditos contemporâneos do seu tempo —, há que se verificar o quanto suas estruturas de pensar estão ainda policiadas pelos "fantasmas" do século XIX. Herdeiros desta tradição, identifica-se por exemplo, as ciências matemáticas com "ciências exatas". Ora, sabe-se hoje que esta designação carece de verdade. As "leis", no sentido mais científico, são leis de probabilidade. À "lei exata", aquela que sempre deve ocorrer sob certas circunstâncias, foi negado estatnto ontológico, pois assim não se comporta a realidade. Temos, sim, as leis tendenciais, que mesmo na física supõem certo grau de aleatoriedade. Quanto à Matemática, para WALTER R. FUCHS, "ela se situa mais perto da filosofia teórica do que das ciências naturais".

Os caracteres do "homo sapiens" formado sob as luzes do século passado impediram-no de ler o "Liber Mundi", o livro do Universo. O emergir do estruturalismo no século XX vem mostrar, para grande espanto dos espíritos acostumados a lidar com categorias positivistas, que a realidade é uma só grande estrutura, que enverga diferentes roupagens. Ou, no dizer da teoria dos sistemas (4), tudo pode ser abrangido como um macro-sistema, dentro do qual tem seu lugar os mais ínfimos

sub-sistemas. É em nome destas novas proposições que se multiplicam hoje nos laboratórios as equipes interdisciplinares, com a finalidade de criar ou otimizar um sistema e fazendo a necessária **comunicação** entre os especialistas. Uma linguagem comum é propugnada, superando-se assim as distâncias entre indivíduos de formação até então inconciliáveis, por "inaproximáveis" (11).

A Cibernética, que, sob um aspecto, pode ser entendida como ciência dos automatismos, é aquele conhecimento que veio estabelecer um **liame** entre as diversas "fatias" do conhecimento humano. A Cibernética, nascida do trabalho em equipe de um matemático e um fisiólogo: NORBERT WIENER, professor no Massachusetts Institute of Tecnology e ARTHUR ROSENBLUETH, então professor no Harvard Medical School, surgiu para atender esta milenar necessidade de unir sistemicamente o conhecimento humano, tarefa a qual os filósofos gregos se propuseram e a filosofia vem assumindo como ocupação sempre presente.

NORBERT WIENER apresenta-se com a proposição de, através do enfoque cibernético, fazer a coordenação dos conhecimentos vindos de diferentes setores científicos. Como corretamente asseverou WALTER ROSS ASHBBY, entre os métodos capazes de lidar com a complexidade distingue-se a Cibernética (3). Mário Losano, a propósito, refere-se à Cibernética como uma nova metafísica fantasiada de ciência exata. Wiener tem o grande mérito de partir ao alcance de uma pesquisa interdisciplinar, na qual se procura uma efetiva interação. Etmologicamente, Cibernética significa "a arte de governar", ou seja, como obter o controle, a direção de certos fenômenos. Pela intuição do paralelismo existente entre a máquina de cálcnlo e o cérebro humano (sistemas eletromecânicos reproduzem estruturas nervosas), Wiener procurou analogicamente retratar certas habilidades de animais dotados de superiores capacidades. Num ritmo de pesquisa crescente, a Cibernética penetrou nos mais diferentes setores que são unificados pelo uso de métodos, de caminhos comuns de pesquisa.

Reconhecer que setores diversos do conhecimento humano, que sistemas completamente distintos na aparência e na forma, que ramos de especialização de certa ciência, que fenômenos estranhos uns aos

outros, apresentam igual estrutura ou possibilidade de equivalência junto a um padrão que abranja as unidades, é abrir um mundo de imensas possibilidade e armar o homem de uma visão inteiramente nova e mais fecunda para se acercar da realidade.

O nascimento deste novo saber traz repercussões as mais amplas e teremos de nos referir à Juscibernética como uma das aportações, na esfera do Direito, deste despertar que acima referimos.

Entre as muitas inovações, a Cibernética trouxe um novo enfoque para o conceito de "mecânico". Tradicionalmente, por "mecanização" entendia-se a modificação dos processos que deslocam do homem para a máqnina o emprego da força. Mantido o conceito, alarga-se sua extensão, para dizer que o trabalho repetitivo, empreendido pelo indivíduo como ocupação rotineira e em nada criativo, é "trabalho mecânico". Ora, vistas as coisas apenas sob o aspecto energético, a princípio, não é proveitoso nem razoável fazer com que o homem em geral execute um trabalho mecânico. E é exatamente nesta direção que se propõe o uso da tecnologia — inclusive dentro do Direito e nos diversos momentos do processo, do Direito em aplicação — como libertadora e emancipadora do indivíduo para atividades onde as peculiaridades do seu espírito possam ser desenvolvidas. No dizer de NORBERT WIENER, o sentido da automatização seria alcançar a utilização humana do homem.

Ora, esta acelerada explosão tecnológica, que foi permitida pela Cibernética, veio pôr-se ao alcance de todos os ramos do saber e só a integração do legislador, do jurista e do advogado junto aos conhecimentos que vão a cada momento se desvelando, permitirá o acompanhamento e o beneficiamento que tais inovações significam. A propósito desta interação necessária, LAURO DE OLIVEIRA LIMA em "Mutações em Educação segundo Mc Luhan" (13), diz que a especialização é do indivíduo; a cultura é do grupo. Foi preciso uma longa marcha para que a humanidade, a partir da globalidade da aldeia tribal, voltasse agora à globalidade da aldeia eletrônica.

Com estas breves considerações sobre as revoluções, no pensamento e nos modos de vida, que representa uma sociedade tecnológica

com o inevitável impacto causado pelas expectativas, aspirações e novas proposições que trazem consigo, quiséramos trazer alguns subsídios para refletir a respeito da teimosia do homem no sentido de persistir coexistindo em compartimentos intelectuais estanques e pensando segundo categorias fragmentárias, empobrecedoras do conhecimento e inteiramente ultrapassadas.

Donde esta resistência às mudanças, especialmente em ramos das chamadas Ciências Humanas, onde vem se inserindo o Direito?

O temor que este mundo técnico provoca, provém, no mais das vezes, do desconhecimento, do não saber a respeito de sua real e efetiva consistência e potencialidades. É MC LUHAN (16), que lembra com muito acerto: somos todos robôs quando envolvidos sem consciência crítica com nossas tecnologias.

Há que considerar que, de início, o caráter impessoalizante trazido pela civilização técnica não autoriza a conclusão de que a técnica se oponha ao indivíduo, mesmo porque não se pode esquecer, em momento algum, o engenho e a autoria do homem, enquanto "criatura que cria", na sua relação instauradora do mundo tecnológico.

Mesmo quando se instala a inquietação acerca da influência do progresso técnico sobre o homem, ou quando se perquire se os processos tecnológicos estarão sempre sujeitos a um automatismo forçado, sujeito à intervenção, ou prescindirão eles da presença do homem, é inegável conceder frente a certas evidênciais. O mundo tecnológico trouxe-nos ilimitadas possibilidades de modos de vida, permitindo-nos um nível de aspiração e de expectativas nunca antes pensado. Liberou-nos de rotinas fastidiosas, trouxe mobilidade e grande facilidade de acessos.

O autor futurólogo de polêmicas obras, HERMAN KAHN (12), arrola os principais inventos que, segundo ele, estarão normalmente em uso no ano 2.000, ou seja, daqui a menos de trinta anos, entre outros:

— métodos químicos e mecânicos para melhorar a capacidade analítica humana;

— controle da hereditariedade muito melhor conhecido;

— controle do tempo e dos climas;

— uso generalizado de "robôs", isto é, de comportadores individuais.

Pode-se já cotejar duas perspectivas. Em Nuevo Planeta, janeiro/fevereiro de 1971, o Grupo de Investigação de Planeta fez a montagem de um conto-ficção "1975": Estamos fartos". "Que nos importa atravessar o Atlântico em seis horas em lugar de oito, se já não temos tempo para pensar? Vocês são mais felizes tendo submarino atômico? Quantos milhões se gasta para preparar uma guerra que não acabará nunca? Tudo se denunciava: aberrações da tecnologia que arruínam o campo; o delírio burocrático complicando a vida cotidiana." (adaptação)

Abundante é a literatura atual em colocações sobre esta nova sociedade, literatura esta eivada de preocupações com a vertiginosa aceleração histórica que, na imagem de Gaston Berger, é um possante automóvel correndo a toda velocidade durante a noite. Se não possuir faróis dianteiros, certamente a corrida acabará em catástrofe. (Apud. Rose Marie Muraro (18).

Em "Psicanálise da Sociedade Contemporânea" (7) ERICH FROMM registrou: "Nunca, como no dia de hoje, o homem está tão perto de alcançar suas mais caras esperanças. Nossos descobrimentos científicos e nossos avanços técnicos nos permitem conhecer o dia em que a raça humana constituiu uma comunidade unificada e não viva de entidades separadas. Foram necessários mil anos para este desenvolvimento das capacidades intelectuais do homem para sua crescente habilidade de organizar a sociedade e concentrar suas energias com um fim. O homem criou um mundo novo com suas lei e destinos próprios. Ao olhar sua criação, pode dizer, realmente, é boa.

Mas, ao olhar-se, que pode dizer? Aproximou-se da realização de outro dos sonhos da humanidade, o da perfeição do homem?"

As características de nossa civilização, embarcada na vertigem da técnica e do progresso, oferecem sob certos aspectos uma inquestionável e patética visão de aberrações. Foi Carlos Drumond de Andrade

que denunciou vigorosamente que nossa civilização é baseada demais na eficiência e de menos na espontaneidade do ser humano.

Já ORTEGA Y GASSET (op. cit.), prenunciava com perplexidade a antinomia de que o progresso tecnológico não conduz necessariamente a uma distribuição equitativa das rendas ou em outras palavras, o progresso não avançava a par do progresso tecnológico. E outra advertência: "Temos, pois, que a técnica é, assim, o esforço para poupar esforço, ou o que fazemos para evitar, por completo, ou em parte, as canseiras que as circunstâncias nos impõem. Dir-se-ia que a técnica é um esforço menor que fazemos para evitar um esforço maior. Certo. Mas o enigmático é o seguinte: onde parará este esforço poupado e que fica disponível? Porque não fazer nada é esvaziar a vida, é não viver, é incompatível com o homem. O que ocupará a vida do homem?"

Também HERBERT MARCUSE [15] manifesta semelhante preocupação ao afirmar que o progresso intensificado parece estar vinculado a uma igualmente intensificada ausência de liberdade. Por todo o mundo, o domínio do "homem pelo homem" cresce em âmbito e em eficiência.

Ao enunciado sobre a incerteza que o futuro das máquinas, em especial, nos reserva, com sua perturbável intromissão, sua "compenetração" sempre maior na atividade humana, cabe lembrar a tão oportuna e tranqüilizadora assertiva de ALBERT EINSTEIN: "A máquina pode bem resolver problemas, mas jamais colocá-los (apud., HILLER, EGMONT — "Humanismo e Técnica. op. cit.). A complexidade dos processos técnicos e sua penetração inexorável nas soluções econômicas, jurídicas, sociais, suscitam necessariamente outras exigências a todos os que, de um modo ou de outro, possuem alguma ingerência em atividades de interesse público, onde um grande número de cidadãos pode ser beneficiado com a introdução de novas modalidades operacionais permitidas pela tecnologia. O destino desta utilização é eminentemente tarefa do "fazer humano".

É entusiástica a afirmação de MC LUHAN, (Guerra e Paz na Aldeia Global, op. cit.), quando diz que o computador é, sob qualquer ponto de vista, a mais extraordinária de todas as vestes tecnológicas jamais elaboradas pelo homem, pois ele é uma extensão de nosso sistema nervoso central. E mais adiante: muitas pessoas já indicaram que a revolução do computador é maior que a da roda em seu poder de remodelar a vida humana e sua organização. Enquanto a roda é uma extensão do pé, o computador dá-nos o mundo onde a mão do homem jamais pôs o pé.

Trata-se realmente de um impacto incomensurável. Vê-se uma explosão tecnológica que desencadeia outras tantas, como reação em série. O vigor e a fecundidade com que os estudos científicos se multiplicam é espantoso. Nada é tão variável quanto a denominação "sociedade tecnológica". Seu vir-a-ser constante abala todas as estruturas que se moldaram ao longo dos séculos e sobre as quais se fundamenta nossa civilização, inclusive as categorias meutais que subsistem na nossa compreensão do mundo. Estas alterações devem atingir, por conseqüência, o ritmo de nossas expectativas, de modo que ao pensarmos uma solução como ótima, já outra se nos oferece como provida de maiores possibilidades.

Os intervalos de tempo entre as inovações tecnológicas relevantes (arado, imprensa, máquina a vapor, cibernética) não estão espaçados em ritmo constante. Os fluxos históricos em que se desencadeiam os acontecimentos tecnologicamente decisivos, tendem a se reduzir no tempo e incorrer cada vez com maior freqüência. Se, na linha evolutiva da técnica, vê-se espaços cuja duração alcança longos milêuios, as últimas conquistas estão próximas. Costuma-se, mesmo, dizer que 90% dos cientistas que já existiram estão vivos hoje... Assim, este momento histórico no qual vivemos, submete-nos a uma singularização: a imposição de mudanças em todas as condições de vida, maiores e mais profundas do que em todas as eras anteriores. Especialmente através da Cibernética e do uso do computador, pode-se agora conviver com a idéia de que cálculos realizados a grande velocidade, próxima a da luz, permitem que se teste a validade de teorias antes controvertidas, o que vem possibilitar ao homem o lançar-se simultaneamente em direção ao macrocosmos e ao microcosmos, em aventuras espaciais e nucleares.,

Na visão otimista de LOUIS PAUWELS e JACQUES BERGIER [20], "O homem inventou utensílios que lhe ampliam as faculdades: os computadores eletrônicos lhe permitem lançar-se a tarefas para as quais o seu cérebro não seria suficiente. Devemos ter clareza

de como devem ser entendidas estas "máquinas de pensar". Se o homem é uma máquina maravilhosa e em parte ainda desconhecida, esta máquina nunca será superada a não ser por si mesma. Não acredito que um dia existirão máquinas que possam substituir o homem, usurpando-lhe o lugar. Acredito, sim, que se inventarão máquinas para cada vez ajudar mais ao homem. Em seu desenvolvimento psíquico, o homem não cederá seu poder a monstros de aço. O pensar sintético não tomará o lugar do pensar natural.

Já existem máquiuas que armazenam idéias em enormes quantidades e estabelecem ligações em tempo incrivelmente curto entre as informações armazenadas. Tais máquinas abrem ao espírito humano novas possibilidades.

Pode-se imaginar instrumentos que multipliquem o intelecto humano tal como a alavanca multiplica a força do braço".

Parece-nos que se faz necessário entender e aceitar que a convivência com os produtos de uma sociedade tecnológica é estatuto mesmo do homem que pertence ao seu tempo. Ou seja, a contemporaneidade com nosso momento histórico importa nesta contingência basilar que é a de viver com produções técnicas e com a significação que lhes é imanenté em termos de um "pôr-se- existencial". Neste tempo, à liberdade individual cabe, permanentemente, descobrir seu espaço interior, onde a integridade da consciência pessoal, única, original e irrepetível, se mantém.

O curso inexorável das novas descobertas, trazidas por este tempo, pode ser apaziguado quando, em última instância, o que se perspectiva é um "progresso civilizador". O homem está a produzir constantemente uma nova realidade, porquanto está sempre a se debruçar sobre a natureza, perquirindo pelas suas leis e desocultando suas potencialidades.

Não obstante, parece que K. RAHNER e H. NIEL atingem em profundidade o fenômeno humano quando dizem:

"L'homme d'aujourd"hui sait uniquement qu'il est une question dans une obscurité totale" (Paris, Spes) (24).

2. O Direito

De início importa referir a dificuldade que se encontra em perfilar, o mais corretamente possível, o que se tem entendido por Direito. ANDRÉ TUNC (30) assevera mesmo que esta dificuldade radica, desde logo, no próprio significado da palavra "Direito"

Uma das modalidades de conceituação reside em estabelecer o gênero próprio e a diferença específica, como o fazem os cientistas nas diversas áreas do conhecimento humano. Assim, teríamos já uma aproximação: o Direito seria um conjunto de normas com coercibilidade. Dito de outra forma, a ordem jurídica **(gênero)** é uma ordem sancionadora **(espécie).**

Daqui somos remetidos à seguinte dificuldade que nos apresenta ao espírito: Qual é o objeto da ciência jurídica? Pode-se responder, com alguma segurança, que são as normas jurídicas. Mas que classe de **objeto** é esse? Tem ele natureza ideal, cultural ou social? O impasse em definir este problema levou alguns autores à radicalização de admitir que o Direito seria uma ciência sem objeto.

CARLOS COCCIO, buscando o significado do Direito, ou seja, seu sentido próprio, constata que é a conduta humana. No seu entender, a norma jurídica é o pensamento sobre a conduta humana e então, o objeto do Direito seria não mais a norma jurídica, mas a conduta humana. Interpretando seu posicionamento e procurando salvar a especificidade do Direito, às portas de uma identificação com a Sociologia, melhor seria dizer que a ciência do Direito conhece a conduta humana, **através da norma jurídica.**

Já JOHN AUSTIN, dentro de uma linha eminentemente positivista, busca o Direito "descarnado", não importando seu mérito ou demérito, nem suas possíveis conexões com outras dimensões da realidade. O Direito vai ser tratado como "res", como coisa, dentro do campo predominantemente temático. O que, aliás, foi levado às últimas conseqüências por HANS KELSEN, ao partir da questão primeira, a saber qual a estrutura da norma jurídica. O binômio Direito e Moral, objeto

de especulações por parte de KANT, quando este eminente filósofo vincula Direito e liberdade e, portanto, associar necessariamente Direito e Moral, em KELSEN não obteve solução.

Atitude de despojamento semelhante, frente ao Direito, vamos surpreender nos tratadistas, quando abraçam a tarefa de descrever um Código: tratam de descrever corretamente o fato, a situação, com vistas à norma positiva lançada na sua dimensão de espaço — temporalidade. A noção de justo, grande preocupação do filósofo e teólogo SANTO TOMÁS DE AQUINO, enquanto via a adaptação, a conformidade entre o Direito positivo e o Direito natural é, por exemplo, um conceito não sujeito a especulações quando se trata, hoje, da Informática Jurídica. O comportamento daquele que faz Juscibernética, procurando uma linguagem matemática com fins à codificação dos textos legais, é um comportamento, sob certo ponto de vista, dogmático. O texto a codificar é visto acriticamente, sem que se formule nenhum juízo de valor e se trata apenas de obter os benefícios da utilização de uma linguagem rigorosa, como o fazem as demais ciências, obtendo com isto, de resto, resultados insuspeitos.

As indagações fundamentais sobre o Direito são prévias. Elas pertinem à **justificação** do sistema jurídico e supõem que num certo momento se "recorte" o jurídico do contexto da realidade onde está inserido. São colocações apriori e que, entre as aclarações temáticas, devem enfrentar a questão da **validez** e **eficácia** do Direito. A validez, vista dinamicamente, consiste na adequação da norma jurídica às disposições legais de caráter hierarquicamente superior, noção esta que nos aproxima da idéia de "sistema". A norma válida é vista sistemicamente, dentro de um contexto maior, do qual retira seu caráter de validez. Para chegar a esta constatação há que pensar dedutivamente, segundo o método que nos leva do geral, ao particular. Neste teor de dedução, o problema que se enfrentará é de origem lógica. O que se observa historicamente, é a caminhada do Direito, ao longo dos tempos, através de progressões, trilhando cada vez mais a via do raciocínio, construindo-se, deste modo, num sistema tendencialmente mais lógico.

Em HANS KELSEN, é uma norma meramente suposta que vai dar validez a todo sistema jurídico. Trata-se da norma fundamental, insuscetível de uma formulação precisa, a não ser uma aproximação: O

que os primeiros constituintes disseram, deve ser. Dito de outra forma, se A manda, B obedece; então deve ser que A mande e que B deva obedecer. Temos uma passagem do mundo fático (do ser) para o mundo da imputação (do dever ser). Esta norma básica supõe a **eficácia** do sistema. A eficácia deve ser entendida em duplo aspecto:

a. enquanto a conduta dos cidadãos se adapta ao sistema, ao ordenamento jurídico ;
b. enquanto os juízes aplicam sanções, em caso de inobservância do preceito legal.

Sabe-se daí que uma norma jurídica pode ser **válida** e **não eficaz.** Ela existe, mas não tem aplicação.

J. LEITÃO DE ABREU (1) enfatiza exatamente esta tarefa da ciência jurídica, que consiste em investigar a concordância entre as prescrições legais e o comportamento efetivo dos cidadãos. Trata-se de questão a ser por nós examinada quando se perquire pelo papel do Direito dentro da sociedade, no caso, de uma sociedade tecnológica. É a chamada "Jurisprudência Sociológica" (Ibid., p. 19) que se ocupa com estas relações. Vai se perceber destas análises que a "validade" da ordem jurídica estaria diretamente vinculada à constatação de sua eficácia no mundo dos fatos, enfoque este que é já uma colocação própria e uma decorrência dos métodos peculiares de análise deste setor da ciência jurídica. Dentro desta perspectiva, o jurista é aquele que, mergulhado na experiência social, possui o encargo de procurar as proposições normativas que constituem o direito positivo, vigente, em consonância com os dados fornecidos por esta dimensão do social.

NORBERTO BOBBIO ("Teoria della Scienza Giuridica" apud LEITÃO DE ABREU op. cit., p. 180), chama a atenção para o fato de que se trata de descobrir proposições normativas que são imanentes aos comportamentos sociais. Embora as críticas que se possa levantar a propósito da legitimidade dos métodos da Jurisprudência Sociológica, vale a observação referente às suas colocações.

MIGUEL REALE (25), acenando com sua teoria tridimensional, apresenta a **norma,** o **fato** e o **valor.** Também nele há referência à comunicabilidade que deve haver entre a região "do ser" e a do "dever ser", ou seja, entre a realidade sociológica e o mundo normativo.

Apenas o registro de que na doutrina kelsiana estes conceitos estão separados um do outro por distância abissal.

Se considerarmos válida a afirmação de que o Direito deve se pôr, não como cristalização última da realidade, mas como instrumento formalizador das mudanças ocorrentes no grupo humano das quais emerge, não podemos mais admitir esta defasagem entre o jurídico e o real. Na verdade, há um considerável desajuste das normas jurídicas às situações que a vida vai impondo aos homens da sociedade contemporânea. O Direito vem se caracterizando como pólo "estratificador" do social, quando a uma nova sociedade deveria corresponder um novo Direito. THEODOR VIEHWEG, (31) em brilhante ensaio, faz uma rápida menção ao Direito como Ciência Social. Lembra aí que já HEGEL, em 1821, em sua filosofia do Direito, recomendara a necessidade de o Direito não se limitar a uma atitude jurídico-dogmática, desintegrado das conquistas das demais ciências que desde então estavam já orientadas para o futuro.

A ciência do Direito, no século XIX, se fundava no Direito racional, concepção esta que, na Alemanha especialmente, logrou fazer da ciência jurídica um conhecimento de alto nível de especulações, mas restritivo e orientado pelo e para o passado. "A força de sua dogmática jurídica consistia em não refletir sobre as relações sociais de largo alcance" (ibid. p. 8). Dogmático, dentro desta compreensão é todo modo de pensar que se apega a premissas, a dogmas, ratificando assim o fundamento de posições pré-estabelecidas. "Cetética" (do grego "zetesis") é a expressão trazida por VIEHWEG para designar a atitude ou o modo de pensar que se apresenta sempre disposto a corrigir seus postulados para crescer em indagações e descobertas. É de encontro a este sentido, que se fala em Metadogmática e Metajurisprudência. "A cetética deve apresentar-se sempre como corretivo da Dogmática" (ibid. p. 13).

O que se tem ainda hoje é a constatação de que os textos legais envelhecem; o Código Civil argentino tem 100 (cem) anos e o brasileiro já conta mais de meio século. Suas disposições resultam anacrônicas para compreender e alcançar as novas situações jurídicas.

As reformas legislativas não se produzem com a rapidez necessária, de modo a trazer as soluções adequadas e oportunas que as novas

realidades estão a exigir. Nos países de origem anglo-saxônica (Commom Law) a lei é, de certa forma, parte subsidiária no processo de aceleração do Direito. A jurisprudência é que carrega consigo a força e o impulso da reforma.

Mas nos países de tradição continental e romanista, a lei tem função basilar, como fonte primeira que é no processo evolutivo, enquanto a jurisprudência tem um papel auxiliar, "para adequar os textos legais anacrônicos às situações que exigem um sentido jurídico diferente do previsto pela norma". JOSÉ M. VILANOVA, (32).

A afirmação de que "quando as relações interhumanas estão se transformando diariamente, as relações jurídicas não podem expressar-se de forma duradoura" (27). SICHES, L., parece ser irrefutável. Indo ao encontro deste entendimento, encontramos disposição no Código Civil brasileiro, que vem em proteção à concubina (Artigo 178, § 7.º, n.º VI). A figura da concubina, dentro de todos os condicionamentos sócio-culturais, recebeu diferente tratamento pelo texto legal para que se atendesse inúmeras situações existentes e que estavam na expectativa de uma proteção, de um resguardo jurídico.

No entanto, assim como é possível retirar esta disposição legal, inserida dentro de uma realidade social, pode-se também lembrar outras tantas situações em que tal não ocorre. Veja-se, por exemplo, as dificuldades para o uso do teleprocessamento. O problema maior reside em que a legislação que dispõe sobre as linhas de comunicação via telex (Decreto-Lei 236, de 28.02.1967, que complementa e modifica a Lei 4117, de 27.08.1962) não sofreu adequação ao aparecimento deste novo fenômeno, desta nova possibilidade oferecida pela tecnologia. De modo que, uma comunicação para fins de obter informação, via teleprocessamento, é interpretada como se ligação telefônica fosse (em caráter particular, entre dois usuários), o que resulta em encarecimento considerável no seu uso. Sabe-se que atualmente, por informação da PROCERGS (Companhia de Processamento Eletrônico de Dados do Rio Grande do Sul), uma hora diária de teleprocessamento significa um custo mensal na ordem de Cr$ 15.000,00 (quinze mil cruzeiros).

Este fato traz a concretização bastante ilustrativa da defasagem entre as conquistas que o conhecimento técnico-científico vem tra-

zendo e a legislação de que se dispõe. Esta inadaptação pode gerar dificuldades de todos os níveis, como se há de ver, entre elas, estas de índole operacional, impedindo a utilização fácil, habitual, costumeira, de instrumentação técnica já existente e disponível.

Como contornar esta questão? Por onde começar o esboço de uma tentativa de solução? A reflexão nos encamiuha para a Filosofia do Direito e os possíveis valores que emanam de suas especulações. No dizer de VILANOVA, José M. (op. cit., p.59), "no hay subordinacion, sino fecundacion recíproca entre la Ciencia del Derecho y la Filosofia Jurídica".

A Filosofia do Direito trouxe contribuições relevantes para o Direito positivo contemporâneo. Ao longo do século XX, o pensamento jurídico foi aclarando temas concernentes à teoria do conhecimento jurídico, à realidade própria do Direito e seu dever-ser. Questões de axiologia jurídica foram delineadas, especialmente por jusfilósofos de origem espanhola.

Não se pode negar que as reflexões ai realizadas tiveram alguma ressonância na praxis jurídica, trazendo "mais rigor, mais precisão e segurança ao trabalho de juízes e magistrados" (Luiz Recasens SICHES, op. cit. p. 20). Conferiu-se ao trabalho dos mesmos, critérios mais eficazes de atuação. No entanto, sendo contribuições acadêmicas, elas não serviram como fonte de inspiração para aperfeiçoar o Direito positivo de nosso tempo. Se se fizer um paralelo com outros momentos históricos, vai-se surpreender períodos em que a reflexão filosófico-jurídica exerceu influência muito decisiva, no sentido de revogação de legislação superada, de criação de novas instituições e de perfilar a prospecção de um novo Direito.

O aparecimento de novos ramos do Direito, abrangendo áreas de relações interhumanas de grande significação (Direito do Trabalho, Direito Agrário, etc.), trouxe, por via de conseqüência, a proteção jurídica e a organização destes grupos sob novas modalidades, então "agasalhados" pela lei.

O que a Filosofia do Direito vem afirmando é que, dentro de uma consideração bastante ampla, esta ciência pode ser entendida como um meio especial, um instrumento através do qual se faz possível a

realização de determinados valores e fins sociais e cujo cumprimento se considera imprescindível dentro de certo contexto social. Propõe-se o Direito a tutelar aquelas hierarquias axiológicas que, dentro do binômio espaço — temporalidade, se estimam como fundamentais.

Torna-se evidente que, dado o caráter relativo da Ciência Jurídica — como, de resto, de qualquer "fatia" do conhecimento humano — esta tarefa acima referida não se efetiva com eficácia absoluta. Não teria, pois, sentido que, em relação ao mundo jurídico, detivéssemos expectativas de certeza e segurança globais e definitivas. O próprio caráter de finitude e de limitação, que perpassa todo o fazer humano, contamina necessariamente o fazer jurídico.

Não obstante estas constatações, que são primeiras e que acompanham o ser próprio do que é, faz-se mister reiterar ponderações sobre a evidência de uma situação cada vez mais crítica, em que se encontra o Direito, como regulador que é de uma sociedade nunca estática, mas eminentemente diuâmica, em constante vir-a-ser. O que se percebe é uma desarmonia entre o fato e a lei. Esta desarmonia se caracteriza por um descompasso, um não fluir paralelo entre dois termos, de tal modo que a situação fática, a realidade empírica, os fatos ocorrentes não são, de todo, abraugidos ou atingidos por tutela jurídica. Basta que se traga à memória nosso Código Comercial.

A vida, nas suas diferentes manifestações fenomênicas, fica a descoberto, ao desabrigo de disposições legais reguladoras. Decorre, desta distâucia entre o existencial e o ordenamento jurídico, a marginalização de situações, ou mesmo, uma briga, um conflito entre elas e a norma. Assim, entre as dimensões do "ser" e do "dever ser", se estabelece uma quase antinomia, pois o fato vem se insurgir "contra" a lei

Na realidade, em todos os ordenamentos se apresentam situações que nem remotameute foram previstas pelo legislador. Seria fruto de ficção pretender que o Direito em vigor, num certo momento histórico, coutivesse regras aptas a resolver todos os conflitos ocorrentes e por ocorrer. Toda ordem jurídico-positiva supõe contradições, antinomias, incorreções e iniqüidades. SICHES, L. R. (op. cit. p. 17), diz que

se trata mesmo de uma atitude mitológica aquela que se configura com base no postulado de que "no conjunto das normas formuladas, há sempre uma solução prevista, expressa ou tácita, para qualquer das controvérsias que possam se apresentar".

Estes impasses nos conduzem a novas aportações. São cada vez mais patentes os benefícios de que foram eivadas as ciências naturais com a absorção do pensamento matemático, facultando-lhes meios mais precisos de acercamento da realidade e de controle da mesma. No Direito, enfrentamos precipuamente a dificuldade de estabelecer relações constantes e rigorosas entre as disposições normativas — que, como precisaremos esclarecer, são proposições com estrutura lógico-formal definida — e a realidade a que se referem. Já referimos as flutuações dos comportamentos sociais que inevitavelmente ocorrem dentro deste contexto maior que é regulado pela norma. Como vencer esta "aporia"? Como superar esta aparente intransponível defasagem?

Em "Validade da Ordem Jurídica", (op. cit.), J. LEITÃO DE ABREU propõe que o tratamento estrito do preceito jurídico, como eivado de consistência lógico-formal, seria um modo de contornar o problema. Trata-se de averiguar de como o pensamento lógico matemático pode ser aproximado do pensamento jurídico. Isto se torna possível desde que partamos da aceitação inequívoca de que no Direito lidamos, preferencialmente, com elementos conceituais, onde se dá a possibilidade de dedução de leis lógicas.

A Lógica é a ciência ou o ramo do conhecimento que se ocupa em demonstrar rigorosamente as regras formais através das quais pensamos. Ao utilizar-se da linguagem usual, o lógico ressente-se da falta de precisão da mesma. Daí porque A.de MORGAN (1806-1871) e G. BOOLE (1815-1864) empenharam-se em construir toda uma linguagem simbólica, que teve por fim expressar o pensamento lógico de forma rigorosamente precisa e inequívoca. Manipulam-se estes "símbolos" sem cogitar de seu conteúdo, sendo que hoje, a reprodução concreta destes processos mentais pode ser executada por máquinas em estupenda velocidade e elevado grau de segurança. As faltas ocorrentes no encaminha-

mento destes passos lógicos, no homem, se dão em virtude de fatores subjetivos (emoção, cansaço, doença) e na máquina isto ocorrerá em função de eventuais falhas mecânicas ou elétricas.

De qualquer modo, a imperiosidade que um discurso científico se nos propõe, para se caracterizar efetivamente como tal, parte da necessidade de uma transformação da linguagem. De equívoca para unívoca. Nosso problema radica desde logo em verificar se há possibilidade de encontrar, dentro da norma jurídica, uma linguagem exata, rigorosa, matemática. Ora, a linguagem de que se vale o Direito traz caracteres de **variedade** (um mesmo termo para dois sentidos diferentes) e **ambigüidade** (como detectar a que objeto se refere o termo?).

O que se há de verificar é a diferenciação entre as proposições dos cientistas (que se utilizam de uma linguagem matemática e com ela se movimentam facilmente) e as proposições do Direito positivo. Qual a função lingüística das proposições daqueles primeiros? Elas podem ser verdadeiras (V) ou falsas (F) e seu sentido é informativo. Já estas últimas têm função **imperativa**, de comando. A ordem emanada do preceito legal, em si mesma, não é suscetível de veracidade ou falsidade.

Há de ser bem compreendido que a lógica jurídica formal é o estudo das formas de pensamento jurídico, reguladas por princípios e leis e que tem sua especificidade própria, especial ao âmbito jurídico. O Direito, quando tratado desde uma perspectiva lógica, supõe **coerência** e **dedutibilidade**.

A propósito do primeiro elemento, poder-se-ia desde logo perquirir se um sistema não pode comportar normas contraditórias. Em verdade, sabe-se que dentro dos ordenamentos há disposições que se chocam, sendo que os próprios ordenamentos dispõem de recursos legislativos para superar estas antinomias e remediar estas contradições. Este fato, portanto, não fere em definitivo o caráter de coerência que o sistema jurídico supõe.

A **dedutibilidade** diz respeito à inferência de normas inferiores a partir de normas superiores, o que está diretamente vinculado à questão da validade do sistema.

HERBERT FIEDLER (6) estabelece que o manejo das normas pelos juristas se realiza sobre cálculos e, neste sentido, é passível de um enfoque lógico. Mas estes cálculos são totalmente diferentes dos utilizados pelos matemáticos. A lógica jurídica especial se caracteriza pelo uso de raciocínio por analogia. Isto se torna patente na medida em que se constata que na norma jurídica, além da parte "matematizável" formalmente, há uma parte de cunho pragmático. Em função deste seu último caráter, há que se chegar ao resultado, à solução adequada. Neste sentido, para FIEDLER, toda interpretação tem caráter pragmático. Isto significa que apesar da existência de um aspecto "matemático" ou "formal", a tarefa do jurista não é eminentemente formal.

Estamos dizendo que a tarefa do juiz, ao dar a sentença, não é de mera aplicação do Direito. Há um dado criativo nesta atividade, que não pode ser ignorado. Assinale-se que FRANCESCO CARNELUTTI viu com profundidade o papel do juiz, destacando-o como peça indispensável e basilar no contexto geral de um ordenamento jurídico.

A função criativa do juiz aparece, por exemplo, quando enfrenta um problema de ordem **semântica,** de linguagem. Porque o problema se coloca ao nível da linguagem? Fundamentalmente porque o Direito supõe vida de relação e "quem fala relação, fala linguagem, uma vez que uma relação só pode ser explicitada sob alguma forma sígnica". DÉCIO PIGNATARI (23). Como manipulador da lei que é, cabe-lhe esclarecer o significado de expressões ambíguas existentes nos textos legais e, neste sentido, seu fazer transcende o de mero técnico, de mero aplicador da lei. Sua tarefa depende do sentido de **autoridade** presente no seu contexto, do **senso comum** vigente, da **usualidade** da **liguagem corrente** e da necessidade de **decidir.** Especialmente este fator da decibilidade, da imperiosidade de dar uma decisão, impede que a atividade do jurista se apegue às formulações lingüísticas, de modo estrito. FIEDLER (op. cit. p. 14), a propósito refere o artigo 4 do Código Civil Francês que prescreve: "Le juge qui refusera de juger, sous pretexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra poursuivi comme coupable de deni de justice". Ele se vê na iminência de fazer uso de argumentações práticas, pois, afinal, importa a "funcionalidade" do resultado. E é precisamente nesta direção que o juiz há de buscar um "sentido razoável", na expressão de FIEDLER.

Do que foi dito pode se concluir que o jurista tem por preocupação não apenas "peusar formalmente", em obediência estrita aos cânoues da lógica. Ele não pode considerar somente o sentido filológico do texto legal, mas a razoabilidade da formulação normativa. Pode ocorrer mesmo que ele venha a se afastar do sentido literal, por razões de tradição, por exemplo. Quando a lei faz uso de uma mesma expressão, a diversificação de significados resulta de fim tático, pode-se dizer Porque cabe ao jurista descobrir também os fins não formulados explicitamente na lei. Daí se pode dizer que, de modo geral, à ciência jurídica interessa o **sentido** e não **as palavras.** Wiener intuíra que "decidir é criar" (apud. DÉCIO PIGNATARI, op. cit., p. 61). E é dentro desta compreeusão que se admitirá que as normas jurídicas não são proposições lógicas completas, auto-suficientes e plenas de racionalidade. Destaque-se que especialmente frente à necessidade de decidir, é que ressaltam as diferenciações entre a sistemática jurídica e os sistemas formais.

Uma outra modalidade de enfocar a presença da lógica dentro do Direito vai nos remontar mais uma vez ainda ao problema semântico, ou mais precisamente, à diferenciação enunciada por FERDINAN DE LAUSSURE, entre **língua** e **linguagem falada.** Há uma dialética que se estabelece permanentemente entre a língua e a linguagem falada, em constante atualização. Também em MERLEAU-PONTY encontram-se referências à vinculação da linguagem com a História, na qual às significações são dadas. Tudo isto importa sobremodo à atividade do juiz.

Se as significações fossem totalmente objetivas, a função jurisdicional se limitaria a alcançar a norma adequada ao caso concreto e aplicá-la. No entanto, não há tal transparência. O que está dito na norma, não tem significação estrita, mas é um marco de possibilidades. Assim, se fôssemos fazer uma análise do ato de julgar, surpreenderíamos três tipos de atividades distintas, a saber: cognitiva, valorativa e volitiva.

CARLOS COCCIO, quando esclarece a atitude própria do juiz, refere que, ao aplicar a lei, está ele realizando ato de valor. Frente à abertura da linguagem, deve decidir em torno a uma concepção valorativa que terá teor, inclusive ideológico. Como disse belamente JEAN-PAUL SARTRE (26), "As frases resistiam-me à maneira das coisas;

cumpria observá-las, rodeá-las, fingir que me afastava e retornar subitamente a elas de modo a surpreendê-las desprevenidas; na maioria das vezes, guardavam o seu segredo". A textura em aberto da linguagem e a proposição do caso correto, que está a exigir uma solução, conduzem à necessidade de decidir e de decidir segundo critérios que não estão, de todo, no enunciado da lei.

Pode-se até perguntar porque razão no Código de Napoleão o juiz ficava adstrito à função de aplicador da lei. Este posicionamento está diretamente vinculado à lei como estatuto de garantia da ordem vigente. O que se observa em todo sistema humanista continental é o reforço do papel da lei. O Estado moderno liberal, para sustentar seu Direito, sublinhou esta linha de ação que supunha a chamada "Teoria das lacunas" com fins a preencher aqueles "vazios" da lei, de modo que o juiz também neste caso não teria liberdade para fazer os preenchimentos. Esta teoria foi, inclusive, objeto de críticas por parte de HANS KELSEN, mostrando que o que não está proibido em lei, está permitido.

Ainda a propósito das peculiaridades da linguagem jurídica, há uma interessante proposição de KARL OLIVECRONA em "Lenguage Juridica y Realidad", sugerindo que a linguagem jurídica, em sua origem, é "linguagem de magia". Ela teria conservado até hoje esta sua forma. Com isto não quer ele dizer que esta linguagem carece de sentido, pois sua utilidade é óbvia. O sentido da palavra "màgia" diz respeito à força e ao valor da linguagem, a ponto de poder se falar em "expressões **realizativas**"... (performatives uterrances), termo criado por JOHN AUSTIN, referido por OLIVECRONA (op. cit., p. 38, cap. VI). Isto tem a ver com o papel daquele que emite uma afirmação e seu valor no mundo jurídico. Se houver inadequação ou carência de faculdade para tal, diz-se que "o ato é nulo". Para OLIVECRONA, esta expressão deriva da origem mágica dos atos, sujeitos a um dizer próprio. Sabe-se que entre os romanos, a menor irregularidade anulava o ato; dito de outra forma, a magia não produzia seus efeitos.

Com estas ponderações que vimos fazendo até aqui, vamos chegando à constatação de que a linguagem jurídica é um meio: é um instrumento de controle social e de comunicação social. Daí dizer-se

que é uma **linguagem diretiva.** Pode-se inferir que o propósito mesmo das disposições jurídicas é influir na conduta dos homens e regulamentá-la.

Temos pois, de enfrentar, no Direito, duplo impasse:

— por um lado, há o uso inalienável da linguagem ordinária, usual, com toda a ambigüidade que lhe é própria;

— de outro lado, temos uma estrutura com "logos", um discurso onde há racionalidade.

Hoje, o que se quer é obter o tratamento rigoroso da linguagem comum, rumo à lógica simbólica, sendo que tal empreendimento é condição para uma formalização jurídica, de modo que se possa utilizar por exemplo, o computador no Direito. É sabido que através da lógica é que se pode chegar à formalização do Direito.

"Jurimetria" é o nome que se tem hoje para designar a aplicação da lógica moderna ao Direito, assim como também o uso do computador para resolver problemas jurídicos. MÁRIO LOSANO (14) apresenta os três objetivos da jurimetria, a saber:

a. aplicar modelos lógicos a normas jurídicas;

b. aplicar computador à atividade jurídica;

c. prever sentença do juiz, considerando as decisões precedentes. Seria o caso de, frente a um caso concreto, prever-se o comportamento judicial. No entanto, esta previsão nem sempre se confirma, face a todos os condicionamentos humanos, e ambientais presentes no ato de decidir. De tal modo que a aplicação automática de decisões precedentes a casos sucessivos, fica limitada, senão impedida. Na vida real, não se dão dois casos idênticos. E como registra LOSANO (ibid.), o emprego da Jurimetria para tal fim foi abandonado. Restaram os dois primeiros objetivos.

Há que se considerar que havendo, na Europa continental, a prevalência do sistema de Direito codificado (Civil Law), houve dificuldade na aceitação da tentativa de memorizar sentenças de modo a se obter precedentes judiciários. Na prática, estas sentenças não eram o elemento mais importante para impelir o juiz numa direção ou noutra. Daí porque mais êxito tiveram os estudos teóricos de estatística judiciária, lógica formal aplicada ao Direito e pura computação.

Temos então alguns dados sobre as relações possíveis entre lógica e Direito, assim como hoje elas vêm se estabelecendo. Convém fazer um retorno histórico para que se compreenda melhor aeerca das origens onde radiea a possibilidade destas conexões. Muito suscintamente, o que se tem é a notícia de que na linguagem comum verificam-se os raciocínios aí formulados. O silogismo (estrutura lógica com premissa maior, premissa menor e conclusão, nas suas raízes aristotélieas e traduzida depois em termos dialéticos hegelianos para: tese, antítese e síntese) foi o primeiro instrumento para a análise formal do discurso. Seu estudo foi parte essencial da lógiea. Surgiu daí a **lógica formal,** com a preocupação de verificar a correção dos raciocínios. O uso dos símbolos para vencer todas as dificuldades já apontadas, próprias da linguagem corrente, desenvolveu-se e surgiu a necessidade de formalizar toda esta nova linguagem. Tal construção teve de levar em conta o aparecimento destes isomorfismos ou seja. a existêneia de dois fenômenos que são de análoga consistência e que podem se cristalizar em formas não idênticas, mas assemelháveis.

A **lógica clássica** teve seu início em Aristóteles e se prolongou com vigor até o século XIX. A **lógica simbólica** é de origem mais recente, conforme já se viu, comportando toda uma linguagem própria, rigorosa, que se desenvolveu a partir da **lógica formal,** não sendo porém, identificável com ela. A relação entre ambas se estabelece entre **gênero** (lógica formal) e **espécie** (simbólica).

MÁRIO LOSANO (ibid.), mostra que a lógica própria do Direito é a **lógica deôntica** (de deonai = dever ser). Trata-se da aplicação da lógica simbólica a proposições que possam receber o caráter de "válidas" ou "não válidas".

A crítica principal, referida por MÁRIO LOSANO (ibid.. p. 40) à lógica formal residiria no fato de que ela examina o fenômeno de um ponto de vista estático, enquanto a vida é dinâmica. Sua preocupação reside em descrever os fenômenos, enquanto que a lógica de tipo **dialético** ocupa-se com a evolucão real dos fenômenos, no seu ser próprio, em mutação. Daí LOSANO dizer que a lógica dialética é, na realidade, uma ontologia.

Em termos do rigor lógico e da dificuldade de conciliar tal caráter com o Direito, é interessante que se mencione que na década compreendida entre os anos 1920 a 1930 deu-se a superação do tipo de lógica que apenas se movimenta em torno a dois valores: verdadeiro ou falso. Tal superação significou a renúncia a determinadas "leis" lógicas tidas até então por eternas, imutáveis e indispensáveis. Foram os poloneses os responsávcis pela criação da lógica de três valores, compreendendo: verdadeiro, falso e possivel. Esta nova modalidade revelou-se muito mais adequada para explicar fenômenos descobertos recentemente e abraçar um teor realmente científico dentro daquela dimensão de Ciência já referida por nós. Foram mesmo enunciadas regras para construir sistemas lógicos com "n" valores de verdade...

Fazendo já uma ponte entre o que acima foi dito e o que se verá logo adiante, vale sublinhar a propósito do aparecimento destas novas modalidades de lógica que — embora elas não possam ser usadas para fins de computação, pois esta só opera com valores binários, em termos duais — estas novas tendências dizem bem da inadequação em submeter determinados fenômenos a um critério rígido de compreensão. Há uma aleatoriedade que perpassa o fazer humano, neste sentido, e que nada mais é do que o reflexo das variações próprias dos fenômenos que este fazer pretende regular. O próprio progresso das ciências tem este caráter casual. Na análise de WIRT PETERS (apud. IGOR TENÓRIO, (29), Cap. I) basicamente se teria a destacar duas fases nas grandes mudanças até hoje verificadas:

— a substituição da força muscular pela máquina a vapor e

— a substituição do cérebro pelo controle eletrônico e pelos equipamentos de comunicação.

De qualquer forma, é sempre oportuno lembrar, com MC LUHAN, que todo progresso humano é o resultado de ficarmos de pé nos ombros de nossos predecessores. (citado por IVAN PEDRO DE MARTINS, no Prefácio de O Meio são os Massagens, (17). E com estas breves notas, estamos já em condições de pôr os olhos no tema seguinte e central destes apontamentos.

3. Direito, seu papel em uma sociedade tecnológica

3.1 Generalidades

Não seria ousado demais afirmar que nosso tempo é de rompèr barreiras, de suprimir velhas categorias e de fazer sondagens em todas as direções.

O que ocorre amiúde é que dispomos de formas antigas para enfrentar conteúdos novos e, então, a dificuldade permanece, as soluções se revelam inadequadas, e a enfermidade tende a crescer.

Muitos são os estudos atuais, de cunho eminentemente crítico, que procuram atentar para esta bipolaridade, constituída de um lado pelas características de uma nova sociedade e, por outro lado, pela fixação em dogmas e soluções que não dão mais conta desta realidade.

GEORGES RIPERT (apud. IGOR TENÓRIO, em "Direito e Cibernética", op. cit.) enfatiza que a uma nova sociedade deve corresponder um novo Direito. Mas, emerge um novo sistema jurídico, quando as instituições estão prontas. E talvez seja precisamente aqui que resida a pedra angular da questão: o Direito como sub-sistema, dentro de um sistema maior, supõe que toda uma conjuntura se altere e, emergindo deste estado de coisas, sua evolução se faça sincronicamente. Por outro lado, é inegável que já esteja em andamento toda uma nova modelagem sócio-política, na sociedade em que vivemos, e o legislador, jurista e advogado não podem ficar marginalizados deste processo, assistindo-o passivamente, sem para ele contribuir. Trata-se de um chamamento, dos homens que lidam com o Direito, às mudanças, tarefa esta que é análoga ao ajustamento. WOLGANG, FRIEDMAN, "Law in a Changing Society" (apud. IGOR TENÓRIO, op. cit.) faz toda uma consideração a respeito da tragicidade de um Direito pétrico..

As novas colocações, algumas das quais pretendemos referir aqui, estão a exigir uma mudança comportamental nos indivíduos, que vai alingí-los na sua ótica individual e de grupo. Alear-se de um processo que já está em curso é, de todo, uma impossibilidade, sob pena de não mais se deter o controle do encaminhamento, dos rumos que tal processo tomará.

Lembremos novamente com MC LUHAN (apud. IVAN PEDRO DE MARTINS, Prefácio de O Meio são as Massagens, op. cit. p. 15): "Qualquer tecnologia gradualmente cria um ambiente humano totalmente novo. E ambiente não é nm envoltório passivo, senão um processo ativo".

Com estas premissas. estamos agora em coudições de colocar alguns dados mais concretos pertinentes ao que já existe e ao que já se vem pensando prospectivamente em termos de Direito e Tecnologia.

Vamos necessariamente ter de nos referir à Cibernética e às implicações que ela trouxe para o âmbito jurídico. Partindo da verificação de que o conhecimento do real obriga a um trabalho conjugado, já se está dando costas ao estabelecimento de fronteiras entre as diferentes ciências e possibilitando a abertura do Direito em novas direções. Basicamente, a utilização da Cibernética no campo legal significa, em última instância, redução nos custos e aceleração no tempo. Mas em que momento isto se torna possível? Sabe-se que a normatividade adquire tecnicidade e computabilidade quando se dispõe os elementos de tal modo que uns sejam condição de outros. Ouando se interligam eventos dentro de uma modalidade objetivamente legal: a tal antecedente, segue-se tal conseqüente.

Conhece-se o "congestionamento" dos processos nos Tribunais: há um lempo médio de três a quatro anos para a tramitação rumo à sentença definitiva, passada em julgado.

Atualmente a Cibernética é tida como indispensável para que se estabeleça um programa científico que vise corrigir estes problemas que no Direito têm dimensões espantosas. A máquina Ciberuética é a que procura reproduzir alguma função humana. E a mais complexa é a que reproduz o cérebro humano, ou seja, o **computador.**

É real e concreta a efetiva contribuição que o computador hoje representa para o aperfeiçoamento do processo legislativo e para a informação jurídica em geral. A massa de dados, depois de computada, memorizada pela máquina (em cartão ou fita magnética) pode ser solicitada pelo usuário e está sempre à disposição do consulente. Há autores que prevêem mesmo a pesquisa jurisprudencial sem nenhuma intervenção humana, a não ser a solicitação direta, via telex, à central de computação. Acena-se também com a viabilidade de utilização do computador como instrumento auxiliar nas tarefas de codificação do direito legislado.

O Centro Judicial de Processamento de Dados (Judicial Datacenter, para os americanos) traz a possibilidade de se obter rapidez nos registros judiciais e facilitar o acesso à consulta: compila-se o processo, maneja-se a informação, prefixa-se a atividade judicial, através, por exemplo, de calendário de audiências e sessões do júri. O computador apresenta-se capaz de atender à grande dificuldade que diz respeito à **informação,** isto é, ao acompanhamento do processo.

Ainda, apenas, a título de enunciado, esta nova possibilidade conduz à automatização de certas rotinas forenses e à realização de certas providências que equivalem ao saneamento do processo. Obtém-se uma determinada padronização nos processos, segundo critérios os mais objetivos possíveis. A centralização das informações (na memória de um computador, como se dispõe no PRODASEN, Processamento de Dados do Senado Federal) elimina a repetitividade do trabalho, evitando-se os erros operacionais. A implantação do Centro Judicial de Processamento de Dados possibilita um sistema mais orgânico de normas, pelo interrelacionamento de conceitos e busca de linguagem uniforme, favorecendo a instauração de critérios científicos para as tarefas de interpretação legal. No centro de processamento se encontram as unidades entrada, a unidade central e a saída. Mas os dados podem ser obtidos à distância, através de terminais. Pode haver uma rede de terminais ligados a um mesmo computador, permitindo pluralidade de usuários. Na unidade central se dá a coleta de dados, a codificação e a memorização. Na unidade de saída estão os usuários que podem dirigir perguntas à Central. Ressalta com grande significação o aspecto de estandardização da informação recebida pelo usuário, pois é a mesma central que a difunde.

LOSANO (op. cit., p. 26-29) propõe a expressão "Juscibernética" para significar quatro maneiras de relacionamento entre Direito e Cibernética:

1. Direito com subsistema dentro do sistema maior de caráter social. A sociedade vista como conjunto de sistemas que interagem.

2. Visão do Direito (na Europa Ocidental) como sistema autônomo, auto-regulador e autoorganizador.

3. Aplicação da lógica, e outras formalizações, ao Direito, com fins à utilização do computador.

4. Uso do computador e o aprendizado de técnicas necessárias para seu uso no setor jurídico.

Explicita o mesmo autor (ibid.) que as duas primeiras abordagens servem à construção de modelos formalizados e as duas últimas são temas próprios da Informática Jurídica, cuja pesquisa pressupõe como finalidade a utilização do computador. É preciso que se alerte que, na Informática, não se trata de um processo jurídico, em sentido estrito, mas de um processo "intelectual, de "esquemas mentais" e de novas categorias de pensar.

A Informática objetiva fazer circular informações de uma pessoa para outra e, igualmente, transpor uma pessoa, de uma informação para outra. A técnica de pesquisa para tal é idêntica em qualquer ramo do conhecimento. O que se altera é a natureza dos documentos introduzidos na memória do computador.

Nesta tarefa de "documentação" no sentido da Informática, e que para o Direito diz respeito aos textos legais (decretos, regulamentos, atos administrativos), há que enfrentar alguns problemas muito particulares. Para que um texto seja memorizado, ele deveria ser resumido e uma lei não pode sê-lo, sob pena de se desvirtuar seu sentido, sua literalidade.

"A lei é um documento no qual cada palavra, e até cada vírgula, tem o seu peso. Uma lei deveria constituir o fruto de reflexão demorada e, conseqüentemente, toda a atividade do jurista baseia-se na sua interpretação". LOSANO, MÁRIO (ibid. p. 118).

É em virtude desta característica de abstração e generalidade do texto legal que se pensa em memorizá-lo sob forma de "full text", de texto integral.

Para a "recuperação do documento", no sentido informático, ou seja, para o retorno e beneficiamento do usuário dos dados colocados no computador, há o recurso do "thesaurus positivo". Trata-se de uma "coletânea" de todos os termos que foram escolhidos e introduzidos no computador através de palavras-chave. É uma listagem de palavras que pressupõe um sistema hierarquizado, direcionado a sub-conjuntos. O grau de dificuldade em estruturar estas hierarquias vai depender da racionalidade do programador.

Outra dificuldade que a Informática Jurídica enfrenta, diz respeito à memorização das **sentenças judiciais**. O problema apresenta dupla face:

a. o fato de as sentenças serem extensas demais ;

b. o fato de que nem sempre a sentença é elemento doutrinário básico. E, além do jurista precisar conhecer as leis e sentenças, necessita igualmente ter conhecimento da **doutrina.**

Como contornar esta questão que pertine à grande quantidade de material a colocar na entrada do computador, ocupando largos espaços na sua memória e supondo, por via de conseqüência, grande quantidade de material na saída do computador?

A técnica da Informática Jurídica propõe que se catalogue séries de formas verbais, de palavras chaves. Já vimos que, quanto à lei, esta modalidade esbarra com insuperáveis dificuldades. Além disto, no resumo dos textos, há sempre o risco de introduzir eritérios subjetivos, o mesmo ocorrendo quanto à escolha de palavras-chave. Cabe ainda questionar se, exemplificativamente, ao longo de 10 (dez) anos terão as palavras-chave escolhidas, a mesma significação hoje atribuída? Pode ocorrer a impossibilidade de se recuperar um documento pela omissão de uma palavra-chave.

Dentro do âmbito da Informática Jurídica ressalta outra questão de extrema importância. A generalidade e a amplitude das formulações legais são incompatíveis com o entendimento de lei como "documento" informaticamente considerado. É preciso estabelecer, expressamente, os casos abrangidos pela disposição legal; formulações vagas, com considerações amplas, vão ser transmitidas e transferidas ao computador, de forma precisa e não sujeita a oscilações.

O que se infere daí é que a lei deve ser reformulada, com vistas ao uso do computador, fazendo-se uso de mais rigor na linguagem dos textos e determinando com exatidão os conceitos nele abrangidos. Em resumo, trata-se de diminuir o âmbito da discricionariedade e aumentar a certeza do Direito.

LOSANO, MÁRIO (ibid. p. 148) alerta para o fato de que o jurista enfrenta duplo problema:

a. aguarda a criação de um direito compatível com o processamento eletrônico, pois a lei tal qual a temos hoje, não está apta a ser desde logo posta no computador;

b. supõe-se a criação de normas destinadas a regulamentar o uso da Informática na Legislação Pública e Judiciária.

Ao lado destas duas ponderações, mais outras se apresentam ao espírito, a saber: — há um inquestionável avanço das soluções técnicas frente às questões jurídicas. Aquelas estão incomensuravelmente na frente destas. E esta distância há que ser vencida, de modo urgente, para que se evite um desenvolvimento técnico incontrolável e tragicamente funesto.

De um modo muito amplo, acredita-se hoje que a maneira de acompanhar é estar à frente. Foi GOETHE que sabiamente declarou: Compreender é ser capaz de fazer. Em se tratando do nosso tema, estar à frente será no mínimo buscar informar-se sobre estes novos processos. E conhecer será, talvez, não necessariamente fazer, mas aceitar, contribuir e saber usar.

O jurista informático, especificamente, não pode dominar o uso da máquina. Operador, programador e analista são os especialistas que disto se ocupam. Aquele lida com a exterioridade: é um usuário. Basta-lhe conhecer e saber lidar com as terminais, através das quais entra em contato com o computador e lhe dá ou solicita dados.

LOSANO faz uso de uma expressão nova, criação sua, "modelo siderúrgico da informática", para designar a situação na qual eventualmente haveria o risco de se cair: a instalação de um computador, descoordenado das atividades paralelas e que lhe dizem respeito. A implantação desta tecnologia supõe uma remodelagem extensiva a diversos âmbitos, legislativos e administrativos.

A título de exemplos: a lei que regula a formulação de leis (meta-lei) deve permitir o processo de automação. Esta meta-lei é aquela que tem por fim a regulação de outras leis e também ela deve estar subordinada ao todo do contexto histórico-social que a gerou. Este aspecto de sua colocação no tempo alerta-nos e exige consciência da relatividade ínsita também à meta-lei. Daí se dizer que a tecnologia da computação está a provocar mudanças na própria natureza da lei. Ainda a título de exemplo: sabe-se que o Código Penal sueco sofreu alterações em razão das novas disposições legislativas que vieram regulamentar o uso de computadores.

Nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Itália e países escandinavos, a Informática Jurídica já recebeu medidas legislativas.

STIG STRÖMHLOM, (28) assinala que a tarefa consiste em arregimentar comissões legislativas que buscam muito especialmente a proteção da personalidade individual. A intimidade dos cidadãos poderia ficar exposta pela utilização de dados de natureza particular que

fazem parte dos registros. Há uma grande preocupação em assegurar proteção às liberdades constitucionais dos indivíduos, contra as possíveis manipulações de uma massa de dados que pode ser registrada pelo computador. É interessante a concordância dos autores atuais neste sentido. LOTHAR PHILIPPS[22], mostra que **informação** e **liberdade** são dois conceitos autagônicos entre si. A informação traz restrições à esfera das liberdades individuais, porquanto permite circular **eerteza**, através de dados inegáveis.

STRÖMHLOM (op. cit.) refere-se reiteradamente ao problema da divulgação de informações do "registrado", que é todo aquele a propósito do qual há uma série de dados, documentos no registro. Este risco de ingerência na vida privada dos cidadãos fez a legislação destes países prever medidas de controle na circulação de informações. Há ainda uma série de medidas de segurança na manutenção de dados pertinentes a opiniões religiosas, políticas, condição social, econômica. Foram estabelecidas condições precisas no que concerne ao direito de comunicar a terceiros as informações registradas. Às autoridades é assegurada liberdade de ação que permite intervir tão logo se constate abusos ou que haja prenúncios de que venham a ocorrer.

O projeto de lei na Suécia para uso dos computadores prevê indenizações em favor dos indivíduos que venham a sofrer algum prejuízo material ou moral, em conseqüência da inexatidão dos seus registros ou de uso indevido dos mesmos.

STRÖMHLOM coloca a questão sempre presente: Não seríamos aprendizes de feiticeiro, tendo em mãos este poderoso aparelho, ficando incapazes de impedir-lhe os excessos? É tendo em vista toda esta ordem de preocupações que, ao legislar sobre o uso de compntador, as comissões se cercam de grandes cautelas. A tarefa, aliás, é inteiramente original e criadora. As comissões encarregadas da feitura dos projetos de lei neste sentido concluíram também que as poucas soluções oferecidas pelo direito comparado não apresentam ainda uma sólida e efetiva base sobre a qual se poderia construir, com segurança, um sistema de regras que abrangesse, dentro das particularidades do direito interno, todas as adaptações necessárias. Estes mesmos legisladores constataram ainda uma verdade de cunho essencial, no sentido de prognosticar que

todas as soluções formuladas hoje em dia têm necessariamente o caráter de experiência. Elas certamente terão de ser adaptadas às inúmeras e imprevisíveis oportunidades do futuro.

Por tudo que foi dito, compreende-se o reclame de VIEHWEG (op. cit. p. 13): "A atividade legislativa ou judicial que ainda hoje não se apóia sobre uma atitude "cetética", mas que ainda repousa sobre formas tradicionais, não pode satisfazer, de nenhum modo, os reclamos de uma época científica". Ainda o mesmo autor chama atenção para o fato de que as atitudes dogmáticas só podem referir-se a "Instituições" que por sua natureza própria suportam o pensar dogmático, ou seja, aquele que não comporta dúvida e que permanece estático. Protesta ele por um pensamento aberto, livre, questionador, desconforme com o isolamento estéril das atitudes dogmáticas. É um chamamento à desdogmatização.

Dentro destes caminhos novos que são hoje apontados no sentido de conferir menor cientificidade ao Direito e permitir um tratamento mais apurado da complexidade dos dados que compreendem a realidade jurídica, há outras proposições além da utilização do computador. Numa certa medida, estas colocações também têm a ver com as novas possibilidades tecnológicas. De modo geral, a mentalidade subjacente nestas tentativas diz respeito à executoriedade de certas atividades que, pela mecanização, podem ser facilitadas. É o caso característico da **pesquisa documental.**

Os sistemas tradicionais de documentação dos textos legais, de uso já secular, são inteiramente manuais e apresentam todas as desvantagens sobremodo conhecidas, de precariedade, imprecisão, lentidão, falta de uniformidade.

Tendo em vista a multiplicação sempre crescente dos textos jurídicos (em forma de leis, de jurisprudência, de doutrina), a sua manipulação, memorização e mesmo localização fica extremamente dificultada através dos meios tradicionais. Deste modo, a pesquisa documental demanda muito tempo, que poderia ser dedicado a outras atribuições, estas sim não mecanizáveis. De qualquer modo, parece ser uma obviedade hoje não se conceber mais que os juristas exerçam tais tarefas. O

processo decisório continua em mãos do legislador, mas a tarefa de documentar textos, procurá-los e reproduzi-los pode ser entregue à máquina.

AUREL DAVID [5] apresenta com muita clareza as dificuldades que este empreendimento representa. Basicamente são problemas já referidos, mas que convém mencionar novamente nesta oportunidade.

A redução do Direito a certos padrões e categorias fixas, determinadas, é requisito para a construção de uma classificação lógica, correta e rigorosa. Sabemos de antemão que o Direito foge à possibilidade de "axiomatizar-se". Por outro lado, há, paralelamente à constatação desta assertiva, todo um esforço endereçado à unificação do Direito através da elaboração de padrões jurídicos.

Em "Padrões Jurídicos e Uuificação do Direito" (TUNC, André [30]) tem-se a notícia de que o direito escandinavo margeia-se pelo uso de padrões e este tratamento é considerado imprescindível e fecundo para o desenvolvimento do Direito. O mesmo autor assegura que, de modo geral, há uma unanimidade em considerar que a transformação das regras jurídicas ou sua configuração segundo padrões, significa um inelidível progresso na ciência jurídica. Portanto, mesmo se considerarmos a impossibilidade de obter uma total uniformização, pode-se perseguir, não obstante, a "elevação dos direitos a certo nível de unidade" (TUNC, André, op. cit., p. [51]).

A unificação do Direito supõe o estabelecimento de leis uniformes e mais a adoção de uma atitude comum acerca do Direito, dando-se a aceitação de um sistema determinado, de um conjunto de métodos e de conceitos. ANDRÉ TUNC ("Padrõcs Jurídicos e Verificação do Direito", op. cit.,) alerta uo sentido de que estas medidas, entre outros fins, propõem-se a diminuir o grau de arbitrariedade judicial. Para atingir esta pretensão é preciso obter também a interpretação uniforme para estas leis uniformes.

Pode-se associar a pesquisa de construção de padrões jurídicos àquela referente à documentação automática pelas razões que seguem.

Quando se trata de obter a automatização dos documentos jurídicos, emerge também a grande tarefa que reside na necessidade de buscar uma formalização, através de vocabulário comum, com preeisão de linguagem e aproximação de métodos de trabalho, para fins da cooperação entre uma equipe interdisciplinar.

Aliás, a utilização de grupos que interagem é propugnada por todos estes pesquisadores. Como no texto legal encontra-se uma terminologia que diz respeito às mais diversas ramificações do real, supõe-se a interação necessária com outros documentadores científicos, habilitados a se instituir como classificadores dos termos extra-judiciais. A inclusão de especialistas em lógica moderna também se faz necessária e isto porque, quando se faz pesquisa documental automática, é importante dispor de critérios lógicos, de modo a se conduzir corretamente o raciocínio.

A título de referência, registremos que o trabalho de pesquisa documental automática comporta dois momentos que se seguem cronologicamente, de início, mas cuja primeira fase é sempre renovada e inserida com novos dados, com atualização das informações, a saber:

a. estocar os documentos legais, isto é, colocá-los na memória do computador;

b. "recuperar a informação" (LOSANO) ou "interromper o estoque" (AUREL DAVID), quando então se procura a informação desejada no conjunto dos dados memorizados. Pode-se obter inclusive referências bibliográficas pertinentes ao documento procurado.

Para tais fins, conhece-se hoje mais de um sistema de pesquisa, sendo alguns criações originais de jusinformáticos, quando enfrentaram a tarefa proposta. O que se tem buscado mais comumente é a utilização de métodos que, além de permitir uma fácil consulta, proporcionem também um aperfeiçoamento da técnica jurídica em geral.

A dificuldade, que foi referida a propósito da escolha das "palavras-chave" para introduzir o texto legal no computador, aparece novamente quando se trata da documentação automática, sendo este ponto alvo de críticas fundadas. O documentarista pode contaminar o trabalho por sua percepção subjetiva, por critérios particulares e por conhecimentos seus, pessoais, falseando assim o entendimento comum do documento em questão.

Qualquer "indexação" mais elaborada (titular as decisões dos tribunais, por exemplo) supõe um trabalho metódico, acompanhado da intervenção de técnicos especializados. Reunir-se-ão juristas, lógicos, lingüistas, documentadores, bibliotecários e técnicos em computação.

O mesmo pode ser dito quando o problema que se abraça diz respeito à construção de padrões jurídicos. Também neste caso fica subjacente a imperiosidade do esforço em comum e a superação do isolamento entre os setores que se incluem na formação do Direito. ANDRÉ TUNC (op. cit.) refere ainda que na procura de padrões jurídicos, além dos legisladores, juízes e doutrinadores, também a opinião pública deve estar presente, na medida em que tais padrões têm raízes culturais. Esta sua afirmação tem a ver com o reconhecimento do Direito como ciência capaz de apreender os princípios que regem a vida social, formalizá-los em categorias e refletir criticamente sobre os mesmos.

O que ressalta com grande evidência é que o Direito não pode mais fazer-se valer de um enfoque científico e sistêmico, socorrendo-se de métodos de avaliação intuitiva. Embora o Direito seja construído em torno a um núcleo que "pertence ao domínio da inspiração humana, indemonstrável e indefinível" (DAVID, Aurel, op. cit., p. [28]), fluem daí coordenadas que são passíveis de uma estruturação lógica. Pode-se mesmo ir além e dizer que também a esfera do Direito sujeita ao domínio da intuição e eivada de subjetividade, precisará, numa dimensão futura, submeter-se à logicização.

O discernimento alógico que se teima manter vem se manifestando inadequado para fazer frente ao volume e à complexidade dos problemas que a atualidade se nos propõe. Para AUREL DAVID, é precisamente através deste esforço conceitual que o Direito entrará no universo do pensamento científico.

Sobressai-se como imposição de caráter quase imediato a necessidade de uma estruturação "orgânica, de unidade do sistema jurídico de cada país, ao menos em determinado momento" (DAVID, Aurel, op. cit., p.(27). Esta questão que pertence à metodologia, à filosofia das ciências e à teoria geral do Direito, no entender do mesmo autor, está a exigir desenvolvimentos importantes. Este alerta encontra ressonância em outros jusfilósofos com igual preocupação.

THEODOR VIEHWEG (op. cit., p. 4) assevera que as Ciências Sociais e o Direito entendido como espécie dentro desta categoria têm de se ocupar com uma forma nova de sociedade **fundamentalmente transformada.** E a Filosofia do Direito é remetida não às proximidades das ciências, mas para dentro delas.

"Na época da Ciência, o futuro da Filosofia do Direito se encontra na Filosofia da Ciência ou na Investigação Filosófica Fundamental. Neste sentido é responsável pela reconstrução de uma Ciência do Direito **orientada para o futuro e não restritiva,** em uma sociedade industrial como a nossa" (VIEHWEG, Theodor, op. cit., p. 9).

Sua concepção é tão ampla e abrangedora que ele atenta para o risco de que as especulações sobre o futuro se dogmatizem ou se ideologizem. O pensar uma Ciência do Direito dentro desta compreensão aberta, orientada para o futuro, não pode vir a se limitar restritivamente. Caso contrário teríamos a reincidência dramática no que foi formulado por A. N. WHITEHEAD, quando se manifestou no sentido de que os maiores avanços na civilização foram processos que arruinaram as sociedades em que ocorreram. É o que, dito de outra forma e indiretamente, está presente nas preocupações de VIEHWEG (ibid.), quando diz que devemos enfrentar as possibilidades e pressões de um futuro presumível, sendo que o caráter próprio da cultura que está frente a frente com este desafio reside precisamente no que ela promete fazer de si mesma.

3.2 Algumas Concretizações

Acreditamos que estes apontamentos ficariam incompletos, se não incluíssemos, à guisa de conclusão, algumas considerações sobre o que existe atualmente em nosso país a respeito deste binômio de que vimos tratando, a saber: tecnologia e Direito.

Vamos referir, inicialmente, uma experiência que está em curso no Estado da Guanabara. A reforma ali implantada no Setor de Processo Penal teve como fundamentação o seguinte:

— verificou-se que a morosidade no julgamento das causas criminais leva à incerteza e à imperfeição da aplicação do Direito. Constatou-se ainda o alto custo da administração da Justiça e da manutenção dos detentos, além do fato mais grave concernente à impossibilidade de fornecer ao acusado uma decisão rápida e justa. Ora, sabe-se que a modernização do computador permite, entre tantos outros beneficiamentos, a obtenção instantânea de respostas às questões sobre antecedentes criminais, dado este que vai interferir desde logo na sentença. Quando se opera com um centro judicial de processamento de dados, o acesso a tal elemento, e outros constantes dos registros memorizados pelo computador, fica extremamente facilitado.

No Estado da Guanabara foram fixados os objetivos deste sistema de processamento, determinando-se três fases de implementação (TENÓRIO, Igor, op. cit.):

— controle e implantação dos cadastros da 20a. Vara Criminal (Vara de Execuções) incidindo sobre a população de condenados no sistema penitenciário do Estado. São registrados todos os fatos relevantes que acompanham a pena: detenção, artigos, multas, medidas de segurança, data de condenação, data de início da pena, indultos, sursis e fatos modificadores da pena. Criou-se, assim um fluxo de informações entre o Poder Judiciário e o Executivo com fins ao planejamento e à análise das necessidades futuras do sistema penitenciário;

— segue-se o período de controle do andamento dos processos distribuídos pela Corregedoria e seu processamento nas Varas. Aqui, o objetivo é de aumentar o número e a presteza de informações que alimentam o conjunto das atividades do Poder Judiciário Estadual;

— no estágio mais avançado do projeto, objetiva-se atingir a área de Jurisprudência e a criação de um sistema de informações voltado para a legislação e a documentação automática, que servirão de

suportes para decisões e julgados e cuja consulta será facilitada, conforme já se viu quando focamos a pesquisa documental em moldes cibernéticos.

A par desta experiência comporta que se veja, de modo bem concreto, quais são as possibilidades para o uso da tecnologia, previstas expressamente no Código de Processo Civil (Lei n.º 5869, de 11.01.1973). Se fizéssemos um elenco dos artigos que contemplam estas possibilidades, haveríamos de encontrar poucas referências, a saber:

— arts. 169 e 170 (redução dos atos e termos do processo à forma escrita e uso de taquigrafia);

— art. 205 (uso de telegrama, radiograma ou telefone para transmissão de carta de ordem e carta precatória);

— art. 374 (dá força probatória ao telegrama, radiograma "ou qualquer meio de transmissão");

— art. 383 (dá força probatória a reproduções mecânicas "como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade").

O artigo 332 é a regra probatória basilar e ali se admite "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código..."

Vamos nos deter com um pouco mais de cuidado neste aspecto referente aos meios de prova, no processo, que são hoje facultados pela tecnologia. Importa desde logo esclarecer que a busca da verdade dos fatos, no processo, é meta que se persegue a fim de obter uma correta e justa solução para o litígio. Em "Prova por Meio de Gravação no Novo Código de Processo Civil", NEY DA GAMA AHRENDS pondera com clareza: "O processo civil estrutura regras determinadoras do valor probante de atos tendentes a fixar os fatos com certeza, para que se atinja a verdade, ou, ao menos se possa chegar o mais próximo possível dela". E adiante: "Os meios tecnológicos da atualidade oferecem ao estudioso, ao legislador e ao juiz, um arsenal probatório amplíssimo, como a fotografia, a gravação da voz em discos ou fitas, a prova hemato-

lógica da filiação, não sendo razoado que ao juiz se impeça o emprego de tais meios, decorrentes dos novos estágios dos conhecimentos humanos". (ibid., p. 93).

As maiores preocupações que acompanham sempre a utilização de tais recursos, como meios probatórios válidos, residem na manutenção de todas as garantias processuais, asseguradas às partes. Eles serão tidos como meios idôneos e admissíveis desde que sua autenticidade não dê margem a dúvidas. Além deste caráter, em se tratando de provas auditivas e visuais, sua inteligibilidade é também requisito exigível.

Observa-se na Jurisprudência um ritmo evolutivo na consideração das novas modalidades de meios probatórios, pois se, há duas décadas atrás, eram eles tidos por inaceitáveis e inadmissíveis, acórdãos mais recentes atribuem-lhes valor como indício de prova e até como prova plena.

Esta evolução não desconsiderou as desoobertas que permitiram fazer a verificação sobre a autenticidade ou falsidade destes documentos probatórios. Muito pelo contrário, sua crescente aceitação está diretamente vinculada a toda uma evolução no trabalho de peritagem, com características muito especiais.

É de renome não só nacional, senão já internacional, o perito Carlos de Melo Eboli. Sua atuação no caso do senador pernambucano Wilson Campos foi de grande saliência. Toda defesa alicerçava-se na falsidade das gravações obtidas, e, em laboratório foi possível avaliar, com segurança, a legitimidade das mesmas. O laudo pericial foi definitivo: "A todos os exames realizados resistiu a fita discutida, revelando-se, ao final, isenta de vestígios físicos ou mecânicos de violação, e desprovida de sinais indicadores de corte, emenda ou inserção".

Através de toda uma aparelhagem técnica própria, é hoje possível reproduzir com clareza, ao menos 95% do diálogo de uma gravação e com a feitura deste minucioso e requintado trabalho, o laudo de Eboli tornou-se a peça mais importante do processo Wilson Campos. A sofisticada tecnologia já existente permite, em especial, a perícia crimi-

nal. Está ela habilitada a desvendar diversos tipos de delitos, sobretudo os relacionados com falsificações, disfarces, chantagem e extorsão.

Temos no Brasil, descoberta de Carlos de Melo Eboli, o "osciloscópio", aparelho que permite "fotografar" a voz humana. Encontra-se montado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Desde algumas décadas, os departamentos policiais de todo o mundo procuram identificar a voz humana de maneira precisa. Isto porque chegou-se à conclusão de que a voz era um elemento valioso para determinar certos tipos de delitos, como ameaças, seqüestros. Pela utilização do osciloscópio, não há telefonema anônimo que resista a uma rápida identificação.

Com estas maravithas da eletrônica, os meios de prova, antes admitidos com receio e cercados de discussões sobre sua validade, hoje se impõem como prova dos fatos ou das coisas representadas, sujeitos evidentemente à realização de exame pericial, por ordem do juiz, sempre que impugnada sua autenticidade.

Vê-se que há necessidade agora de se designar, sem equívocos, todos os dados, todas as informações que, por seu conteúdo ou função, possam desempenhar o mesmo papel dos "documentos" tradicionais. Certamente os textos legais deverão ser reformulados quanto a estas indicações, de modo a abranger e regular, explicitamente, todas estas possibilidades.

É interessante que se refira à atitude do perito, face a todas as disponibilidades técnicas existentes nos seus laboratórios. Concedem eles que, apesar de todo este complicado instrumental, a principal qualificação para que se chegue a uma conclusão tecnicamente perfeita é ainda a intuição, o preparo técnico pessoal e a probidade daquele a quem é entregue uma perícia. Com esta afirmação temos bem a evidência de que o homem é a peça mais importante e insubstituível em qualquer sistema de informação. Seu papel e sua contribuição nunca poderão ser desconsiderados.

Pelo que foi dito, se infere a oportunidade da assertiva de NEY DA GAMA AHRENDS (op. cit., p. 110): "pela própria evolução, parece evidente que o legislador, o intérprete e o juiz não podem assumir posição adversa ao que a tecnologia conquiste, o que os levará a admitir a existência de computadores eletrônicos, microfilmagens, gravadores de sons, fitas magnéticas, transistores manuais, televisão e técnica da era da Cibernética, tanto mais que o processo, segundo o princípio da adequação, há de recolher o produto da criatividade do homem e não pode ficar parado e submisso aos processos obsoletos e anacrônicos".

Não poderíamos deixar de noticiar, ainda, nesta abordagem das medidas concretas existentes no Brasil, o trabalho que vem sendo efetuado pelo PRODASEN. Desde outubro de 1970, sob a coordenação da Presidência do Senado Federal tiveram início as atividades de sondagem, no sentido de fazer a verificação sobre as possibilidades de uso do processamento eletrônico de dados pelo Poder Legislativo. Formou-se um grupo interdisciplinar com técnicos em processamento de dados, técnicos em informação legislativa e pessoal ligado a atividades-meio, de caráter administrativo. A primeira parte do projeto constituiu-se na transformação dos arquivos manuais, para meios magnéticos, acessíveis ao processamento eletrônico. Num segundo momento, deu-se o enriquecimento dos arquivos e a revisão dos dados neles contidos para a correção de eventuais falhas. O uso do computador nas tarefas de aprimoramento da técnica legislativa e nos trabalhos da consolidação das normas jurídicas é outra das metas do Projeto desenvolvido pelo PRODASEN.

O sistema maior prevê os subsistemas, onde se pode armazenar e recuperar as informações sobre legislação editada no País, via terminal. O armazenamento da unidade central contém as referências bibliográficas do acervo da Biblioteca do Senado Federal e da Biblioteca da Câmara dos Deputados. É uma grande massa de dados que se coloca à disposição de todo o país.

Numa publicação sobre o PRODASEN (Senado Federal, Serviço Gráfico), há um elenco de situações que motivaram a implantação deste serviço de informações, a saber:

— a inexistência de procedimentos de técnica legislativa adequados;

— a dificuldade no processo de aplicação das leis;

— a lentidão do Poder Legislativo em absorver a tecnologia moderna necessária ao processo desenvolvimentista pelo qual atravessa o País;

— inadequação das estruturas administrativas e dos procedimentos burocráticos às exigências de celeridade c funcionalidade próprias a este processo.

Basicamente, houve o consenso, nos meios parlamentares, de que **a informação** é dado essencial ao estudo das matérias legislativas, à consolidação da legislação e à divulgação das disposições jurídicas geradas nos Tribunais, consubstanciando a Jurisprudência do nosso Direito.

A informação, dentro de uma abordagem sistêmica (sistem approach) está relacionada com conhecimento. O conhecimento recebido pelo sistema é submetido a uma transformação através de toda uma metodologia própria a que já nos referimos, para ser fornecido nas unidades de saída. Assim, este processo informativo supõe: a. conhecimento; b. fluxo deste conhecimento, ou seja, acessibilidade, com precisão e presteza, dos dados necessários ao melhor desempenho das atividades jurídicas. O conhecimento, implícito na informação que é fornecida pelo sistema ou subsistema, permite suprimir dúvidas e diminuir incertezas, trazendo maior aperfeiçoamento ao processo decisório. Mas também dele se beneficia o acompanhamento processual, pois, como se sabe, dentro de um enfoque sistêmico, as entradas podem ser afetadas pelo ambiente, enquanto as saídas podem afetar esse ambiente (BRATZ, Valmor A., "Management Information Systems" Rv. R. Adm. Emp., julho/setembro — 1971).

Passa a ser indiscutível a importância, a significação, na tarefa de distribuir Justiça, da eficiência e da celeridade com que as informações devem chegar ao conhecimento daqueles que têm esta tarefa. Tal reconhecimento leva em conta principalmente a "explosão de informações" que nos assalta, em crescimento exponencial.

Especialistas tratam do armazenamento e da recuperação das informações, pois provavelmente "hoje há muito poucas pessoas que pretendem ser especialistas em todos os desenvolvimentos", como bem disseram os analistas americanos MC DONAUGH e GARRET, em 1965. A integração, que se espera destas equipes, exige que estas funcionem como um todo lógico, de tal forma que as relações entre os elementos sejam mais importantes que o próprio subsistema. Esta integração importa sobremodo quando se averigua que apenas uma parte do sistema (exemplo: a responsável pela gestão de uma metodologia para a consolidação dos textos legais) está sendo otimizada, não importando a otimização do sistema todo (Poder Legislativo). Assim, interligados, os componentes das equipes podem transformar um conjunto de entradas, num conjunto de saídas, atingindo seu objetivo segundo o Projeto pré-traçado. É o que ocorre por exemplo, no Sistema de Informação Legislativa — SIL — endereçado a prover os recursos necessários ao atendimento das diferentes áreas de informação que os parlamentares requisitam.

Para que o "banco de dados" se torne operacional, uma série de fatores devem ser levados em conta. Além de assimilar técnicas já existentes e adaptá-las às peculiaridades da nossa realidade jurídica ou mesmo, inová-las para uma adequada conformidade, é preciso que os arquivos, a documentação registrada sejam flexíveis. Isto para evitar que alterações isoladas, na fase de revisão e expansão, não obriguem a uma completa reformulação do sistema. Então, é preciso que o Projeto revele um bom desempenho não só nas tarefas pertinentes à coleta, como igualmente no que diz respeito à sua atualização.

Para prever estes desvios de um plano estabelecido, há uma unidade de controle que deve ter a habilidade em detectar e corrigir eventuais erros, de forma que o sistema todo não seja contaminado. As distorções ocorrentes precisam sofrer nova elaboração e nova organização, para que não se comprometa o conjunto dc dados registrados. Está claro que as técnicas corretivas usadas variam de um para outro sistema, dependendo das características básicas adotadas pelo sistema em questão.

No caso do PRODASEN, foram contratados os programas desenvolvidos pela IBM, com peculiaridades que lhes são próprias nas funções de armazenamento e recuperação de informações. Este programa permite: — a criação de arquivos automáticos em substituição à indexação manual dos documentos legislativos; — a pesquisa destes documentos, através de diálogo interativo com o sistema por meio de terminais. O equipamento periférico e terminal permite que a informação seja usada em qualquer lugar e também que se forneça dados ao computador, a partir de qualquer lugar; — a manutenção dos arquivos, através de programas subsidiários.

Hoje, é de evidência solar que a **informação** é matéria-prima às atividades jurídicas. Seu manuseio é o alvo das pesquisas e dos estudos que se debruçam sobre a modernidade das atividades-meio do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e das atividades-fim. Dentro desta perspectiva, não é ousado prever que, nas próximas décadas, o uso de terminais será tão difundido quanto atualmente a transmissão da voz pelo telefone. Outra aceleração que já se prognostica diz respeito à independização gradativa dos usuários do computador, do "programador". É PETER DRUCHER, em seu difundido trabalho "Como usar o Computador (Exame, agosto, 1973)" que se adianta ao presente, mostrando que a maior limitação atual do computador reside na necessidade de se interpor entre a máquina e o usuário, um técnico que deva traduzir a linguagem usual, em código para a qual ela está programada. Isto reduz sua velocidade à velocidade do homem nesta fase da coleta de informação. Prevê ele que, na medida em que a aproximação ao computador for usual, os indivíduos serão capazes de lidar diretamente com a informação. E então esta máquina será ainda mais eficaz, mais flexível e de uso mais universal.

Dentro destas previsões, vê-se a possibilidade de o computador tomar parte no processo de tomada de decisões, não desconsiderando o que já foi dito quanto à formulação de sentenças prévias. Não se trata de lhe atribuir esta tarefa. A máquina não pode "tomar uma decisão". Ela apenas executa ordens que lhe são previamente dadas. Pode sim "simular", examinando o que aconteceria se certos dados ocorressem: com determinados antecedentes, a decorrência de determina-

dos conseqüentes. Esta utilização, hoje largamente empregada para previsão de fenômenos do Universo físico, pode-se, dentro de uma perspectiva bem ampla e aberta, admitir como provável futuramente, no âmbito jurídico. Entre outros elementos que deverão ser revisados, para estes fins, está presente aquele que diz respeito, tecnicamente, ao apuro na difícil tarefa de bem programar o computador.

Depois desta visão sobre as possibilidades inumeráveis e inomináveis até, que os dispositivos tecnológicos representam, temos que fazer outros reconhecimentos. Eles dizem respeito às limitações próprias a todo este instrumental e põe ou repõe o homem no seu lugar.

O computador não pode lidar com toda a informação. Só maneja com a informação capaz de ser quantificada e tratada logicamente. Ora, isto é apenas uma parte da informação necessária. Se nos valêssemos, no Direito, somente destes dados codificados precisa e rapidamente pelo computador, a tarefa jurídica certamente padeceria de malefícios insanáveis. Há todo um tipo de informação que perpassa o fazer jurídico que só é suscetível de percepção intuitiva e, portanto, eminentemente humana. E este sentir é vital para a manutenção do Direito. Ele diz respeito a algo que está para além do Direito posto, do Direito positivo. Talvez seja aquela dimensão que é meta-jurídica, mas que, não obstante, influi decisivamente no dizer jurídico, no jurídico enquanto explicitações de tendências dos grupos humanos, política, econômica e socialmente considerados. Não saberíamos dizer com rigor, se se trata de idéias, de conceitos, de abstrações ou de um senso comum, um consenso que "sub-está" ou "sobre-está" perpassando criticamente a realidade jurídica. Sabe-se sim, que é elemento catalizador de alterações, de revisões no ordenamento jurídico enquanto fenômeno histórico, e que se presentifica sob modos os mais diferentes, na dependência inclusive de ser o Direito considerado dogmaticamente ou como sistema aberto. No primeiro caso, estes fatores agem lenta e sutilmente, informando pouco a pouco pecas do sistema, com uma desconformidade subjacente. O sistema aberto está mais pronto para perceber, captar e, assimilar as novas tendências que se vão manifestando. Estamos nos referindo à permeabilidade que a ordem jurídica contém, em aberturas às contingências que o tempo traz.

Quando esta suscetibilidade do Direito diz respeito às novas ferramentas tecnológicas e às novas concepções que as mesmas trazem consigo, parêce ser de todo impossível dar-se uma subtração, uma ausência ao chamamento desta sociedade, que é enfim, um novo modo de vida. Alear-se à temporalidade é permanecer com soluções passadas. Há uma irreversibilidade no processo histórico, onde problemas novos são postos. E as respostas hão de ser, igualmente, formulações novas.

A humanização que a sociedade tecnológica está a exigir impõe ao Direito o tratamento emergente desta nova realidade, com fins inclusive à regulação dos contornos e das direções que este ciclo comporta. Trata-se da condução de rumos ainda imprecisos, onde o Direito, como ciência aplicada, possa direcionar todo um universo de cultura que se nos presentifica de forma desafiadora.

BIBLIOGRAFIA

1 — ABREU, João Leitão de. **A validade da Ordem Jurídica.** Porto Alegre, Globo, 1964.

2 — AHRENDS, Ney da Gama. A prova por gravação no Novo Código de Processo Civil. In: **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil.** Porto Alegre, Bels., 1974, p. 920.

3 — ASHBBY, Walter Ross. **Uma Introdução a Cibernética**. São Paulo, Perspectiva, 1970.

4 — CHURCHMAN, C. West. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Rio de Janeiro, Vozes, 1972.

5 — DAVID, Aurel. A Pesquisa Documental Automática. **Revista da Consultoria Geral do Estado,** Porto Alegre, 4(9):11-34, 1974.

6 — FIEDLER, Herbert. **Derecho, Logica, Matematica.** Buenos Aires, Centro Editor da América Latina, 1968.

7 — FROMM, Erich. **Psieanálise da Sociedade Contemporânea.** 6a. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1970.

8 — FUCHS, Walter R. **Matemática Moderna.** São Paulo, Polígono, 1970, p. 28.

9 — GRUPO DE INVESTIGATION DE PLANETA. **1975: Estamos Hartos. Buenos Aires,** Nuevo Planeta, jan./fev. 1975.

10 — HILLER, Egmond. **Humanismo e Técnica.** São Paulo, Herder, 1968.

11 — INSTITUTO DE PESQUISAS ESPACIAIS — INPE. **Engenharia de Sistemas, Planejamento e Controle de Projetos.** 2. ed. Rio de Janeiro, Vozes, 1972.

12 — KAHN, Herman. **Toward the Year 2.000.** New York, Macmillan, 1967.

13 — LIMA, Lauro de Oliveira. **Mutações em Edueação segundo Mc Luhan.** Rio de Janeiro, Vozes, 1971.

14 — LOSANO, Mário. **Lições de Informática Jurídica.** São Paulo, Resenha Tributária, 1974.

15 — MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização.** Rio de Janeiro, Zahar, 1972.

16 — MC LUHAN, Marshall. **Guerra e Paz na Aldeia Global.** Rio de Janeiro, Record, 1969.

17 — ——. **O meio são as massa-gens.** Rio de Janeiro, Record, 1969, p. 15.

18 — MURARO, Rose Marie. **Automação e Futuro do Homem.** Rio de Janeiro, Vozes 1969.

19 — OLIVECRONA, Karl. **Lenguage Juridica y Realidad.** Buenos Aires, Centro Editor da América Latina, 1968, cap. V.

20 — ORTEGA Y GASSET, J. **Meditação da Técniea.** Rio de Janeiro, Livro Ibero Americano, 1961.

21 — PAUWELS, Louis & BERGIER, Jacques. **O Planeta das Possibilidades Impossíveis.** 2. ed. São Paulo, Melhoramentos, 1972, p. 6-7.

22 — PHILIPPS, Lothar. **Rechtstheorie, Ansätze zu einem kritischeu Rechts Verständniss.** Karlsruhe, Arthur Kaufman Verlag & C. F. Müller, 1971.

23 — PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação.** São Paulo, Perspectiva, 1963, p. 16.

24 — RAHNER, K. & NIEL, H. **Prière de l'homme moderne.** Paris, Spes, 1950, p. 24.

25 — REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** São Paulo, Saraiva, 1972.

26 — SARTRE, Jean Paul. **As Palavras.** São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1967, p. 33

27 — SICHES, Luis Recásens. **Nueva Filosofia de la Interpretacion del Derecho.** México, Porrua, 1973, p. 18.

28 — STRÖMHOLM, Stig. **Ordinateurs et Droit. Revue Internationale de Droit Comparé, 25 (1): 55-67, jan. — mars., 1973.**

29 — TENÓRIO, Igor. **Direito e Cibernética.** Brasília, Coordenada Editora de Brasília, 1970.

30 — TUNC, André. Padrões Jurídicos e Unificação do Direito. **Revista da Consultoria Geral do Estado, Porto Alegre,** 4(9):35-54, 1974.

31 — VIEHWEG, Theodor. **Sobre el Futuro de la Filosofia de Derecho como Investigation Fundamental.** Caracas, Cuardernos de Filosofia del Derecho, 1969.

32 — VILANOVA, José M. **Filosofia del Derecho.** Buenos Aires, Editora Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociais, 1973, p. 295.

PARECERES

À CIA. SIDERÚRGICA MANNESMANN

CLÓVIS F. DO COUTO E SILVA

Catedrático de Direito Civil, Professor da Faculdade de Direito de Porto Alegre da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Membro da comissão elaboradora do Código Civil. Advôgado no Estado do Rio Grande do Sul.

EXPOSIÇÃO DOS FATOS E CONSULTA

Expõe a Companhia Siderúrgica Mannesmann o fato de que diversas pessoas propuseram contra ela ações judiciais visando obter a cobrança de títulos assinados por dois de seus ex-diretores, em datas de 18 e 23 de setembro de 1963.

Os títulos não foram registrados conforme a Resolução n.º 24, de 31 de maio de 1966, do Banco Central. A consulente, em sua contestação, argüiu a falsidade de uma das assinaturas, de modo que, segundo lhe parece, os títulos assinados por um só dos diretores, nos termos de seus Estatutos, não a vinculariam, embora, por força de acordo realizado em Düsseldorf ("Entente de Düsseldorf"), tenha pago vários títulos em que havia uma assinatura falsificada. Suscitadas diversas questões, houve decisões divergentes nas justiças estaduais, ora sendo a Mannesmann absolvida, ora condenada a prestar o principal, juros moratórios a contar do vencimento dos títulos e ainda correção monetária, por tratar-se de indenização decorrente de ato ilícito de que lhe resultou, em face de haver-se omitido em tomar imediatas providências, a obrigação solidária de indenizar.

Em face disso, formula a seguinte consulta:

1. Os atos dos diretores de Sociedade Anônima obrigam, nas condições expostas, a sociedade?

Neste caso, a responsabilidade é contratual ou extracontratual?

2. No direito brasileiro, a indenização, em qualquer das duas hipóteses anteriormente mencionadas, abrangeria correção monetária?

PARECER

1. A matéria da presente consulta supõe, desde logo, para resolver o problema, que se examine a repercussão dos atos eivados de falsidade, supondo-se que tal tenha ocorrido, no campo do direito privado, não só nas relações entre pessoas físicas, mas também no referente aos atos dos órgãos das pessoas jurídicas.

Em primeiro lugar, para bem orientar o raciocínio, é necessário estabelecer os efeitos jurídicos dos atos viciados de falsidade no direito privado, admitindo-se que podem não coincidir com o que sucede no direito penal. Para isso, impõe-se estabelecer noções preliminares.

A visão mais simplista seria a de considerar, para logo, o ato eivado de falsidade da assinatura do declarante ou subscritor como nulo. Esta foi a solução que vigorou na ciência do direito do século passado, como opinião prevalente, quando não se tinha um perfeito conhecimento da distinção, hoje universalmente aceita, entre atos inválidos e ineficazes. Com certa simetria se construíram as noções: não só os atos viciados de falsidade quanto ao declarante eram nulos, como também o eram os negócios jurídicos de disposição sobre o patrimônio alheio, de que é exemplo principal a "venda a non domino", delito previsto em nosso Código Penal (v. acórdãos do STF, HC46.326, RF 235/257 e do Tribunal da Guanabara, RF 235/364). Os conceitos de validade e de eficácia se apuraram com o tempo, de modo que é perfeitamente possível estabelecer o discrime entre eles.

Nossa doutrina tem hoje como conceitos perfeitamente distintos o de validade e o de eficácia dos fatos jurídicos.

A distinção entre validade e eficácia tornou-se evidente, entre nós, no caso dos negócios dispositivos realizados por quem não dispunha de poder de disposição, de quem não era titular do direito de propriedade, ou de crédito, pois nestas hipóteses o negócio jurídico não seria nulo, mas simplesmente ineficaz, retomando a sua eficácia quando a disponente adquirisse a propriedade ou a titularidade do crédito de que dispusera. Se essas hipóteses foram bem estudadas pela doutrina nacional, e se a conclusão é a de que tais atos não são nulos, mas meramente ineficazes, o mesmo não se pode dizer a respeito dos casos de falsidade quanto à pessoa do declarante. A respeito dessa questão, temos de retomar o fio do pensamento, examinando as conclusões a que chegaram a doutrina e a jurisprudência alemãs, que mais trabalharam o problema. Para a solução do objeto da presente consulta, impõe-se partir de algumas distinções que balisam o desenvolvimento das idéias, de modo a possibilitar o exato enquadramento da questão formulada. A primeira delas é a de saber se o diretor da Mannesmann que subscreveu o título, posteriormente lançado ao público, agiu "em nome" da aludida Companhia Siderúrgica Mannesmann. Tem-se que alguém age em nome de outrem quando afirma e esclarece quem é o "verus dominus", a pessoa que se vinculará no negócio. No caso de falsidade do nome do subscritor ou do declarante, o negócio jurídico não é realizado "em nome de outrem", mas "sob o falso nome de outrem", que, normalmente, aquele que falsifica procura vincular. Alguns autores, como KARL LARENZ (Verpflichtungsgeschäft "unter" fremdem Namen, Festchrift für Heinrich Lehmann "Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts" (1956) pág. 234 e segs; e "Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts," 1, § 36, 11 (1967) pág. 547), fazem a distinção das diferentes hipóteses, segundo a direção da vontade do declarante. Assim, ou ele quer, apesar de usar nome alheio, de outra pessoa, concluir o negócio, vinculando-se pessoalmente, ou, ao contrário, o declarante pretende obrigar a outrem, agindo como se fora seu representante, ou até mesmo assinado diretamente o nome do outro.

Em ambas as hipóteses, a utilização pelo declarante do nome de outrem pode, ou não, ter por finalidade induzir o destinatário a realizar o negócio jurídico. Há induzimento à realização do ato jurídico quando o declarante sabe que, com ele, nenhuma possibilidade haveria de se efetivar o negócio pretendido. Estabelecidas essas premissas, segundo as hipóteses formuladas por LARENZ, convém desde logo deixar claro que em nenhuma delas se flagra a nulidade do ato, situação salientada, também, entre muitos outros autores, por NIPPERDEY (Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuche des bürgerlichen Rechts, 1, 2, § 183, III (1960), pág. 1127).

Do lado do destinatário da declaração, é preciso verificar se, para ele, era indiferente, ou não a pessoa com quem pretendia realizar o negócio; se era, o negócio é, entre ambos, válido e eficaz. Caso contrário poderia o destinatário anular o negócio jurídico em razão do erro sobre a identidade do declarante, ou por falta de qualidade a ele essencial (Cód. Civ. art. 88), ou, conforme as circunstâncias, por dolo (C. Civ. art. 92).

Se o declarante não pretendia realizar o negócio em seu favor, mas, sim, em benefício de outrem, sob o nome do qual agia, e de quem não recebera poderes, ou não os tinha suficientemente, o negócio jurídico é válido e ineficaz devendo o declarante indenizar ("culpa in contrahendo") se o negócio não vier a ser aprovado pela pessoa sob cujo nome praticou o ato.

Se o "verus dominus" — isto é, se o terceiro cujo nome fora utilizado falsamente pelo declarante — sabia ou deveria saber da ocorrência do fato e não tomou nenhuma providência, ou aprovou tacitamente o negócio, uma vez preenchidos os requisitos do art. 159 do Código Civil, ou do art. 151 do Código Comercial, ou, expressamente, se emitiu manifestação de vontade, pública, ou particular, ou ainda, se a omissão não teve o significado anteriormente aludido — então seria o "verus dominus" responsável por "culpa in contrahendo".

A tendência que se verifica é a de tratar os casos em que o declarante atua "sob nome alheio" sem que pretenda vincular-se de modo igual ao que sucede com quem age "em nome alheio", sem ter poderes para isso. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal Alemão que tem julgado:

"Um título de crédito com assinatura falsificada torna-se eficaz, se o legitimado aprovar o contrato subjacente de emissão da letra."

"Ein gefälschte Wechselunterschrift wird wirksam, wenn der Namensträger den ihr zugrunde liegenden wechselrechtlichen Begebungsvertrag genehmigt" (RGZ 95, 188; RGZ 145, 37; LARENZ, op. cit, pág. cit.)

2. Verifica-se, assim, que a doutrina e a jurisprudência alemãs consideram os casos de agir "sob o nome alheio" e os de "agir em nome alheio" como submetidos às mesmas regras. Em ambos, se o declarante não pretende realizá-lo em seu favor, o negócio jurídico é ineficaz. A razão para não considerar nulo o negócio está em que essa solução prejudicaria o tráfico em grande medida, pois o ato nulo não é suscetível de ratificação ou aprovação, como afirma excelentemente NIPPERDEY: "Das ware in hohen Masse verkehrswidrig" (Enneccerus, Kipp, Wolff, op. cit. pág. cit). Nenhum sentido faria ter-se como nulo o negócio, sem que possa ser ratificado ou aprovado pelo "verus dominus". Ao contrário, os casos de falsificação de assinatura são bem mais comuns do que se imagina, sobretudo na vida dos negócios. É ao que expressamente aludiram decisões do Tribunal Superior de Comércio alemão (ROHG, 5, 273; ROHG 5.271, esta última decisão especificamente sobre letra de câmbio com assinatura falsificada, vd. Flume, Das Rechtsgeschaft (1965) pág. 777 nota 36), e os casos são de negócios jurídicos válidos, mas ineficazes, aplicando-se-lhes as regras a respeito do representante a que faltam poderes necessários, se o declarante não pretendia vincular-se pessoalmente, sendo esta a posição dominante na doutrina e jurisprudência atuais.

Afirma W. Flume que, segundo os preceitos que regem o contrato de mandato com representação, nos casos em que o representante não tem poderes, não cabe ao representado nenhuma responsabilidade, segundo os princípios gerais, pelos atos do representante. Tal responsabilidade pode ocorrer, porém, em razão dos princípios que comandam a "culpa in contrahendo", a respeito do interesse negativo e, em verdade, responde o representado no caso de culpa própria como também, sob certas circunstâncias em razão da culpa do representante sem poderes de representação (op. cit. pág. 808). A culpa do representado aparece como menciona Flume no lugar citado, quando sabia ou devia saber dos fatos praticados.

Cria-se, em conseqüência disso, a confiança na autenticidade ou legitimidade do negócio, e não tendo havido aprovação, nem mesmo tácita, por parte do "verus dominus", manifesta-se, contra ele, a responsabilidade pelos danos resultantes da aludida confiança na legitimidade do ato praticado. A fonte dessa mesma responsabilidade seria a "culpa

in contrahendo" que tem, de regra, um regime jurídico específico quanto ao âmbito da indenização a ser prestada. No partieular, convém frisar que foram em grande número as descobertas de novos conceitos jurídicos no século passado e no atual.

ARTUR STEINWENTER enumera entre os novos conceitos descobertos, o de "culpa in contrahendo", por Jhering; o de quebra positiva do contrato por Staub (possivelmente, parece-me, inspirando na "anticipatory breach of contract" da eommon law: vd. Williston, On Contracts, § 1337 A, (1938) pág. 828); o da ação cominatória preventiva, pela jurisprudência; o das associações sem capacidade jurídica entendidas como corporações, também pela jurisprudêneia; o da base do negócio jurídico, por Oertmann; o da relação contratual fática, por Haupt, e ainda muitos outros (Juristische Erfindungen, in Recht und Kultur (1958) pág. 43).

Na "culpa in contrahendo", os deveres que se violam não são os deveres principais, mas sim, os deveres sccundários resultantes do imperativo de agir com boa fé e lealdade. A conseqüência da violação de deveres meramente secundários é a de que o que se indcniza não é o interesse positivo, isto é, os lucros cessantes, mas tão somente os gastos feitos para a realização do negóeio.

É que não houve, ainda, negócio jurídico, ou houve negócio jurídico mas ineficaz, de modo que não se pode indenizar o interesse resultante da prestação de ato jurídico que não produziu nenhum efeito.

O conceito de "culpa in contrahendo" constitui-se em verdadeira "descoberta" no campo da dogmática jurídica porque os códigos civis dispunham sempre, com base na doutrina do direito eomum, e nosso Código Civil repetiu o preceito no art. 1059, quc a indenização deveria abranger não só aquilo que efetivamente se perdeu, mas também o que razoavelmente se deixou de lucrar.

Os casos de "culpa in contrahendo" constituem uma lacuna, pois neles não se indeniza, de regra, o lucro eessante, que inexiste, mas tão somente os danos resultantes da confiança na realização do negócio jurídico.

O conceito de "culpa in contrahendo", a limitação da responsabilidade dela emergente ao interessc negativo, tem sido aplicado por nossa jurisprudência, e o Supremo Tribunal Federal já consagrou o magistério, no RE 43.951 (RTJ 13/278), de que a verificação da responsabilidade, neste caso, se faz pela soma dos prejuízos efetivos diretamente emanados de sua ocorrência, exeluídos os lueros cessantes e as outras parcelas não compreendidas no denominado interesse negativo.

Parece, assim claro, que no caso de responsabilidade por "culpa in contrahendo", não sendo objeto de indenização os lucros cessantes, nenhuma razão existe para atribuir se correção monetária ao eventual crédito. Aliás, a inaplicabilidade à espécie da correção monetária resulta, também, do exame da natureza da indenização nos casos de prestação em dinheiro, cuja explanação se fará em seu devido lugar.

3. Em se tratando de títulos de erédito, que são abstratos, e destinados a cireular, a questão da boa-fé do terceiro cresee de ponto para o tratamento jurídico.

No caso de títulos colocados em mercado, em grande número, aumenta a presunção de veracidade ou autenticidade do que se contém na cártula, de modo que os efeitos do silêncio têm maior repercussão do que nos atos jurídicos em geral, a cujas regras anteriormcnte aludimos. Assim, a este propósito, afirma excelentemente PONTES DE MIRANDA:

"Além da ratificação expressa, por ato explícito de vontade, ou do reconheeimento, ou da execução voluntária ou consentida, ou de qualquer inserção ratificada da vítima do falso ou da falsificação no nexo cambiário, é preciso atender-se aos efeitos volitivos do silêncio. Também o silêncio confirma. Ou porque o signatário aparente foi interpelado pelo possuído, como se, em carta, ou pessoalmente, lhe pergunta esse se a firma é verdadeira sem que obtenha resposta ou porque venha ele a saber da falsidade ou falsificação de sua firma sem providenciar, ou porque devesse saber, é sempre de reconhecer-se o valor expressivo do silêncio" (Tratado das Ações, II (1971) págs. 53/54).

Verifica-se, do texto transcrito, que as cártulas em que a assinatura é falsa são ineficazes, e sujeitas à aprovação ou confirmação do "dominus negotii".

Quando isto sucede, elas adquirem plenamente sua eficácia e a responsabilidade resultante de seu inadimplemento não tem sua fonte em delito, não se configura como extracontratual. As razões pelas quais PONTES DE MIRANDA salienta os efeitos do silêncio em matéria cambiária são as seguintes:

"Todo o silêncio diante do alter obriga, porque a aparência é o que importa e os três postulados do direito cambiário exigem tais soluções. Daí a necessidade de comunicações ao público, suficientemente divulgadas, para que se evitem os efeitos da possível boa-fé dos possuidores.

Por outro lado, tal comunicação tem conseqüências que não são somente em relação ao signatário aparente: a falsidade e a falsificação, denunciadas à generalidade, desde esse momento se patenteiam a cada adquirente". (Tratado das Ações cit. pág. cit.).

É preciso, por igual, esclarecer que a fonte de que flui a responsabilidade ou é delitual, ou contratual. Se for contratual, ou negocial, não se pode pretender que exista, também, responsabilidade delitual, ou extracontratual, pois isto seria o mesmo que caracterizar o mesmo fato como contrato e delito, quando ambas as figuras necessariamente se excluem.

É possível que, em certos casos, haja concorrência de responsabilidade delitual e contratual, mas para isso é necessário que haja pelo menos duas fontes de responsabilidade.

O exemplo clássico é o do médico que, por culpa, vem a causar dano, ou a morte de seu cliente. Houve lesão às obrigações resultantes do contrato, e também ato ilícito, podendo ser dinamizada uma ou outra pretensão.

Hipótese diversa é a de título em que se falsifica a assinatura, de modo que o contrato de emissão é ineficaz. Se o dano consistiu apenas na entrega de uma importância em dinheiro, em razão de ato ineficaz, até o momento em que se operou a aprovação pelo "verus dominus" "in thesi", sem levar em conta outras particularidades, talvez fosse pos-

sível dinamizar a ação de indenização com base em ato ilícito (culpa in contrahendo); posteriormente não, porque de um negócio jurídico plenamente eficaz nasce somente a pretensão de exigir o seu cumprimento.

Não é o caso, portanto, de concorrência de pretensões delituais e contratuais (vd. Esser, Schuldrecht (1960), pág. 834; Larenz, Schuldrecht, II § 69 (1969), pág. 415). A ação a ser proposta tinha de ser de cobrança.

No caso da consulta, houve aprovação tácita.

Os títulos cuja emissão foi aprovada, e disso resultam efeitos que retroagem à data de sua colocação, não poderiam, evidentemente, ser todos os que porventura se encontrassem em poder dos tomadores, mas só aqueles que acarretassem a responsabilidade própria da Companhia Siderúrgica Mannesmann.

Se ambas as assinaturas fossem falsas, ou se os títulos fossem assinados por pessoas que não mais eram diretores da empresa, ou por qualquer outro que se viesse a aproveitar da emissão dos títulos, sem que a Companhia Siderúrgica Mannesmann disso tivesse conhecimento, os atos, de nenhum modo, a obrigariam. A aprovação expressa do contrato de emissão de certos títulos, que sucedeu posteriormente e objeto da "Entente de Düsseldorff", tinha como pressuposto que eles fossem de sua responsabilidade, caso em que enunciava sua vontade de confirmá-los. Como se viu, havia, nisto, um "bis in idem", porque somente o silêncio e a boa-fé dos terceiros possuidores do título firmado por um de seus diretores já constituíam elementos suficientes para que se tivesse a emissão como aprovada e, conseqüentemente, vinculando a consulente. A fonte da responsabilidade, nesta hipótese, teria de ser forçosamente, negocial. Se, posteriormente, suscitasse a questão de que a emissão não havia sido feita, por nenhum de seus diretores, a consulente se liberaria da responsabilidade. Caso contrário, seria de aplicar-se o aforismo "protestatio facto contraria non valet", ou seja, não se pode argüir de falsidade um título, ao mesmo tempo em que se solve dívida resultante de título absolutamente igual.

4. Lavra, em nosso direito, forte controvérsia sobre se os atos praticados pelos diretores de uma sociedade anônima obrigam à mesma, se eles se houveram com excesso de poderes.

Nesse campo manifestam-se algumas dúvidas doutrinárias que se projetam na jurisprudência. As divergêneias resultam do coneeito de órgão, de sua amplitude, e efeitos. Se se quiser parificar, quanto possível, o conceito de pessoa física e jurídica, jamais deveria haver excesso de poderes, desde que cumpridos os requisitos formais para a emissão de vontade da sociedade.

Fora disso, as limitações aos poderes da diretoria somente decorrem da própria lei.

A nova lei de Soeiedades Anônimas alemã, de 6 de setembro de 1965, e a francesa, de 24 de julho de 1964, adotam o sistema da representação legal da diretoria, de modo que as limitações aos poderes de que está investida somente podem decorrer da lei. Assim, nestes sistemas, se o órgão para realizar atos jurídicos depende da vontade de mais de um diretor e se só um deles a manifestar, a deliberação é incompleta e o negóeio jurídico dele resultante normalmente é ineficaz, podendo ser aprovado pelo silêncio do outro. Admitindo-se a possibilidade de o ato vir a ser aprovado pelo outro diretor, aplicam-se, neste caso, as regras a respeito do contrato de representação e isto ainda mesmo quando se tenha adotado a concepção da diretoria como órgão da sociedade (vd. Godin — Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, 1, § 78, III, 5 (1971), pág. 417). No direito francês atual adotou-se o mesmo princípio. Anteriormente à grande reforma do direito de soeiedades instaurada pela lei de 24 de julho de 1966, mantida pela lei 67-559, de 12 de julho de 1967, bem como pela Ord. n.º 69-1.176, de 20 de dezembro de 1969, o princípio era o de que os atos praticados com excesso de poder ("ultra vires") não vincnlavam a Soeiedade. Esta última posição, que é tradieional nos sistemas jurídicos, tende a modificar-se por exigências do tráfico em massa no qual tem de proteger-se a boa-fé dos tereeiros. Por esse motivo Loussouarn e Bredin descrevem a amplitude da reforma instaurada no direito francês e os poderes de que agora estão investidos os diretores do seguinte modo:

"Le répresentant social est eonsideré comme possedant à l'egard des tiers des pouvoirs illimités, même si des restrietions sont inscrites sur le registre du commerce, ear toute clause restrictive même publiée, est inopposable aux tiers et la societé demeure engagée. C'est a ee système, dit "du pouvoir légal" des dirigents sociaux, que le droit français, abandonnant sa position antérieure, a adheré dans la loi de 24 de juillet 1966" (Droit du Commeree International (1969), pág. 438).

Verifica-se do exposto que se deslocou o ponto de gravidade, da proteção dos interesses da sociedade para o dos que com ela contratam.

Em nosso direito, há diversos acórdãos, fora do campo dos títulos de crédito, que protegem os interesses dos terceiros que contratam com a sociedade, mas boa parte da doutrina mantém-se fiel ao ensinamento de CARVALHO DE MENDONÇA (Tratado de Direito Comercial, IV, n.º 1.219, pág. 78) que sustenta que:

"Os administradores não podem praticar outras operações que as declaradas e eompreendidas nos estatutos ao definir o objeto social. É um fato que se lhes impõe. Se excederem os poderes não obrigam à sociedade, para eom tereeiros, ainda que se julguem na boa fé de poder usá-la; obrigam-se a si próprios pessoal e diretamente.

Os terceiros podem acionar o administrador que abusivamente contratar em nome da soeiedade. Excetua-se, bem entendido, o caso em que a sociedade se aproveitou do excesso de gestão, em sua manifesta utilidade."

Autores há que interpretam o art. 121 da Lei 2.627, de 26 de setembro de 1940, sem questionarem a respeito da natureza jurídica do ato em face da sociedade, e se ela poderia, ou não, aprová-lo. Se se entendesse sempre que, no caso de excesso ou falta de poderes, o negócio realizado não vinculava a sociedade, mas o seu administrador, como alude CARVALHO DE MENDONÇA, isto causaria enorme dano ao outro figurante, pois na maioria das vezes, este não haveria de querer contratar com os dirigentes da sociedade, que poderiam até ser insolventes dado

as proporções do negócio realizado. Se se entendesse que a sociedade era sempre, em todos os casos, responsável perante terceiros, tal como no direito alemão e francês atual, esta solução suporia a existência de regra jurídica que não temos, pois o que está expresso no art. 121, § 1.º, inciso II, da Lei 2.627, exclui a possibilidade de uma exegese ampla em favor de terceiros.

É preciso fazer uma distinção entre os atos praticados na conformidade dos poderes conferidos pelos estatutos da sociedade e os atos eivados de excesso de poder.

No primeiro caso, se o agente os praticou com culpa ou dolo e se disso resultou prejuízo, a sociedade responde mas tem direito regressivo.

Se o ato excedeu os limites de poder outorgados pelo estatuto, somente fica vinculado quem o praticou, porque as limitações estatutárias são oponíveis a terceiros.

Não há, entre nós, o princípio de que somente as limitações legais aos poderes dos administradores é que atingem a situação jurídica de terceiros.

Os atos com excesso de poder podem ser ratificados ou confirmados, pelo órgão competente para a prática do ato.

A possibilidade de ratificação resulta ainda do disposto nos artigos 151 e 163 do Código Comercial, sendo que, no referente à emissão de título de crédito, pouco importa que se trate de órgão de sociedade, mandatário ou representante sem poderes, ou ainda de título com assinatura falsa, porque os princípios são os mesmos quanto à confirmação ou ratificação, Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 35, § 3.974, págs. 332/333; v. 34, § 3.852, págs. 141/142; v. 35, § 3.969, págs. 303/304; Schumann, Die Fälschung nach dem neuen Wechsel und Scheckrecht (195), págs. 34 e segs.; Ulmer, Das Recht des Wertpapiere 1938), pág. 180, Jacobi, Wechsel, und Scheckrecht (1955), pág. 235; Soergel — Siebert, Kommentar zum bürgerlichen Gezetzbuch, v. I, § 182, 8 .... (1967) pág. 896.

Parece assim demonstrado que as notas promissórias assinadas por um dos seus diretores eram válidas e eficazes em face da Companhia Siderúrgica Mannesmann, tendo a responsabilidade, delas emergentes, sua fonte em negócio jurídico e não em delito.

5. Cuida-se, agora, de saber se o crédito corporificado nas notas promissórias e resultantes da colocação dos títulos pode ser objeto de correção monetária.

Começou a desenhar-se o futuro modelo do mercado de capitais pela Lei 4.242, de 17 de julho de 1963, que exarou, em seu artigo 78, o seguinte dispositivo programático,e conseqüentemente não auto-executável:

"é vedado às pessoas jurídicas a prática habitual de colocação ou negociação, junto ao público de letras de câmbio ou notas promissórias, que não tenham coobrigação de instituições financeiras autorizadas a funcionar no país."

§ 1.º A infração do disposto neste artigo sujeitará os coobrigados e tomadores à multa, igual ao valor do título, independentemente de outras sanções legais.

§ 2.º Competirá à Superintendência da Moeda e do Crédito definir, através de ato normativo, a caracterização da prática habitual de negociação ou colocação, junto ao público, dos títulos referidos neste artigo.

§ 3.º Competirá à Superintendência da Moeda e do Crédito regulamentar as condições de prazo e garantia de que se deverão revestir os títulos aceitos ou emitidos pelas "instituições financeiras" autorizadas a aceitá-los ou emiti-los para que possam ser colocados ou negociados junto ao público."

Posteriormente, a Sumoc baixou a Instrução n.º 251, de 26 de setembro de 1963, que regulamentou a matéria. Os títulos da Companhia

foram emitidos em 18 a 23 de setembro de 1963, após a vigência da Lei 4.242, de julho de 1963, e antes da data em que entrou em vigor a Instrução, n.º 251, em 30 de setembro de 1963.

Cumpre esclarecer quc a Lei 4.242 não era "self executing" já que estabelecia somente um programa a ser posteriormentc prccnchido por ato normativo da Sumoc. Faltava conseqüentemente a descrição exata do tipo legal, constituindo mesmo uma "norma em branco", com delegação à Sumoc para definir-lhe o contorno. Se se admitisse desde logo vigente o preceito, ter-se-ia que nenhuma emissão poderia ser feita, pois que se não poderia saber o exato significado da expressão "prática habitual"; e também, como emitir se não se conheciam ainda as condições de prazo ou garantia de que se iriam revestir os títulos? Aplicada essa exegese haveria uma paralisação total e absoluta de todo o mercado de capitais. Essa idéia, entretanto, se reveste de forte incongruência, já que não seria possível admitir, sem enorme dano à Nação, a paralisação de um dos setores mais importantes de sua economia. As normas programáticas, ainda que contenham proibição, por não descreverem suficientemente o fato social ou econômico que elas regulam, não são eficazes, de modo que não se devem considerar ilegais atos que podem, ou não, se subsumir em seu conteúdo. Se o ato fosse ilegal, a emissão só por esse fato seria ineficaz ou nula, pois feriria uma proibição normativa, e isto evidentemente não ocorre.

Não houvesse a Lei n.º 4.242 atribuído competência à Sumoc para, em ato normativo, definir o que se deveria ter como "prática habitual de negociação ou colocação junto ao público" e se não houvesse, por igual, deixado à mesma Sumoc a faculdade de dispor "sobre as condições de prazo e de garantia de que se deverão revestir os títulos aceitos ou emitidos pelas instituições financeiras", e ainda se poderia ter alguma dúvida sobre a incidência do preceito constante no art. 78. A conclusão, por fim, seria a mesma, pela inaplicabilidade, em face de sua insuperável imprecisão.

No direito do mercado de capitais, no direito fiscal, e no direito penal, os modelos ou tipos legais são, no geral, fechados, e eom a descrição, quanto possível exata, do fato a que se visa regular.

As operações ou transações no mercado de capitais têm de ser seguras, não só em benefício do público investidor, como também para os emitentes dos títulos, razão pela qual a lei não pode conter imprecisão. O melhor que se pode fazer é traçar um modelo geral, um esquema, deixando para os órgãos especializados a tarefa de fixar o eonteúdo da medida, tal como está na lei 4.242.

Quando a própria lei resolve dispor sobre essas matérias, de regra perde a sua caracteristica de generalidade, torna-se "lei medida" ou "lei providência", assemelhando-se aos atos administrativos. Se se procurar interpretar "o conceito de prátiea habitual" que está no art. 78,, se teria, conforme à linguagem assente no mercado de capitais, enorme dificuldade. É que as indústrias são denominadas de emitentes ocasionais ("Einmalemittenten"), enquanto que os emitentes habituais ("Dauremittenten") são as próprias instituições financeiras, como salienta Delorme Hoessrich (Konsortial-und Emissionsgeschaft (1971), pág. 50).

A distinção se justifica porque as indústrias emitem em geral apenas para financiar um novo empreendimento e as emissões são de prazo médio ou longo. Por outro lado, algumas instituições financeiras especializadas, as "issuing Houses", emitem com habitualidade, porque é assim que elas se suprem de capital. Como se vê, o art. 78 que estamos interpretando só teria proibido a prática habitual de colocação; colocações sucessivas e duradouras de mais de uma emissão, e não a esporádica distribuição de títulos, ainda que em grande volume. Se uma indústria viesse a lançar com habitualidade títulos ao público, não estaria utilizando um instrumento adequado à sua finalidade, a menos que estivesse competindo com os estabelecimentos emissores. Mas como foi tão vago e impreciso o art. 78, que nem sequer cuidou de definir os conceitos por ele utilizados, atribuindo competência à Sumoc para fazê-lo, a proibição careceu de um pressuposto essencial para a sua incidência. A Sumoc exerceu a competência que lhe fora delegada, de exarar ato normativo, com a edição da Instrução n.º 251 e, conseqüentemente, a partir dessa data é que passou a vigorar a proibição.

Vale examinar qual seria a sanção para o lançamento de títulos de crédito sem a eoobrigação de instituição financeira no caso de serem proibidas tais emissões. A doutrina não examinou detidamente este as-

pecto quanto à responsabilidade do emitente, salvo no referente aos que houvessem sido emitidos sem o registro no caso de ser ele necessário, como ocorreu, entre nós, posteriormente à Lei 4.728 (art. 21).

A sanção para o lançamento sem registro após a Lei 4.728, ou sem a coobrigação de instituição financeira não é a nulidade dos títulos, como está nos §§ 795, 11, e 808, a do BGB, que exigem autorização estatal para emissão de títulos ao portador, ou à ordem, mas sua ineficácia. E, ainda que se tenha como absolutamente inválido o título, como no direito germânico, em razão de texto expresso, por vezes se admite a confirmação, em certos casos de emissão pendente de registro (v. Staudinger — Kober, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, § 795 (1912) pág. 1611).

Para que possa ser responsabilizado o emitente é necessário que o título tenha sido posto em circulação por sua vontade. Se não o foi não responde, mesmo que esteja de boa-fé o adquirente (Staudinger — op. cit. pág. cit; Soergel — Siebert, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch v. 3 (1969) § 795, pág. 733, Palandt — Gramm, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch (1968) pág. 639). No direito germânico, o § 794, com o mesmo âmbito de aplicação do art. 1.506 de nosso Código Civil, exarou o princípio de que "o emitente de título ao portador é também responsável mesmo quando ele houver sido roubado, ou perdido, ou por qualquer outro modo, sem a sua vontade, tenha circulado."

Todavia, como se viu, esta regra não vigora quando se trata de emissão sujeita a registro, pois neste caso não se aplica a teoria da criação, de que o título está perfeito com a simples assinatura do subscritor, o que é reconhecido, mesmo por aqueles que a adotam.

Conjugam-se outros fatos, outras vontades, formando o que se denomina de um "doppel Tatbestand", pois que se tornam necessários a vontade de registrar o título, para posterior negociação ao público, e o próprio registro, manifestação de vontade do Estado, sem o que o título não está apto a circular no mercado, embora se saiba que dependa ainda da tradição ao primeiro adquirente (teoria da emissão).

Nesses casos, em nosso direito, de modo igual ao que sucede no direito germânico (e a doutrina lá é unânime), não se aplica a regra do

art. 1506 de nosso Código Civil, porque a hipótese é exceção à teoria da criação por simples vontade e também porque o Estado não está obrigado a registrar o título já que é senhor da política de emissões, e fiscal do mercado e do volume de moeda escritural. Há, portanto, no registro, ato administrativo discricionário, arbítrio estatal, que também integra, para a eficácia, o processo de criação do título. O mesmo pode dizer-se quanto à coobrigação de instituição financeira. Ela pode, ou não coobrigar-se. Supõe-se vontade de outrem, como elemento necessário à criação do título. Todas essas hipóteses são exceções à regra do art. 1506 do Código Civil, de cujo princípio resulta a teoria da criação, exigindo-se que o título tenha entrado em circulação por vontade do emitente. Faltando esta mesma vontade, o emitente não responde segundo os princípios gerais em matéria de indenização; e, em conseqüência não basta a simples negligência para fundamentar o pedido de indenização. Tanto mais é de notar-se esse entendimento quando se sabe que a nota promissória não é um título ao portador, ainda que tenha cláusula à ordem, pois só a ele se assemelha no caso de ter circulado com o endosso em branco, não se lhe aplicando, por igual, e, com mais forte razão, o disposto no art. 1506 do Código Civil.

Portanto, se se quiser caracterizar a responsabilidade da consulente como extracontratual, desde logo ter-se-ia de concluir que não houve aprovação pelo silêncio e, neste caso, a empresa, segundo os princípios gerais, não responderia porque o título fora emitido sem a sua vontade.

Ainda que fosse eficaz o art. 78 da Lei 4.242, como está na Exposição de Motivos do DL 697, de 23 de julho de 1969, na qual se diz se teria acrescentado "aos quatro requisitos fixados pelo artigo 54 do Decreto n.º 2.044 um quinto requisito essencial para caracterização do título cambial," o da coobrigação da instituição financeira, nem assim responderia a consulente, já que, tendo o título uma assinatura falsificada e necessitando estatutariamente da manifestação de vontade de dois diretores, não se aperfeiçoou o contrato de emissão, podendo concluir-se que o título não foi posto em circulação por sua vontade, em nada importando a sua eventual negligência. A única fundamentação para amparar um pedido de indenização seria a "culpa in contrahendo" ou

seja, o dever de indenizar os danos resultantes da aparência de legitimidade do título, que tem pressupostos diversos da responsabilidade em geral. Em outros termos, não se admitindo a existência da figura, a empresa não responderia.

Lançado o título por vontade do emitente, embora sem registro, a responsabilidade no direito alemão abrange os lucros cessantes porque assim dispõe expressamente o § 795, alínea II, do BGB. Não fora isso, e a responsabilidade não os abrangeria (Staudinger — Kober, Kommentar op. cit. pág. 1602), pois o caso seria também de "culpa in contrahendo"

Há outros autores, como Dernburg (Das bürgerliche Recht des Deutschen Rechts und Preussens (1906) § 418, nota 7) que apesar do disposto no § 795, alínea II, do BGB, entendem que a indenização não deve abranger os lucros cessantes.

6. Na verdade, a legislação que mais importa para a solução do presente caso é a do mercado de capitais instaurado pela Lei 4.728, de .... 14-07-1965, pois é a partir desse diploma legal que se tem de examinar o problema exposto pela Companhia Siderúrgica Mannesmann.

A Instrução 251 limitou um pouco a liberdade de emissão, mas a finalidade principal foi aumentar as garantias para os tomadores. O mercado de capitais, que abrange a criação e a circulação de títulos e valores é mercado de médio e longo prazo, razão pela qual se exige, para o seu adequado funcionamento, moeda estável, ou seja, a aplicação aos créditos da correção monetária. Sem a aplicação da correção monetária, do valorismo ao invés do nominalismo, não pode haver interesse na aquisição de títulos de médio e longo prazo.

Demorado período de inflação desestimula este tipo de investimento e, para afastar esse inconveniente, é necessário criar um sistema econômico com base em moeda forte. A correção monetária que se aplica aos títulos que circulam no mercado de capitais serve a esta finalidade, de modo que temos, "em nossa constituição econômica", duas moedas: a do mercado de capitais, e nos demais setores de nossa economia nos quais se determina a aplicação do princípio valorista, mercado de moeda forte; e a das demais transações, mercado de "moeda fraca" ("moneta minuta"), onde vigora o princípio nominalista expresso no art. 1061 de nosso Código Civil.

O princípio valorista veio com a reformulação de nosso mercado de capitais e financeiro instaurado pela Lei n.º 4.728, de 14.07.1965.

Não será necessário dizer que o novo modelo de mercado de capitais é fortemente submetido à intervenção estatal pois compete ao Conselho Monetário Nacional disciplinã-lo (Lei 4.728, de 14.07.1965, arts. 2.º, II e III), protegendo os investidores contra as emissões ilegais ou fraudulentas e impedindo modalidades de fraude manipulação na oferta de títulos e valores. Ao Banco Central do Brasil, autarquia executiva e fiscalizadora das determinações do aludido Conselho Monetário Nacional, compete, entre outras atribuições, registrar títulos e valores mobiliários para negociação nas Bolsas de Valores e as emissões de títulos e valores mobiliários a serem distribuídos no mercado de capitais (Lei 4.728, art. 3.º, V e VI).

Anteriormeute à Lei 4.728 o princípio que vigorava em nosso mercado de capitais era o da mais ampla liberdade para emissão de títulos. Modificado totalmente o modelo econômico do país, foi necessário editar disposições transitórias, que respeitassem os princípios constitucionalmente garantidos de nosso direito intertemporal. As disposições da nova lei não poderiam ferir atos jurídicos e direitos adquiridos, de modo que não era possível extinguir-se, de um golpe, o antigo mercado de capitais, como aliás se ressalvou no art. 17 e seus parágrafos e também na Resolução n.º 88, de 30 de janeiro de 1968, que regulou minuciosamente o registro das pessoas jurídicas e das emissões, e excluiu expressamente de suas normas "os títulos cambiais colocados no mercado de acordo com o art. 17 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965" (Alínea XXV).

Em que poderiam consistir as disposições transitórias previstas no art. 17 da Lei 4.728?

Por força do direito intertemporal seria possível alterar o modo da circulação dos títulos emitidos antes da vigência da lei, mas sem ferir o contrato de emissão e os direitos subjetivos deles resultantes.

As empresas foram desde logo impedidas de emitir novos títulos, salvo no caso do § 2.º do art. 17 da Lei 4.728. É o que se deduz claramente do § 1.º do art. 17:

"as empresas que a partir da publicação desta lei colocarem papéis no mercado de capitais em desobediência ao disposto neste capí-

tulo, não terão acesso aos bancos oficiais e os títulos de sua emissão ou aceite não terão curso na Carteira de Desconto, ressalvando o disposto no parágrafo seguinte."

A exegese do § 1.º do art. 17, é capital para a compreensão do direito transitório do mercado de capitais. Em primeiro lugar, distribuir é sinônimo de colocar título (art. 16, § 2.º, a, b, e, d,), mas colocar o título é "a negoeiação, oferta ou aeeitação de oferta para negociação" publicamente feita, ou "seja mediante qualquer modalidade de oferta pública; mediante a utilização de serviços públicos de comunicação; em lojas, escritórios ou outros estabelecimentos acessíveis ao públieo; através de corretores ou intermediários que procurem tomadores para os títulos".

A sua vez, emissão "é a oferta de negociação dos títulos ou valores mobiliários: pela sociedade emissora ou co-obrigada; por sociedade ou empresas que exerçam habitualmente as atividades de subscrição, distribuição ou intermediação na colocação no mercado de títulos ou valores mobiliários; pela pessoa natural ou jurídica que mantém o controle da soeiedade emissora dos títulos ou valores mobiliários oferecidos ou negociados" art. 16, § 1.º, a, b, c).

Para compreender-se a distinção, é necessário, preliminarmente, estabelecer o eonceito de emissão em termos de mercado de capitais. Juridicamente, emissão é a primeira aquisição do título, mas tal entendimento não basta para descrever o conceito no mercado de capitais (Steinrücke — Seholze, Das Konsortial gesehäft der deutsehen Banken 1956) pág. 76; Delorme — Hoessrich op. cit., pág. cit.). Esse eonceito estrito não estaria adequado ao aspecto econômico do processo de emissão. A finalidade da emissão de valores mobiliários não é, de regra, a transferência de títulos do emitente para o primeiro adquirente contra o pagamento do preço eonvencionado, mas a colocação definitiva das ações ou das obrigações nas entidades ou pessoas que desejam investir (Delorme — Hoessrich, op. cit., pág. cit.). Foi este o conceito que inspirou os dispositivos do art. 16 da Lei 4.728, tendo como emissão não só a criação do título, a sua primeira aquisição, mas também a aquisição subseqüente das entidades ou pessoas que fazem a intermediação para a

definitiva colocação ao público. A distribuição consiste no último ato de todo o processo, pois através dela se visa à colocação dos títulos em mãos do público investidor. Por isso, alude o § 2.º do art. 16, da referida Lei ao modo de operar e à forma com que normalmente se realiza a eolocação final do título.

O § 1.º do art. 17 refere-se, portanto, aos processos de colocação definitiva dos títulos em mãos do público tomador.

Os títulos da consulente foram emitidos anteriormente à vigência da Lei do Mercado de Capitais. O processo de emissão e colocação dos títulos da Companhia Siderúrgiea Mannesmann estava definitivamente concluído e não infringia nenhuma disposição legal da época em que foram lançados ao público. Os seus tomadores, se quisessem transferir os títulos deveriam fazê-lo, respeitando o disposto nas letras, a, b, c, d, do § 2.º do art. 16 da Lei 4.728. O art. 17, § 1.º, refere-se portanto à negociação pública posterior à Lei 4.728 de títulos emitidos anteriormente; ou emitidos posteriormente sem obedecer aos sistemas de distribuição de seu art. 5.º, ou sem autorização.

O § 2.º do art. 17 dispõe que as empresas que tiverem em circulação títulos cambiais com sua responsabilidade poderão ser autorizadas pelo Banco Central a continuar a colocação, com a redução gradativa dos papéis. O parágrafo alude tanto às empresas que haviam colocado títulos diretamente ao público, como às que colaboraram na emissão, endossando, por exemplo, os meneionados papéis.

Essas empresas teriam grande prejuízo se ficassem impedidas de distribuí-los, razão pela qual o Banco Central poderia autorizá-las a continuar sua negoeiação pública, mediante redução de seu número, com a liquidação em 12 meses. Era uma faculdade, de modo que se a empresa não pretendesse negociar mais os títnlos, suspendendo as ofertas ao público, nada se lhe poderia objetar. O que a empresa não poderia fazer era continuar negociando publicamente seus títulos, sem que para isso estivesse autorizada, em desrespeito ao § 2.º do art. 17, pois dependia agora de registro ou autorização do Banco Central. (Lei 4.728, art. 3.º, VI; e art. 21).

Em razão do § 2.º do art. 17 da Lei 4.728, originaram-se situações perfeitamente distiutas: a das empresas que utilizaram a faculdade, e continuaram a colocação de seus títulos ao público; e a das que não o fizeram, e portanto tinham de cessar imediatamente a colocação (art. 17); e ainda a das que continuaram a distribuir seus títulos sem a necessária autorização.

Também, a posição jurídica dos adquirentes dos títulos era diversa, conforme fossem os títulos emitidos, anteriormente à Lei 4.728. ou posteriormente, distribuídos com ou sem autorização do Banco Central. Os possuidores de títulos emitidos antes da vigência da Lei do Mercado de Capitais não tinham acesso ao regime jurídico da Lei 4.728. Os adquirentes de títulos emitidos após, com a autorização do Banco Central, tinham os seus títulos perfeitamente regularizados; para evitar qualquer dúvida sobre este aspecto a Resolução 88, alínea XXV, os excluiu expressamente de seu âmbito.

Os tomadores dos títulos distribuídos sem autorização do Banco Central, sendo esta autorização pressuposto de eficácia do título, eram portadores de títulos sem nenhum efeito jurídico, e ilegais por não atenderem o disposto no § 2.º do art. 17.

Todas essas situações, inconfundíveis entre si, foram reguladas pela Resolução 24, de 31 de maio de 1966, do Banco Central e pelo DL 286, de 28 de fevereiro de 1967.

Na alínea 1.ª da Resolução n.º 24 afirma-se que:

"as empresas responsáveis por títulos cambiais em circulação em condições proibidas pela Lei 4.728, de 14-07-1965, que não tenham, POR QUALQUER MOTIVO, se utilizado da faculdade prevista no § 2.º do art. 17 do referido diploma legal, poderão os portadores, para efeito do que dispõe a alínea VI, do artigo 3.º, da Lei 4.728, solicitar diretamente o registro ao Banco Central dentro do prazo de sessenta (60) dias a contar desta data."

E a alínea II dispôs ainda que:

"Se os portadores dos títulos não providenciarem, no prazo adicional aqui indicado, a regularização de sua apresentação, sujeitar-se-ão às penalidades cominadas no § 4.º do art. 17, da lei 4.728".

A disposição era aplicável aos tomadores de títulos emitidos anteriormente à Lei 4.728, e aos que houvessem sido em período posterior a ela, pois abrangia as empresas que não se utilizaram, por qualquer motivo, da faculdade conferida pelo § 2.º do art. 17. Tais empresas são as que cessaram, ou já haviam cessado, de distribuir seus títulos em obediência à proibição, ou as que continuaram a sua colocação sem para isso estarem autorizadas. Neste caso a emissão era ilegal, e os títulos irregulares, por infringência do § 2.º do art. 17. Em ambas as hipóteses deu-se aos tomadores o direito de efetuar o registro.

Quanto aos títulos emitidos anteriormente à Lei do Mercado de Capitais, a Resolução n.º 24 continha regra de direito transitório com a finalidade de permitir o acesso dos tomadores ao regime jurídico do Mercado de Capitais, pois esclarece que ele seria realizado para os efeitos da alínea VI do art. 3.º da Lei 4.728, através da qual se outorgou competência ao Banco Central "para registrar emissões de títulos ou valores mobiliários a serem distribuídos no mercado de capitais", embora o registro não tenha a virtude de sanar vícios materiais que eventualmente o título possa conter. No referente aos títulos emitidos posteriormente à Lei 4.728, sem estarem autorizados pelo Banco Central, o registro tinha a finalidade de regularizá-los, conferindo-lhes eficácia, se o Banco Central entendesse de mantê-los em circulação, pois podia inclusive determinar o seu imediato resgate.

O direito de registrar conferido aos tomadores tinha a categoria de "direito formativo" e ao mesmo tempo de "ônus" pois a multa prevista no § 4.º do art. 17 servia-lhes de estímulo, ou de "coação psicológica", criando-lhes "um dever para com eles mesmos". Não se pense que a multa era o único efeito do não exercício do aludido direito. Quando há prazo para o exercício de um direito desse tipo ele é preclusivo; não podendo ser dinamizado após o seu transcurso. A conseqüência da preclusão é a impossibilidade de ser aplicado a esses títulos o regime jurídico de capitais, cujo benefício consiste no acréscimo da correção monetária.

O DL 286, de 28 de fevereiro de 1967, tem sua incidência restrita aos títulos emitidos posteriormente à Lei 4.728, pois "dispõe sobre a regularização de emissões ilegais de títulos" Enquanto a Resolução n.º 24 se endereçava às empresas que não se houvessem utilizado, por qualquer motivo, da faculdade constante no § 2.º do art. 17, o DL 286 tem em mira a situação daquelas que não tivessem obedecido às disposições inscritas naquele parágrafo, pois assegura o prazo de trinta dias "para atenderem o que preceitua o § 2.º do mencionado artigo", ou seja do art. 17 da Lei 4.728. Por sua vez, exclui de seus comandos as empresas cujos títulos já houvessem sido registrados pelos seus tomadores, com base na Resolução n.º 24. Esses títulos já estariam regularizados, ou resgatados, não fazendo parte da emissão ilegal.

Reza o art. 1.º do DL 286 que:

"às empresas que tenham em circulação títulos cambiários de sua responsabilidade em condições proibidas pelo art. 17 da Lei 4.728. de 14 de julho de 1965, na data da publicação deste Decreto-Lei, fica assegurado o prazo improrrogável de 30 dias (trinta) para atenderem o que preceitua o § 2.º do mencionado artigo; sob pena de ficarem sujeitas, ao final desse prazo, à multa cominada no § 4.º do mesmo artigo que será aplicada pelo Banco Central da República do Brasil e cobrada pela Fazenda Nacional."

O art. 1.º do DL exara regra sobre prorrogação de prazo de regularização dos títulos que ainda estivessem em circulação na data que entrou em vigor, isto é, em 28 de fevereiro de 1967. É dispositivo sobre a observância ou atendimento ao disposto no § 2.º do art. 17 da Lei do Mercado de Capitais, de modo que no art. 1.º nada se acrescenta, afora a prorrogação do prazo, do que nele se previa.

O art. 2.º estatui sobre a dispensa do registro em certas hipóteses, mas nada amplia ou restringe a respeito do âmbito de aplicação do aludido DL 286, sucedendo o mesmo com os demais artigos. Permanecem, portanto, em vigor, confirmados pelo DL 286, no essencial, os preceitos do art. 17, § 2.º da lei 4728. Pelo art. 17, § 2º verifica-se que somente aquelas empresas que houvessem continuado a colocar seus títulos, sem obedecer o que nêle está disposto, é que seriam passíveis das penalidades previstas no DL 286.

Criou-se, por força desse mesmo artigo, um "mercado suplementar" com base na autorização do Banco Central, destinado à gradual extinção, atendendo à situação das empresas que neeessitassem ainda da colocação de seus títulos para cumprimento de seus planos econômicos elaborados anteriormente à edição do novo sistema de distribuição do Mercado de Capitais.

Já aludimos a que o registro ou a autorização não sanam nenhum vício ou defeito material de que sofra o negócio de emissão, constituindo-se, somente, em pressuposto de eficácia do título de crédito. Sem eles os títulos são ineficazes, e a ineficáeia é oponível a terceiros. mas cumprindo-se posteriormente o requisito, adquirem a eficácia que lhes é própria. O DL 286 foi editado para regularizar emissões ilegais e o registro ou a autorização do Banco Central só podem sanar os defeitos decorrentes do fato de não haver sido autorizada ou registrada a emissão como no caso de uma empresa que houvesse continuado a colocar títulos sem cumprir a exigência do § 2.º do art. 17 da Lei 4.728. Convém frisar, ainda uma vez, que a autorização do Banco Central era exigida (art. 17 § 2.º) somente para as empresas que desejassem continuar a colocação de seus títulos no "mercado suplementar", o que não suceden com a Companhia Siderúrgica Mannesmann, cuja emissão já havia sido concluída há vários anos.

7. No caso da responsabilidade delitual, em rigor de princípio, e não levando em consideração a aparência de autenticidade dos títulos, a Companhia Siderúrgica Mannesmann não responderia porque o título fora emitido sem sua vontade, não bastando a negligência, nem a boa-fé de tereeiros, para obrigá-la a indenizar.

O problema a ser resolvido seria de saber se as soeiedades anônimas respondem pelos atos ilícitos de seus diretores. Já vimos que o direito brasileiro adotou a concepção da diretoria eomo órgão, mas não na plenitude de seu significado, como no direito alemão e franeês atual. Sendo ilícito o ato, tem-se que a Companhia Siderúrgiea Mannesmann por ele não pode responder, pois, em face do disposto no art. 121 da Lei das Sociedades Anônimas, o ato aearreta a responsabilidade pessoal de quem falsificou os títulos.

Não se pode sustentar que a responsabilidade se fundamentaria na culpa "in vigilando" dela para com seus diretores, já que isto importaria em afirmar ser a sociedade sempre responsável pelos atos ilícitos praticados por seus diretores, quando se sabe que ela não age por vontade própria, senão com a dos que a presentam. Esta solução viria a ferir o princípio do art. 121 da Lei das Sociedades Anônimas que define as responsabilidades da sociedade e dos diretores.

No direito germânico, em que se deram os mais amplos poderes aos diretores, praticamente ilimitados, a sociedade é quem pratica o ato ilícito e não os diretores (Godin - Wilhelmi, op. cit. I, § 78, v. 14), pois se parificou no campo do direito civil, quanto à capacidade negocial e delitual, a pessoa jurídica à pessoa física.

Os dispositivos legais em nosso direito são profundamente diversos e a sociedade anônima só se obriga quando se tratar de "ato regular de gestão" (art. 121). Ora, ninguém pode considerar exercício regular de gestão a prática de ato ilícito. Por outro lado, o diretor não é empregado, preposto ou auxiliar, é partícipe de órgão de modo que não se pode pretender que seja a sociedade responsável, nos termos do art. 1.521 do Código Civil. Se responsabilidade delitual houvesse, teria consistido em não esclarecer de imediato ao público que os títulos continham uma assinatura falsa. Não fazendo, levando longe demais o princípio da responsabilidade, em termos de sociedade anônima, a única que se poderia configurar seria a da "culpa in contrahendo", indenizando apenas os danos causados em razão da confiança na autenticidade do negócio, ou seja, como já se mencionou, o interesse negativo.

Se a hipótese objeto da consulta pudesse ser considerada como ato ilícito, cuja reparação teria de consistir na indenização do dano emergente e do lucro cessante, nem assim seria de atribuir-se correção monetária à indenização, pois não se trata de "prestação de coisa", mas de dívida de "prestar em dinheiro."

Para exata localização do problema impõe-se o exame dos princípios que governam a "constituição econômica" de nosso direito privado.

Não vale aqui recordar todas as repercussões que os diferentes conceitos de moeda tiveram dentro do direito, pois o certo é que, superada a concepção metalística, vigora em todos os países o princípio nominalista, que se expressa na proposição cruzeiro é igual a cruzeiro (Cr$ 1 = Cr$ 1), independentemente das alterações porque possa ter passado o seu "poder latente de comprar". O princípio nominalista, expresso no art. 1061 de nosso Código Civil, abrange não só a indenização por descumprimento contratual, como também os casos de responsabilidade delitual.

Uma só concepção de moeda cobre todo o campo do direito privado, sem que se possa distinguir, para esse efeito, a fonte da obrigação de reparar, se delitual ou contratual, e muito menos afirmar que nesta vigora o nominalismo, e naquela o valorismo, salvo se alguma lei dispuser em sentido contrário.

Em nosso direito, sempre que necessário, editaram-se normas alterando o sistema monetário, de sorte a fazer incidir o valorismo em amplos setores de nossa economia, constituindo-se em verdadeiras leis de reformulação da moeda. Mas fora desses setores e das hipóteses objeto de normação específica, não há lugar para aplicação de outro princípio que não o nominalismo.

Em 1948, com a edição da "Lei de Reformulação da Moeda", na Alemanha, foi suscitado o mesmo problema, ou seja, o de saber se as indenizações por atos ilícitos estariam submetidas ao nominalismo. E houve necessidade de distinguir vários casos: indenização resultante de lesão a bem que não seja dinheiro: e cujo montante ainda não tivesse sido fixado na data em que a lei entrou em vigor; ou que já tivesse sido fixado o montante; ou ainda lesão a bem que seja originariamente dinheiro.

Somente nas hipóteses de lesão a bem que não seja dinheiro e cujo montante não houvesse sido fixado antes da data em que a lei que reformulou a moeda passou a vigorar, é que se considerou dívida de valor (K. Larenz, Schuldrecht, I, § 13 (1962), pág. 138).

A reformulação da moeda em nosso País obedeceu a uma outra política, nitidamente pragmática, pois, ao invés de normar-se numa só lei as hipóteses em que as dívidas originariamente em dinheiro pudessem ser transformadas em dívidas de valor, se preferiu regrar casuisticamente os setores, por meio de leis sucessivas.

No mercado de capitais o valorismo passou a incidir, entre outras hipóteses, nos casos de letra de câmbio ou nota promissória, com saque ou aceite ou emissão dos Bancos Privados de Investimento e Desenvolvimento ou Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento (Lei 4.728, art. 27, I); nos depósitos a prazo fixo em favor dos Bancos Privados de Investimento e Desenvolvimento (Lei 4.728, art. 28); nos empréstimos concedidos pelos Bancos Privados de Investimento e Desenvolvimento (Lei 4.728, art. 29, VI); nas debêntures subscritas ou colocadas pelos Bancos Privados de Investimento ou Desenvolvimento (Resolução 18); nas debêntures e obrigações emitidas pelas sociedades anônimas (Lei 4.728, art. 26); nos títulos de renda fixa (DL 403, art. 2.º, § 2.º).

Fora dos casos disciplinados mediante leis, claro é que o nominalismo só abrange as situações em que o dinheiro é, originariamente, o objeto da prestação devida, e não nas demais. O dano a qualquer outro bem tem de ser reparado mediante a reposição "in natura", e não sendo isso possível a indenização se fará em dinheiro, aplicando-se-lhe o valorismo e não o nominalismo.

Não se qualifica o dinheiro, na atualidade, propriamente como "coisa", no sentido das demais coisas fungíveis e consumíveis, uma vez que não interessa juridicamente, senão em escassa medida, o seu substrato, papel ou moeda; o que verdadeiramente importa é o valor que nele se insere. Como, nos casos de lesão, tem de repor-se o valor ofendido, é necessário saber a que princípio está submetido este mesmo valor, se ao nominalismo, a que se refere o art. 1.061, do Código Civil, ou ao valorismo, das leis de exceção.

É preciso salientar que nosso Código Civil tem dois sistemas de indenização. No geral, eles abrangem o dano emergente e o lucro cessante (art. 1059), mas não assim quando se tratar de indenizar prestações em dinheiro, porque, neste caso, não importa o art. 1.059, mas o art. 1.061, para aplicação do qual são indiferentes os conceitos de "dano emergente" e "lucro cessante". Tem-se de indenizar somente o que nele está expresso. Outros prejuízos dependem sempre de convenção nos limites em que é admitida, o que não sucede nas hipóteses do art. 1.059.

Não se pode, portanto, pensar que a desvalorização da moeda pudesse ser "lucro cessante" em matéria de indenização de dívida de prestar em dinheiro, pois este conceito é para esse tipo de indenização totalmente indiferente. Não é, em conseqüência, o lucro cessante abrangido pelo conceito de "prejuízo", como nos demais casos de indenização. Se fosse possível considerar a desvalorização da moeda "lucro cessante", essa concepção não se aplicaria aos casos de "culpa in contrahendo". Na verdade, a "correção monetária" só é devida quando sobre a moeda incide o valorismo, porque então é preciso repor o valor que se perdeu, atualizando-se o seu "poder latente de comprar", que, com o decurso do tempo, se alterou.

É também certo que o "valorismo" ou a "correção monetária" dependem da lei, porque o nominalismo é tido sempre como vigorante, uma vez que a "finalidade da moeda é de ser a base para um sólido intercâmbio financeiro e, para isso, tem de ser independente das oscilações de curso" (Esser, Schuldrech, § 44,2 (1960), pág. 152).

Por esse motivo, quando se adota o princípio valorista, como se fez em amplos setores de nosso direito privado, é preciso submeter a moeda à interferência estatal da maior amplitude, estabelecendo-se períodos determinados para a correção de valor.

Só nos setores abrangidos por essas leis é que se pode aplicar o princípio valorista e em razão disso é que se afirma estar a correção monetária submetida ao princípio da legalidade.

Assim é, mas com uma restrição: o nominalismo só se aplica nos casos em que o objeto da prestação originariamente for em dinheiro "tout court".

Excluem-se, portanto, as dívidas de "prestar coisas", de reparar lesão a outros bens e as dívidas alimentares, porque nestas o dinheiro é meio de satisfação de necessidades vitais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem firme o princípio da legalidade da correção monetária, pois não cabe aos Tri-

bunais, ainda que ao mais elevado, a tarefa de reformular a moeda (RE 75.103, publicado em 13/12/72; RE 75.460, publicado em 2/5/73); RE 75.770, publicado em 2/5/73; RE 71.050 (RTJ 59-848); RE 68.196 (RTJ 56-858); RE 68.394 (D.J.O 4/5/1973); RE 66.583 (RTJ, .. 53-378); RE 72.445 (RTJ 60-553); ERE 62.266 (RTJ 64-386); RE 69.637 (DJ 28/9/73); RE 70.716 (D. J. 28/9/73); RE 70.857 (RTJ 63-442); RE 73.201 (RTJ 62-483); RE 73.788 (RTJ 62-255); RE 73.176 (RTJ 61.264); RE 73.200 (RTJ 60-867); RE 72.684 (RTJ 59-622); RE 67.921 (RTJ, 52-671).

Excepcionalmente permitem alguns países a revalorização das dívidas de prestar em dinheiro, mas isto tem sucedido quando não há legislação sobre a moeda, delimitando os setores onde se deve aplicar o valorismo. Admite-se a revalorização quando se manifesta uma "impossibilidade econômica", ou se o "negócio" perdeu a sua "base", de tal sorte que, não tendo nenhum sentido para as partes, os tribunais cuidam de interferir no valor da prestação. Não basta a simples injustiça decorrente da inflação (Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, § 27, 2 (1964) pág. 143). Ela é aplicável nos casos mais extremos, sendo necessário ponderar as circunstâncias da espécie concreta segundo a boa-fé, como decidiu o Superior Tribunal Alemão (OGH 1, 62, (68); Blomeyer, op. cit., pág. cit.).

Ao ponderar, conforme boa-fé, o caso concreto, ter-se-ia de examinar a conduta do devedor e do credor para verificar se algum deles deixou de tomar alguma providência que lhe competia, sobretudo para minorar os efeitos da eventual indenização a ser prestada.

No presente caso, se o devedor fez o possível para pagar, e se o credor nenhum interesse teve em receber a sua dívida, não a registrando nos termos da Resolução n.º 24, parece que não cumpriu com os deveres de boa-fé, de modo que não pode agora pretender benefícios resultantes de sua própria incúria.

O mesmo pensamento norteou o aresto proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 69.637, em que o Relator, o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, acentuou, para não aplicar a correção monetá-

ria, que o "recorrente, tendo títulos líquidos, certos e vencidos, não se apressou a executá-los, durante mais de quatro anos." Resumindo, parece-me que para atribuir eorreção monetária em dívida originariamente de prestação em dinheiro seria neeessário que houvesse desvalorização extrema da moeda e ao mesmo tempo uma conduta segundo a boa-fé do credor. Tem-se que as exigências de uma conduta eonforme a boa-fé são aplicáveis a relações jurídicas de todo o tipo (Blomeyer, op. cit. pág. cit.), inclusive às resultantes de atos ilícitos e supõem o exame da conduta concreta dos figurantes, não bastando, para aplicação da correção monetária, a simples desvalorização da moeda, e nem mesmo a injustiça daí deeorrente, se o credor não tomou as providências que lhe competiam. A demora em propor a ação, em casos como este, leva à dúvida se ambas as assinaturas não teriam sido falsificadas, ou se o título não foi emitido após o conhecimento dos fatos, aliás notórios, que envolveram a Companhia Siderúrgica Mannesmann.

Por fim a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aplicando a correção monetária nas indenizações por acidente de trânsito, (RE 69.002, DJ 12/6/1973), por morte (ERE 63.768, publ. em 7/10/1970), e nas obrigações alimentares.

Não tem como devida a correção monetária nas rescisões de contrato de eompra e venda (ERE 69.266 RTJ 64/386), nos casos de responsabilidade extraeontratual por danos causados por inquilinos no prédio locado (RE 68.196 RTJ 56/858) e no de responsabilidade resultante de tratamento médico mal feito que ocasionou ao paciente a perda de um braço (RE 73.788 RTJ 62/255).

Conforme a jurisprudência prevalente, vigora em toda a sua plenitude o princípio da legalidade da eorreção monetária, não se distinguindo entre dívida de "prestar coisas" e dívidas originariamente em dinheiro. No particular, parece-me que se deveriam separar as hipóteses, para eonsiderar as dívidas de "prestar coisas" como dívidas de valor. O que porém tenho eomo absolutamente exato é que ela não distingue, para efeito de indenização, a fonte contratual da delitnal.

Não deve fazê-lo porque ambas se submetem aos mesmos princípios, uma vez que nosso Código Civil não considerou a indenização por ato ilícito como uma espéeie de "pena" ou "punição". Se essa carac-

terística existisse, não teríamos a regra de que a amplitude da indenização independe do fato de ter o agente praticado sua ação com culpa ou dolo (Cód. Civil, art. 1.060).

Não atribuindo nos casos referidos correção monetária, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a desvalorização da moeda não chegara àquela situação absolutamente extrema que justificasse a assunção pelo judiciário de poderes para modificar o princípio nominalista em vigor por força do art. 1.061. E, por outro lado, a União, sempre que necessário, edita leis que reformulam a moeda, para aplicação do princípio valorista, de modo que só nesses setores é que pode incidir a correção monetária.

CONCLUSÃO

1. Em conseqüência, tenho que as notas promissórias, com uma assinatura falsificada, obrigam a sociedade porque houve confirmação do contrato de emissão dos títulos, não só tácita, como também expressa, com o pagamento de títulos absolutamente iguais de outros tomadores.

A responsabilidade é negocial, e não extracontratual, de modo que a ação teria de ser de cobrança.

2. O que a consulente tem de prestar, ainda que se entendesse cabível ação de indenização com base em ato ilícito, é a soma de dinheiro entregue não se computando nela a correção monetária. Não é devida a correção monetária, porque a dívida era originariamente em dinheiro, não se lhe aplicando o DL 286.

Em termos de responsabilidade delitual, a única que se poderia configurar seria a resultante do prejuízo sofrido pela confiança na autenticidade da cártula ("culpa in contrahendo"), sendo que a reparação, nesta hipótese, não abrangeria os lucros cessantes.

Qualquer que seja o enquadramento jurídico que se dê à espécie se chegaria sempre à conclusão de não ser aplicável ao débito a correção monetária, porque o valorismo supõe a existência de lei que o consagre.

Este é o meu parecer, s. m. j.

DA INVALIDADE DE CLÁUSULA PENAL DESTINADA A IMPEDIR A ENTRADA NO MERCADO DE EMPRESA CONCORRENTE

ARNOLDO 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 regra Moral pode ser estudada primeiro na sua função normativa, quando ela vem impedir o abuso da forma jurídica que se queria utilizar para fins que a moral reprova. Contra o princípio da autonomia da vontade, ela cria a necessidade, para as partes, de respeitar a lei moral, a proteção necessária devida ao contratante que se encontra em situação de inferioridade e que é explorado pela outra parte.

Contra o exercício ilimitado dos direitos, ensina que pode haver uma injustiça em esgotar as prerrogativas de uma faculdade; que se deve controlar a ação do credor provinda do contrato e ligando a si o devedor; que o Juiz deve apreciar com que sentido e com que fim age aquele que pretende exercer um direito, e, se essa ação não é lícita, recursar-lhe o seu concurso".

Georges Ripert (**Le règle morale dans les obligations civiles**, Paris, **librairie générale de droit et de jurisprudence**, 4a. edição, 1949, n.º 3 pág. 6).

"...A liberdade econômica não é um princípio absoluto, em nome do qual se possam admitir os próprios pactos que excluem tal liberdade, mas é um regime social e econômico a defender mesmo contra a liberdade individual se este o ameaçar".

San Tiago Dantas (**Problemas de Direito Positivo**, Rio, Forense, (1953, pág. 21)

EMENTA — Há unicidade de negócio ou combinação de operações com finalidade indireta quando vários contratos, decorrentes uns dos outros, e de natureza complementar, visam alcançar uma determinada finalidade econômica, constituindo os vários instrumentos, na expressão empregada pela jurisprudência, verdadeiros "irmãos siameses".

É lícito o negócio indireto que implica em assegurar, ao credor de financiamento, compensação superior aos juros de 12% (doze por cento) ao ano, qualquer que seja a forma de vantagem complementar obtida e que, no caso, importa em assegurar a exclusividade da venda dos seus produtos no estabelecimento comercial do financiado.

Importa em usura a cumulação de cláusulas penais em vários contratos vinculados entre si com a finalidade de ultrapassar o limite de 10% (dez por cento) do valor do contrato básico de financiamento, com infração do art. 9.º do Decreto n.º 22.626, de 7.4.1933.

O contrato usurário é nulo de pleno direito e não produz efeitos jurídicos, não ensejando indenização a declaração de sua nulidade (art. 11 da Lei Usura).

A liberdade contratual legalmente consagrada não justifica nem legitima o abuso de direito e o abuso do poder econômico, sob qualquer das suas formas diretas e/ou indiretas.

Tem objeto ilícito o contrato cuja finalidade consiste, mesmo que por via oblíqua, em "criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa" (art. 2.º, inciso I, alínea g) da Lei n.º 4.137, de 10.9.1962), constituindo, assim, evidentemente, "abuso do poder econômico", vedado pela Constituição Federal (art. 160, inciso V da Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969).

O contrato de adesão deve ser sempre interpretado de acordo com o interesse social e atendendo-se à proteção que

deve merecer o aderente, por não ter tido condições adequadas para intervir ativamente na elaboração do documento que lhe foi imposto.

A cláusula penal visa a prefixação de perdas e danos, uão podendo constituir um instrumento de enriquecimento sem causa, nem uma restrição indireta à liberdade do comércio.

O comodatário pode devolver, em qualquer tempo, os bens objeto do comodato, mesmo tendo o contrato duração determinada, conforme a lição da doutrina e da jurisprudência mansa e pacífica dos tribunais.

São nulas as cláusulas potestativa e leonina.

I. DOS FATOS

1. De acordo com os termos da consulta, várias empresas de distribuição de derivados de petróleo, que atuavam no mercado brasileiro, decidiram impedir que os seus revendedores passassem a trabalhar com a Petrobrás Distribuidora S. A., incluindo, com esta finalidade, cláusulas contratuais pelas quais impunham multas leoninas e extorsivas para a hipótese de rescisão unilateral do contrato pelo revendedor. Tais multas ultrapassavam o próprio valor do contrato e até mesmo o capital social e o movimento financeiro das empresas varejistas da distribuição de derivados do petróleo, criando, para as mesmas, uma impossibilidade de fato de rescindir os contratos vigentes e implicando, pois, pela desproporcionalidade das penas previstas, em indevida e ilícita restrição à liberdade de comércio constitucionalmente garantida.

2. As empresas distribuidoras firmavam com os varejistas vários contratos entre os quais se destacavam:

a) o contrato de compra e venda mercantil ou de promessa de venda, pelo qual o revendedor (posto de gasolina) se obrigava a adquirir, da distribuidora, determinada quantia mensal mínima dos seus produtos, com exclusividade, por um período geralmente fixado em 10 (dez) anos;

b) o contrato de comodato, pelo qual a distribuidora emprestava ao revendedor, pelo mesmo prazo do contrato anterior, equipamentos utilizáveis na exploração do posto de gasolina (bombas, tanques...);

c) eventualmente, um contrato de financiamento destinado a permitir, ao revendedor, a aquisição da área na qual instalaria o seu posto e de facilitar a construção do mesmo.

3. Nos vários contratos acima referidos, a infração de qualquer das cláusulas era punida com multas compensatórias de vinte salários mínimos "por unidade de coisa emprestada" e de dez salários mínimos por mês restante do prazo contratual, autorizando-se ainda a rescisão unilateral pela distribuidora, enquanto tal faculdade não era reconhecida ao revendedor varejista, embora fosse da própria natureza do comodato.

4. Esclarece a consulente que as empresas distribuidoras tinham acordos, expressos ou tácitos, no sentido de impedir que os revendedores mudassem de "bandeira", ou seja, trocassem de companhia fornecedora, devendo manter-se fiéis à distribuidora com a qual trabalhavam. Assim sendo, as multas convencionadas visavam assegurar, de um lado, a manutenção do **statu quo,** nos termos da organização de um cartel de distribuição, e, por outro, impedir a entrada no mercado de novos concorrentes.

5. Tendo havido rescisão unilateral do contrato por parte de revendedor, indaga-se da legalidade das multas que dele pretende obter a distribuidora que, para tanto, se fundamenta no princípio geral da liberdade de contratar e de fixar as cláusulas convencionais, alegando que os pactos devem ser respeitados **(pacta sunt servanda).**

6. Apreciando as decisões judiciais já proferidas na matéria, desdobramos os diversos aspectos do problema, para melhor análise, apreciando sucessivamente:

a) a unicidade negocial dos vários instrumentos existentes entre as distribuidoras e os revendedores, ensejando um conjunto de operações com uma única finalidade;

b) a existência, no caso, de abuso de poder econômico e de abuso de direito;

c) a interpretação do contrato de adesão, que deve atender ao interesse social e proteger o aderente;

d) o sentido da cláusula penal, que não pode ensejar um enriquecimento sem causa, nem constituir um instrumento de chantagem;

e) a estrutura do comodato, que é contrato unilateral, favorecendo o comodatário e permitindo-lhe devolver em qualquer tempo, o bem emprestado;

f) a nulidade da condição potestativa e da cláusula leonina.

II. DA UNICIDADE NEGOCIAL E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

7. Verificamos, nos contratos que nos foram exibidos, que as distribuidoras assinaram com os revendedores contratos de financiamento para a construção de postos, de comodato de tanques e de bomba e de promessa de compra para revenda de quantidades mínimas de gasolina, óleo diesel e querosene, tendo todos os contratos prazo de vigência de 10 (dez) anos e fixando pesadas multas no caso de inadimplemento.

8. Evidencia-se a relação entre os vários contratos, pois uns se referem aos outros, complementando-se reciprocamente, havendo, na realidade, um único negócio, embora concretizado em vários instrumentos. Nota-se, assim, que o contrato de financiamento, por exemplo, estabelece como compensação do financiador (distribuidora), além dos juros de 12% (doze por cento) ao ano, o direito para o credor de obrigar a empresa financiada (revendedor) a utilizar o seu posto exclusivamente para revenda dos produtos da financiadora-distribuidora. Por outro lado, o contrato de financiamento contém cláusula obrigando o financiado a assinar o contrato de comodato e este estipula que o comodatário só poderá utilizar os equipamentos para medir, guardar, vender e anunciar os produtos da financiadora, que é também a comodante (distribuido-

ra). Conseqüentemente, ao receber o financiamento, o revendedor se obriga a receber em comodato equipamento só utilizável para a comercialização dos produtos da distribuidora. Assim sendo, a seqüência necessária dos dois primeiros contratos consiste na assinatura do terceiro — de promessa de compra e venda mercantil — sob pena de não poder o revendedor operar com o posto e o equipamento.

9. Há, pois, incontestável entrosamento entre os três instrumentos, pois a partir da assinatura do primeiro, não existe mais a possibilidade para o financiado de deixar de assinar os demais, sob pena de responsabilidade civil, com pagamento de multas e com o risco de não poder utilizar o posto de gasolina, diante das obrigações contratuais assumidas em favor da distribuidora.

10. A unicidade do negócio foi, aliás, expressa e explicitamente reconhecida em várias ações judiciais pelas distribuidoras, numa confissão que não pode deixar de ser admitida pela justiça, pois constitui prova irrefutável. Assim, por exemplo, na ação que intentou em São Paulo contra Auto Posto Juntas Provisórias Ltda., a ESSO reconheceu que

> **"Formam os três contratos um todo,** por assim dizer, **dada a sua íntima ligação,** pois a **Ré quando concedeu o financiamento, o fez com finalidade expressa e objetivando assegurar a venda de seus produtos no posto financiado, como revela a simples leitura dos três aludidos ajustes".** (fls. 23 da ação de consignação).

11. A doutrina admite a existência da união dos contratos e dos contratos conexos sempre que, por vários instrumentos, se pretende, na realidade, atingir um único fim. Salienta a respeito PONTES DE MIRANDA que:

> "Pode ocorrer que os figurantes concluam, em instrumentos separados, dois ou mais negócios jurídicos e os liguem, de modo que se tenham de tratar como sujeitos à mesma sorte, ou que sejam separados, nas suas cláusulas, e constem do mesmo instrumento. Também é possível a ligação entre dois ou mais

negócios jurídicos concluídos em tempos diferentes — portanto, também em instrumentos diferentes — e que um dependa do outro, ou cada um dependa de qualquer dos outros.

O contrato pode consistir em contratos de dois ou mais tipos, unidos. Ou ter contraprestação de outro tipo, o que acontece quando a contraprestação em vez de ser em dinheiro (compra-e-venda), ou de consistir em outra coisa (troca), consiste em serviços. Aí, o que presta coisa responde como vendedor ou trocador, e o que contrapresta conforme as regras jurídicas sobre prestação de serviços. Todavia, pode ter-se de inquirir do sentido especial, da finalidade e do próprio tipo preponderante". (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado,** tomo XXXVIII, Rio, Borsoi, 1962, § 4257, 4, pág. 368).

No mesmo sentido, tivemos o ensejo de esclarecer que:

> "A conexidade no plano contratual corresponde à acessão nas relações entre os bens. Do mesmo modo que certos bens são acessórios em relação a outros, determinados contratos são dependentes, subordinados ou conexos com outros. A conexão surge entre dois contratos independentes ou entre um contrato principal e outro acessório.
>
> Deste modo, há conexão entre o contrato de locação (principal) e contrato de fiança (acessório) ou, numa venda de imóvel na planta, em que as partes distinguiram a venda da quota do terreno e a construção das benfeitorias, entre os contratos de venda do solo e de empreitada (em relação ao apartamento ou casa a ser construída)". (ARNOLDO WALD, **Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos.** 4a. edição, São Paulo, Sugestões Literárias, 1974, p. 207).

12. Na presente hipótese, tanto as partes interessadas como os julgados proferidos em ações por eles intentadas, reconhecem, de modo uniforme, manso e pacífico, a ocorrência da unicidade do negócio

Com a sua habitual acuidade e erudição, o Desembargador e Professor CUNHA PEIXOTO teve o ensejo de analisar a situação criada, em acórdão de 25.3.1971, que proferiu na Apelação Cível n.º ... 34.127, sendo respectivamente apelante Posto Trevo Ltda. e apelada ESSO Brasileira de Petróleo S. A., e que mereceu a chancela do Supremo Tribunal Federal, tendo o ilustre jurista mineiro salientado, naquela ocasião, que:

> "O processo mostra haver uma relação entre o contrato de compra e venda e o de financiamento. **São eles irmãos siameses.** Verifica-se ter a autora prometido à Ré um financiamento da construção do seu posto e esta a razão da assinatura do contrato de fls. 13. Se a Ré já vendia produtos da autora, e, como está demonstrado nos autos, nunca lhe foi negado o fornecimento, evidente que, sem nenhuma vantagem não iria assinar um contrato de exclusividade de compra de produtos da autora. É de notar que a autora podia vender para quem quisesse, mas a Ré só podia comprar dela.
>
> .....
> .....
> .....

Por outro lado, não é só o contrato de financiamento com o de promessa de compra e venda que são inseparáveis, também este o é do de fls. 14. **A Ré evidentemente, não poderia adquirir o produto da autora, pelo menos parte dos produtos da autora, sem parte do vasilhame que foi dado em comodato.** A Ré não poderia adquirir a gasolina e o óleo diesel sem ter os tanques subterrâneos e as bombas. **Ora, se lhe era lícito devolver a qualquer tempo, mesmo antes do término do prazo, sem estar sujeita a nenhuma multa, no momento em que devolveu aqueles objetos, ficou impossibilitada de adquirir, pelo menos, estes produtos.**

Não se pode admitir que a Ré possa devolver, sem nenhuma indenização, os elementos necessários à aquisição do produto, e continue a ser obrigada a adquirí-los.

Por todos estes motivos, dou provimento à apelação para julgar improcedente a ação".

III. DA EXISTÊNCIA DE NEGÓCIO INDIRETO E DE SUA FINALIDADE ILÍCITA

13. No caso concreto, parece haver não apenas uma conexidade entre os vários contratos, mas sim a realização de um único negócio através de vários instrumentos, ou seja, um **negócio pluriformal**. Como bem ensina TULLIO ASCARELLI, para que se possa encarar a existência de um único negócio e não de negócios conexos, hipóteses obviamente distintas entre si, é necessário verificar a unicidade da fonte, que, todavia, pode abranger vários documentos simultâneos ou sucessivos, interligados uns com os outros. E concluiu o eminente comercialista que:

> **"O elemento decisivo é a conexão dos vários fins objetivados pela vontade das partes: quando as intenções econômicas das partes estão estreitamente ligadas entre si, há um negócio único".** (TULLIO ASCARELLI, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado,** São Paulo, 2ª edição, Saraiva, 1969, p. 100).

14. Também MESSINEO reconhece a existência de conexão e de unicidade negocial quando um primeiro contrato é o motivo principal dos contratos seguintes, que podem ser considerados como seus corolários, ou, ainda, como contratos derivados, acessórios on secundários, em relação ao instrumento principal. Havendo um único interesse econômico, pode ser o mesmo atendido pela realização de vários contratos conexos ou coligados entre os quais se mantém vínculo de subordinação ou dependência dos contratos acessórios para com o principal (FRANCESCO MESSINEO, **Contratto,** Milano, Dott. A Giuffê Editora, 1961, págs. 199 e 200).

15. Em vários dos casos que nos foram submetidos, o contrato inicial e principal foi o de financiamento que ensejou os demais. Efetivamente, ao pactuar o financiamento do posto de gasolina, a distribuidora exigiu que a empresa financiada, além de pagar os juros convencionados,

se obrigasse a somente vender, no local, os produtos da financiadora, tudo na forma dos posteriores contratos de comodato e de promessa de venda mercantil. Houve, assim, na realidade, uma compensação para o financiamento que ultrapassou os limites dos simples juros convencionados para abranger uma obrigação de exclusividade na venda de produtos. O negócio efetivamente realizado consistiu, pois, num financiamento que teve como contrapartida complementar uma exclusividade na venda de produtos pelo prazo de dez anos, sendo o comodato e a promessa de venda simples contratos-meios para alcançar a meta desejada, ou seja, o fim econômico do negócio (venda exclusiva de produtos da distribuidora).

16. A situação assim definida apresenta o quadro do negócio indireto, que tem sido conceituado pela doutrina como sendo aquele em que "o escopo prático visado não é, afinal, o normalmente realizado através do negócio adotado, mas um escopo diverso". Há, pois, um negócio indireto, quando as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas". (TULLIO ASCARELLI, **obra citada**, pág. 94).

17. Na sua excelente monografia sobre negócio jurídico indireto, DOMENICO RUBINO esclarece que o que caracteriza o resultado indireto é a existência de conseqüências jurídicas, distintas daquelas previstas no caso concreto e que, se substituirão, após a execução completa da operação, aos resultados normais ocasionados pelo contrato realizado pelas partes. (DOMENICO RUBINO, **Il Negozio Giuridico Indiretto,** Milão, Dott. A Giuffrè Editor, 1937, pág. 23). O mesmo autor admite que o negócio indireto possa se decompor, formalmente, em vários contratos constituindo assim o que ele denominou uma "combinação de negócios com finalidade indireta". **(combinazione di negozi a scopo indiretto)** que, para o mestre italiano, se enquadraria na hipótese mais ampla da "unione con subordinazione reciproca", na qual a vinculação entre os vários contratos pode implicar em que a nulidade de um deles contamine os demais. (RUBINO, **ob. cit.**, pág. 84 e nota 2).

18. No presente caso, pela simples análise do negócio, verifica-se que, embora usando a técnica e a forma do comodato e do financiamento compensado com juros, o que a financiadora desejou não foi realizar um comodato, mas emprestar dinheiro e receber, como contrapartida complementar do mútuo, um direito de exclusividade na venda dos seus produtos no posto de gasolina construído pela mutuária, obtendo, assim, mediante uma indevida restrição ao direito de livre comércio, uma compensação usurária pelo financiamento concedido e impedindo, por via oblíqua, a entrada de novos concorrentes no mercado em violação dos termos expressos da Lei n.º 4.137, de 10.9.1962.

19. Quando o negócio indireto visa um fim ilícito, deve ser considerado como sendo nulo de pleno direito, em todos os seus aspectos, mesmo quando cada uma das facetas do negócio em si, ou seja, cada um dos instrumentos contratuais, separadamente, tem todos os requisitos necessários para ser considerado válido. A ilicitude decorre da cadeia de negócios, ou seja, da seqüência de atos lícitos praticados para obter um fim proibido em lei, num evidente abuso de direito, condenado pela legislação e pela jurisprudência.

20. Recorrendo ainda ao magistério de TULLIO ASCARELLI, cabe lembrar, no caso que:

> "Os fins visados pelas partes podem ser ilícitos; o negócio indireto será, então, ilícito e, portanto, nulo; o negócio fraudulento constitui, afinal, uma subespécie do negócio indireto.
>
> A ilegitimidade não recai, nesta hipótese, sobre a causa típica do negócio adotado pelas partes; recai sobre o objetivo último por estas concretamente visado; é, portanto, relevante juridicamente, enquanto podem ser anulados os negócios cujos motivos (comuns a todas as partes) sejam ilícitos.
>
> **Há, com efeito, normas jurídicas que não se limitam a disciplinar um determinado ato, mas têm em conta o resultado prático visado pelas partes, qualquer que sejam os meios por elas escolhidos para consegui-lo — e por isso, deve-se na aplicação de tais normas, considerar o fim visado pelas partes e não apenas a causa típica do negócio adotado".** (TULLIO ASCARELLI, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado,** 2a. edição, S. Paulo, Saraiva, 1969, pág. 112).

Neste sentido, o art. 82 do Código Civil fulmina, com a nulidade, os atos jurídicos que tenham objeto ilícito.

Exemplificando as várias formas que pode apresentar o negócio indireto ilícito, o eminente comercialista italiano alude a situações muito próximas da que ensejou a presente consulta, esclarecendo que:

> "Uma casuística muito rica, quanto aos negócios indiretos fraudulentos é constituída pelos negócios com que as partes visam frustrar o INTERDITO DA ESTIPULAÇÃO DE JUROS, OU O LIMITE DESTES, EVENTUALMENTE EM VIGOR EM DETERMINADOS SISTEMAS JURÍDICOS. Entre tais negócios, encontramos vendas a prazo seguidas de revendas a dinheiro por um preço inferior e vice-versa; vendas com pagamento do preço a prazo; vendas com preço indeterminado e multa determinada e assim por diante...". TULLIO ASCARELLI, **ob. cit.**, pág. 113 e seguintes).

O gênio jurídico de ASCARELLI não chegou, todavia, a imaginar a fórmula inovadora de algumas distribuidoras de derivados de petróleo, que conseguiram realizar negócio usurário e abuso de poder eeonômico, vinculando um financiamento a uma exclusividade na venda futura de produtos seus no local, mediante a utilização de comodato e de promessa de venda, evidentemente deturpados das suas verdadeiras finalidades.

21. Essa peculiaridade dos contratos conexos como meio de fraudar a lei não passou despercebida ao Professor FRANCESCO MESSINEO, que tratou, de modo específico, do assunto sob o título **"Il collegamento fra contratti, inteso a frodare la legger"**, ponderando a respeito que:

> "É questo, **un particolare della disciplina giuridica dei contratti collegati, che ha acquistato importanza pratica negli ultimi anni; due contratti, che diventano fraudolenti, unicamente in ragione del loro collegamento, mentre, presi ciascuno per sé, non sono costituzionalmente idonei a perpetrare la frode alla legge (caso di negozio indiretto)".** (FRANCESCO MESSINEO, **Contratto**, obra já citada, pág. 204).

22. A liberdade de contratar e a autonomia da vontade consagradas pelo legislador encontram os seus limites naturais nas leis imperativas e na ordem pública. Se nada impede que se contrate, sucessiva ou simultaneamente, um financiamento, um comodato e uma promessa de compra e venda de derivados de petróleo, é, todavia, evidente que, quando os três contratos têm como finalidade básica e exclusiva assegurar ao financiador, por via oblíqua, uma compensação superior à legalmente permitida nos empréstimos de dinheiro e excluir do mercado um novo concorrente, tais finalidades implicam em viciar os contratos, dando ensejo à declaração da nulidade dos mesmos por ter havido, na hipótese, abuso do direito de contratar, violação da lei de usura e abuso do poder econômico.

23. Neste sentido, tanto a doutrina como a jurisprudência, no país e no exterior, têm considerado como ato ilícito o abuso do direito de contratar, ou seja, a distorção dos contratos com a finalidade de alcançar objetivos vedados em lei. O artigo 160 do Código Civil consagrou a teoria do abuso de direito, ao considerar que somente exclui a responsabilidade o exercício **regular** do direito, ou seja, aquele que se coaduna com as finalidades e o espírito da lei. **A contrario sensu**, o contrato abusivo, que fere normas de ordem pública, não pode prevalecer. Conforme bem salienta LOUIS JOSSERAND, na sua excelente e sempre atual monografia intitulada **Esprit et relativité des droits.**

> "tout se ramène à une utilisation de l'opération en vue d'une fin licite ou illicite et à une distinction entre l'exercice normal et l'exercice abusif du droit de contracter".

24. Aos poucos, a teoria da autonomia da vontade tem cedido o passo aos princípios da prevalência da ordem pública e da defesa do equilíbrio contratual, registrando-se uma evolução que a doutrina tem caracterizado como constituindo a "publicização do direito privado", o advento do dirigismo econômico e a ampliação da imperatividade das normas do direito das obrigações. As idéias de abuso de direito, da teoria da lesão e da cláusula **rebus sic stantibus** constituíram instrumentos adequados para restringir a excessiva liberdade dos contratantes, que perderam a autonomia ampla que o século XIX pretendeu atri-

buir-lhes. Houve, assim, quem viesse a falar do declínio dos contratos e da substituição da vontade dos contratantes pelas determinações legislativas ou regulamentares.

25. Este movimento foi assinalado pela doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, assim como pela própria legislação e pela jurisprudência que, gradativamente, foram ampliando o campo de atuação das teorias da lesão e da imprevisão e do próprio abuso de direito.

Assim, tivemos o ensejo de afirmar que:

> "As restrições à liberdade contratual não devem ser interpretadas como um declínio do direito, na expressão autorizada mas saudosista de RIPERT. **Constituem tais modificações um cerceamento aos abusos e são a fonte de uma verdadeira humanização do contrato".** (ARNOLDO WALD, **Curso de Direito Civil,** S. Paulo, Sugestões Literárias, 4a. edição, 1974, p. 177).

Idêntica é a lição do Desembargador e Professor ADERBAL DA CUNHA GONÇALVES, na excelente monografia que elaborou sobre a lesão e na qual afirma que:

> "Embora continue o contrato a estruturar a vida econômica, de que é ainda o órgão jurídico, procura-se, todavia, sem ferí-lo de morte, ESTABELECER LIMITES E RESTRIÇÕES À SUA PROPALADA LIBERDADE DE PACTUAÇÃO E IRRETRATABILIDADE, NÃO SE PERMITINDO A VIVÊNCIA DE SUAS CLÁUSULAS QUANDO EVIDENTE O DESEQUILÍBRIO RESULTANTE DA FORÇA DESIGUAL DAS VONTADES, ou positiva a exploração da necessidade, sofrida por um dos contratantes". (ADERBAL DA CUNHA GONÇALVES, **O Instituto da Lesão,** Bahia, S. A. Artes Gráficas, 1949, pág. 29).

26. Coube a JOSSERAND, na França, definir a existência do abuso de direito na contratação, invocando, inclusive, a teoria da causa para fulminar os atos que visam infringir as disposições de ordem pública. Afirma a respeito o mestre francês que:

> "Nous supposons ici que la volonté juridique s'est employée en vue d'atteindre un objectif illicite, condamné par l'ordre public ou par les bonnes moeurs; **son oeuvre ne saurait alors être viable;** LA CONVENTION INTERVENUE DANS DE TELLES CONDITIONS, SOUS DE TELS AUSPICES, EST ATTEINTE D'UN VICE CONGÉNITAL PAR QUOI ELLES EST CONDAMNÉE A UNE IRRÉMEDIABLE NULLITÉ". (LOUIS JOSSERAND, **De l'esprit des droits,** 2a. edição, Paris, Dalloz, 1939, n.º 113, pág. 155).

A tese defendida pelo Decano da Faculdade de Direito de Lyon foi aceita e consagrada pela jurisprudência e pela doutrina, tendo ensejado monografias sobre a matéria tanto na França (JACQUELINE MARSON, **L'abus de droit en matière de contrat,** Paris, Arthur Rousseau, 1935) como no Brasil (V. PEDRO BAPTISTA MARTINS, **O abuso do direito e o acto illicito,** Rio , Oficina Gráfica Renato Americano, 1935, especialmente pág. 44, n.º 30).

27. Na presente hipótese, ocorreu abuso de direito, pois as distribuidoras incluíram nos contratos cláusulas contrárias aos interesses sociais e à ordem pública, violando expressamente as normas que proíbem a usura e vedam o abuso de poder econômico.

III. DA VIOLAÇÃO DA LEI DA USURA

28. Os contratos que ensejaram a consulta apresentam duas violações da lei de usura, que, por serem indiretas, não deixam de viciar o conjunto de contratos ensejando a nulidade dos mesmos

29. Em primeiro lugar, **a compensação do capital, no contrato de financiamento, não se limita aos 12% de juros ao ano, mas inclui como contraprestação do financiamento, um direito de exclusividade na venda dos produtos da financiadora, direito que tem expressão econômica e que implica em onerar o empréstimo em mais dos 12% convencionados.** A natureza econômica e o valor pecuniário desse direito se comprovam pelas cláusulas penais que definem o respectivo valor.

Por outro lado, **a cláusula penal, na realidade, ultrapassa os 10% do valor do contrato de financiamento, pois, partindo-se do mesmo, faz-se incidir sobre o financiado as cláusulas penais dos demais contratos (de promessa de compra e de comodato) que, na realidade, são tão somente os corolários do primeiro, ou seja, do contrato de financiamento** e que dele decorrem, como vimos.

30. A natureza usurária do contrato de financiamento e dos demais decorre, pois, da violação do art. 1.º do Decreto n.º 22.626, de 7.4.1933 (Lei de Usura) que veda a cobrança de qualquer taxa superior a 12% ao ano e do art. 9.º do mesmo diploma, que considera inválida a cláusula penal superior à importância de 10% do débito. Pouco importa que a penalidade esteja prevista, na sua totalidade, no primeiro contrato ou que conste, nos vários contratos, em diversas parcelas que, para este efeito, devem ser somadas. Em ambas as hipóteses, a situação seria idêntica e, no caso, está comprovado que:

A) **A remuneração do capital consistiu:**

a) **nos juros de 12% ao ano;**

b) **no direito, da distribuidora, de exigir a exclusividade de venda dos seus produtos pelo revendedor;**

B) **A cláusula penal abrange:**

a) **a penalidade de 10% contida no contrato de financiamento ;**

b) **as penalidades previstas respectivamente nas cláusulas V e VII dos contratos de comodato e de promessa de venda.**

Em ambos os aspectos, foi, pois, violada a lei de usura.

31. O fato de ter sido o excesso cobrado sob forma disfarçada e de não implicar no pagamento de maior percentagem sobre o dinheiro financeiro, mas em outra forma de compensação, não exclui a desobediência à lei. Desde que, sob qualquer forma, a compensação do empréstimo ou financiamento tenha sido superior a 12% ao ano, impõe-se a sanção legal. Não beneficia, no particular, a distribuidora, a legislação do mercado financeiro que admite, além dos juros, o pagamento da correção monetária, pois a mesma só se aplica às instituições financeiras, nos precisos termos das Leis n.ºs 4.595, de 31.12.1964 e 4.728, de 14.7.1965 e de acordo com a jurisprudência dominante.

32. Interpretando a vedação constitucional e legal da usura, lembra PONTES DE MIRANDA que "não importa a forma sob que se estipulam juros, nem só os juros podem vir a ser proibidos". (PONTES DE MIRANDA, **obra e vol.** citados, n.º 4.252, 2, pág. 349). Esclarece a respeito o eminente civilista que:

> "É **nulo** todo negócio jurídico que tenha o caráter de usura, trate-se de empréstimo, ou de outro ato jurídico, e.g., venda, aluguel; nula também a garantia real, ligada ao negócio jurídico eivado de usura; a própria promessa de compra e venda é nula se implica usura; ainda os negócios em que a prestação é **in natura são nulos**; todo **enriquecimento injustificado,** que resulte de negócio jurídico, é usura; o que se paga por indenização do dano, acima dos juros legais, é usura; **é nulo o próprio contrato de sociedade cujo fim é a usura; a nulidade do negócio jurídico, em que há usura, pode ser alegada por terceiro; todo o negócio jurídico é nulo, e não só a parte em que há a usura, no que a letra de 1934. a de 1937 e a de 1946 permitem que a penalidade se distinga do que se apontava no decreto do Governo provisório; o usurário não pode alegar a usura.**
>
> . . . . . .
>
> Usura não é só percepção de juros; e temos, assim, ressurrecta, sob outra forma **a laesio enormis".** (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado,** vol. 38, pág. 359).

33. Invocando, oportunamente, a lição de MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA, PONTES DE MIRANDA acrescentou que

"Há usura se, "além dos juros lícitos, SE OBRIGAR O DEVEDOR A ALGUNS OBSÉQUIOS". (MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA, **Notas de uso prático e críticas, adições, ilustrações e remissões,** I, 312)

A referência a "obséquio" foi feliz. Para Jorge de Cabedo **(Practicaram observationum sive decisionum regni lusitaniae.** d. 166, n.º 1 e **n.º 2), o que excedesse a taxa, qualquer que fosse o objeto, seria usura.**

. . . . . .

. . . . . .

Tudo que excede à taxa legal é infração da lei sobre usura (Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, artigos 1.º, 2.º e 6.º), **e é crime** (Lei n.º 1.521, de 26.12.1951, art. 4.º, letra **a,** 1a. parte, onde se explicita que **a usura tanto pode ser com a exigência de juros em dinheiro, como em outro bem, verbis "usura pecuniária ou real").**

. . . . . .

> O que se recebe do mutuário ao fazer-se o empréstimo há de ser computado no que vai receber de juros, para saber se houve, ou não, violação da lei de usura. Trate-se de comissão, ou do que quer que se receba **pro introitu seu ingressu".** PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado,** vol. 38, pág. 352, § 4253, 1).

34. Assim, aplicando as determinações da lei, o entendimento jurisprudencial e a lição da doutrina ao presente caso, verifica-se que o recebimento dos juros de 12% ao ano, acrescido do direito de exclusividade de venda dos produtos da distribuidora no posto, implica em pagamento usurário, pois ultrapassa o limite legalmente permitido, restrito aos 12% de juros ao ano, sem nada a mais, sem qualquer **plus.** E, no caso, existe a obrigação do revendedor de não vender outros produtos além da distribuidora.

35. Do mesmo modo, a soma das cláusulas penais dos três contratos, implicando em valor superior a 10% do contrato de financiamento,

enseja a violação da lei de usura, pois os demais contratos somente foram firmados com a finalidade de criar uma sanção para o eventual inadimplemento do contrato de mútuo do qual, textual e logicamente, já faziam parte.

36. Conforme determina o art 11 da Lei de Usura, o contrato celebrado com infração às suas disposições é "nulo de pleno direito", não havendo como atribuir-lhe qualquer efeito jurídico.

37. No caso concreto, a nulidade do primeiro contrato implica em nulidade dos demais, pois estes são contratos derivados ou decorrentes, que surgiram em virtude do financiamento. Aplica-se à hipótese o princípio geral de direito de acordo com o qual o acessório segue o principal, que, válido no direito das coisas, também se aplica às relações obrigacionais. Mesmo nos contratos conexos, vige o mesmo princípio de acordo com a fórmula **"simul stabunt, simul cadent".** Diante da unidade econômica da operação e da existência de negócio indireto com finalidade ilícita, os vícios de um contrato se comunicam aos outros de pleno direito, viciando a operação no seu todo e não a deixando produzir quaisquer efeitos jurídicos.

38. Em conclusão, tratando-se de negócio usurário, nulo de pleno direito, nenhuma indenização é devida a qualquer título, não se justificando a aplicação das cláusulas penais, que pressupõem a validade jurídica da contratação. Mesmo se a cláusula penal fosse devida, não poderia ela, em caso algum, ultrapassar 10% do valor do primeiro contrato (de financiamento) diante da **unicidade econômica** do negócio e do fato de terem os contratos secundários ou derivados (comodato e promessa de venda) como finalidade tornar mais onerosa a eventual indenização no caso de inadimplemento do financiado pois são corolários do financiamento e seus princípios já se encontram no próprio contrato financeiro.

39. Descabem, pois, as alegações dos advogados das distribuidoras e de algumas decisões judiciais que admitiram a validade dos contratos, com base no princípio da autonomia da vontade, considerando, outrossim, que a limitação da cláusula penal a 10% do valor do contrato só se

aplica no tocante aos contratos de financiamento. Na realidade, como vimos, a autonomia da vontade só prevalece enquanto não há normas limitativas de ordem pública e a restrição ao valor da cláusula penal se aplica aos vários contratos que formam e constituem uma unidade econômica.

IV. DO ABUSO DE PODER ECONÔMICO

40. Já foi salientado que a finalidade dos contratos das distribuidoras foi prender, durante o prazo da vigência contratual, mediante a ameaça de pesadas multas, os revendedores, a fim de evitar que pudéssem passar a trabalhar com outra empresa. Trata-se, na realidade, de manobra vedada por lei e que decorre da organização de verdadeiro cartel, pelo qual algumas distribuidoras pretenderam impedir a entrada no mercado da Petrobrás Distribuidora S. A.

41. O cartel é definido como sendo um acordo de um agrupamento de empresas independentes para suprimir ou reduzir a concorrência substituindo-a por uma situação de virtual oligopólio. Assim sendo os cartéis sempre tendem a afastar ou impedir a livre concorrência concretizando o entendimento, para este fim, de um grupo de empresas de determinado ramo para dirigir os seus negócios de acordo com certos princípios, dividindo entre elas o mercado e impedindo o acesso ao mesmo de novos competidores. (V. RICHARD LEWINSOHN, **Trusts et cartels**, Paris, Librairie de Medicis 1950, pág. 15 e seguintes).

42. Ora, toda a legislação antitruste visou, sempre, assegurar a realização e manutenção do processo competitivo no mercado, assim como o respeito a um código de ética para a concorrência nos vários setores do comércio, da indústria e da prestação de serviços.

Na realidade, enquanto os cartéis pretendem eliminar ou modificar arbitrariamente as condições de concorrência, "as leis antitruste exprimem a concepção de que a LIBERDADE ECONÔMICA NÃO É UM PRINCÍPIO ABSOLUTO, em nome do qual se possam admitir os próprios pactos QUE EXCLUEM TAL LIBERDADE, MAS É UM REGIME SOCIAL E ECONÔMICO A DEFENDER MESMO CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL, SE ESTA O AMEAÇAR". (SAN TIAGO DANTAS, **Problemas de Direito Positivo**, Rio, Forense 1953 pág. 21).

Do mesmo modo que o Estado Democrático não pode pôr a sua liberdade a serviço dos movimentos totalitários que visam destruí-lo, a liberdade contratual não admite que seja utilizada para impedir a livre-concorrência que deve prevalescer como lei do mercado.

Qualquer violação dessa liberdade e qualquer convenção para reduzí-la ou limitá-la constitui violação da Lei e da ordem pública.

43. Efetivamente a vedação do abuso de poder econômico passou a ter tal transcendência no mundo hodierno que alcançou o nível de princípio constitucional. Na verdade a Constituição vigente no seu art. 160, inciso V determina que:

> "A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
>
> I .....
>
> II .....
>
> III .....
>
> IV .....
>
> V. **REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO, CARACTERIZADO PELO DOMÍNIO DO MERCADO, A ELIMINAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E O AUMENTO ARBITRÁRIO DOS LUCROS"**

44. Comentando o texto constitucional, a doutrina reconhece que a enumeração constitucional é alternativa e não cumulativa, caracterizando-se o abuso do poder econômico por qualquer uma das situações, constitucionalmente previstas, sem que haja necessidade da existência cumulativa de todas elas. Assim sendo, a norma constitucional considera abuso do poder econômico a eliminação da concorrência.

45. Interpretando o texto constitucional, ensina PONTES DE MIRANDA QUE:

> "... se bem que a Constituição de 1967 seja, até certo ponto, intervencionista, mantém a convicção de que devem ser livres as ofertas e as procuras; **POR ISSO MESMO, TODA AÇÃO OU SÉRIE DE AÇÕES QUE, EM VEZ DE SER PARA OBTER LEALMENTE OS MERCADOS, SE SIRVA DA ELIMINAÇÃO DA CONCORRÊNCIA, LHE PARECE NOCIVA".** (PONTES DE MIRANDA, **Comèntários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969** tomo VI, 2a. edição revista, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, pág. 51).

46. Na realidade, o novo texto constitucional não inovou na matéria, pois a lei ordinária já punia, desde 1962, os abusos de poder econômico. De fato, o art. 2.º, inciso I, letra g da Lei n.º 4.137 de 10.9.1962, já definia como uma forma do abuso do poder econômico a "criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa".

47. Ora, a inclusão de cláusulas em contratos de financiamento e de comodato visando impedir, sob pena de terem que pagar pesadas multas, que, durante dez anos, os revendedores não pudessem atender outras distribuidoras, constitui evidente abuso de poder econômico que, no caso, teve como finalidade impedir ou dificultar a entrada no mercado de novo competidor, durante os mencionados prazos contratuais, numa distorção da índole e da estrutura dos contratos assinados.

48. As violações da ordem pública econômica constituem matéria jurídica nova na qual necessário se torna atender a critérios flexíveis, dando maior amplitude de ação aos órgãos administrativos ou às autoridades judiciais. Na realidade, basta que se comprove a ocorrência de indícios sérios de abuso de poder econômico para que não mais possam prevalecer as cláusulas que, no caso, se apresentam ainda como usurárias, leoninas e descabidas nos contratos nos quais se encontram.

49. Examinando as circunstâncias em que os contratos foram celebrados e verificando as dificuldades que a Petrobrás Distribuidora S. A.

teve que enfrentar nos seus primórdios, não resta dúvida quanto à ocorrência de verdadeiro abuso de poder, pelo qual as distribuidoras pretenderam violar norma de direito econômico, que se impõe a todos, com sanções não somente de caráter administrativo, mas, também, de direito civil. Assim, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que a cláusula que viola a ordem pública econômica, é nula de pleno direito, **ex vi** do disposto no art. 82 do Código Civil, sem prejuízo da eventual responsabilidade administrativa e disciplinar a ser apurada pelo CADE.

50. Implicando as cláusulas penais, no caso, em violação do art. 160, V da Constituição Federal e do art. 2.º, I, letra g da Lei n.º 4.137, evidencia-se que as mesmas são nulas e não podem produzir qualquer efeito jurídico.

VI. DA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO

51. Não há dúvida que os contratos feitos entre as empresas distribuidoras e os revendedores são contratos de adesão, nos quais as primeiras impuseram aos segundos a sua vontade, num esquema de condições que não puderam ser discutidas e tiveram que ser aceitas sob pena de não se concretizar o negócio. A caracteristica de contrato de adesão decorre da própria forma dos instrumentos e da contratação em massa, ensejando uma fórmula uniforme, predeterminada e rígida em que um dos contratantes — o revendedor — tem a liberdade de contratar ou de não contratar, não se lhe permitindo, todavia, influir na redação das cláusulas e condições, faltando-lhe, pois, a chamada liberdade contratual (liberdade de fixar as condições do contrato).

52. As peculiaridades do contrato de adesão ensejam uma desigualdade entre os contratantes, que cabe ao Poder Judiciário corrigir sempre que possível, interpretando o contrato em favor do aderente nas cláusulas ambíguas e impedindo as distorções abusivas oriundas de condições impostas unilateralmente ao aderente. Assim, em vez de admitir a presumida igualdade das partes contratantes, que se pressupõe normalmente nos contratos, é preciso, em relação ao contrato de adesão, atender à si-

tuação peculiar do aderente ao qual não foi oferecido o ensejo de discutir as cláusulas contratuais, devendo, pois, o mesmo contar com a proteção especial do legislador e do Poder Judiciário.

53. RAYMOND SALEILLES, ao examinar os contratos de adesão, coneluiu que deviam ser interpretados como se fossem diplomas legais e aplicados "dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dans leur combinaison avec ces lois d'humanité, qui **s'imposent**". (**RAYMOND SALEILLES De la déclaration e volonté,** Paris, **Librairie Génerale de Droit et Jurisprudence,** nova tiragem, 1929, pág. 230).

Assim sendo, não se deve atender, na interpretação dos contratos entre distribuidores e revendedores, à vontade daquelas, nem ao estrito texto dos instrumentos assinados, mas aos princípios básicos da boa fé, do interesse social e das leis da humanidade. Ora, tanto a boa fé como o interesse social e as leis da humanidade não se eoadunam com manobras usurárias, que implicam em abusos de poder econômico, vetados e condenados pela Constituição e pela Lei.

De acordo com a lição de SALEILLES, não podem, pois, prevalescer as cláusulas penais, por faltar-lhes amparo legal e não se conciliarem com a finalidade dos contratos celebrados.

VII. FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

54. A cláusula penal tem a finalidade de prefixar as perdas e danos na hipótese de violação do contrato. Tanto a lei de Usura como o próprio Código Civil fixam limites para as cláusulas penais, a fim de evitar que elas se possam transformar em causas de enriquecimento indevido. Assim, no direito brasileiro, a cláusula penal constitui sucedâneo da liquidação de perdas e danos, que substitui completamente o direito à indenização. Partindo dos textos legais, a doutrina e a jurisprudência têm salientado que, na nossa legislação, "não é arbitrária a fixação do **quantum** da cláusula penal". (V. MUCIO CONTINENTINO, **Da cláusula pênal no direito brasileiro,** S. Paulo, Acadêmica, 1926, pág. 159 e seguintes).

55. Também no exterior, não se tem admitido a cláusula penal arbitrária que entraria na categoria dos **"patti eccessivi"** referidos por FRANCESCO FERRARA, pactos esses que o direito condena não pela sua natureza, mas pelo seu valor exagerado. (V. FRANCESCO FERRARA, **Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano,** 2a. edição, Milão, 1914, pág. 126 e MICHELE TRIMARCHI **La clausola penale,** Milão, 1954, pág. 131).

56. Tratando-se, no caso, de pena excessiva, exagerada, desproporcional ao eventual prejuízo das distribuidoras, evidencia-se que as cláusulas penais não podem prevalecer por flagrante e notória violação da lei.

VIII. DA LIBERDADE DE DEVOLUÇÃO DA COISA PELO COMODATÁRIO EM QUALQUER TEMPO, MESMO NO COMODATO COM PRAZO CERTO

57. É incontestável que o comodatário pode devolver a coisa dada em comodato em qualquer tempo, mesmo quando o contrato tem duração determinada. O comodato não é meio de fraudar a lei e a sua finalidade básica é atender aos interesses do comodatário sem qualquer vantagem para o comodante. Na hipótese de se pretender garantir outro tipo de interesse, não é o comodato a figura adequada a ser utilizada pelas partes. Neste contrato, o comodatário não tem obrigação de usar a coisa e pode devolvê-la, em qualquer tempo, não podendo, as partes, modificar as próprias determinações da lei.

58. Efetivamente, no eomodato por prazo certo somente o comodante é que deve respeitar a duração contratual, salvo necessidade imprevista e urgente reconhecida pelo juiz (art. 1.250 do Código Civil). **A contrario sensu,** o comodatário pode devolver a coisa em qualquer tempo, sem que possa ser responsabilizado. A doutrina e a jurisprudência são unânimes, mansas e pacíficas na matéria. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO salienta a respeito que "o comodato é contrato gratuito, benéfico, ditado pelo desejo de agraciar ou favorecer ao comodatário, inspirado pela benemerência". (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, **Direito das Obrigações,** 2.º vol. 2a. edição, S. Paulo, Saraiva, 1959, pág. 207). Para ORLANDO GOMES

"No comodato com prazo convencional, o comodatário pode, a todo tempo, rescindir o contrato, por isto que, feito no seu interesse, NÃO ESTÁ OBRIGADO A CONSERVAR COISA CUJO USO, OUTORGADO NÃO MAIS LHE INTERESSA". (ORLANDO GOMES, **Contratos,** Rio, Forense, 1a. edição, 1959, pág. 355, n.º 236).

Já tivemos o ensejo de ponderar a respeito que:

"Como o prazo existe em favor do comodatário, ESTE TEM A FACULDADE DE RESCINDIR O CONTRATO EM QUALQUER TEMPO, DEVOLVENDO O OBJETO EMPRESTADO". (ARNOLDO WALD, **Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos,** 4a. ed. São Paulo, Sugestões Literárias, 1974, pág. 333).

Posição idêntica encontramos na lição de M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, que faz a respeito a seguinte distinção:

> **"No comodato, o termo é estipulado em favor do comodatário, no depósito, a favor do depositante:"** (MANOEL INACIO CARVALHO DE MENDONÇA, **Contratos no Direito Civil Brasileiro,** 3a. edição, Rio, Forense, 1955, vol. I, n.º 71, pág. 155).

59. Também a doutrina estrangeira admite que o comodatário possa rescindir, unilateralmente, em qualquer tempo, o comodato, independentemente da existência de prazo contratual. Assim, FRANCO CARRESI, Professor da Universidade de Florença, invoca a lição de Mirabelli, na Itália, e de Staudinger-Kober, na Alemanha, para concluir que:

> "Sebbene la legge non lo stabilisca in maniera expressa, non vi ha dubbio che **il comodatario abbia facoltà di porre fine al comodato anche prima della scadenza del termine o del cumpimento dell'uso,** dandone comunicazione al comodante, o anche col restituire puramente e simplicemente la cosa comodata". (FRANCO CARRESI, **Il Comodato-Il Mutuo,** in **Trattato di diritto civile italiano** sob a direção de Filippo Vassalli, vol. 8, tomo 2, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1950, pág. 70, n.º 48).

60. A jurisprudência brasileira é mansa e pacífica na matéria, baseando-se na interpretação **a contrario sensu** do art. 1.250 do Código Civil que, vedando a retomada do bem pelo comodante, antes de decorrido o prazo contratual, salvo nas hipóteses legalmente previstas, não estabelece proibição idêntica para o comodatário, em favor de quem foi presumidamente celebrado o contrato. Assim, numa hipótese que se refere a comodato de equipamento para bomba de gasolina, a Egrégia 5a. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo teve o ensejo de decidir, na Apelação n.º 139.386, julgada em 11.2.1965, que

> "O art. 1250 do Código Civil impõe ao comodante a obrigação de não suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencionado, NÃO ESTABELECENDO A RECÍPROCA PARA O COMODATÁRIO". (**Revista dos Tribunais,** vol. 362, p. 153 e **Revista Forense,** vol. 216, pág. 179).

61. Do mesmo modo, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apreciando a Apelação n.º 34.127, em 25 de março de 1971, chegou à conclusão de que:

> **"... no comodato, sendo o objeto entregue em benefício do comodatário, este pode devolvê-lo no momento em que bem entender, mesmo antes de findo o contrato. Não se pode obrigar ninguém a gozar de um benefício e muito menos se lhe pode cobrar multa, por que ele entendeu não lhe ser mais útil a coisa e, por isto, a devolveu...**
>
> **Portanto, o comodatário, quando devolve o objeto dado em comodato não viola nenhum contrato e, conseqüentemente, não pode estar sujeito a multa e muito menos a uma no valor estabelecido no contrato a fls. 14".** (Voto do Relator Desembargador CUNHA PEIXOTO na Apelação Cível n.º 34.127 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

É importante salientar que a decisão mineira foi confirmada, posteriormente, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão proferido, no Recurso Extraordinário n.º 73.208, pela Primeira Turma, sendo relator o eminente e saudoso Ministro Raphael de Barros Monteiro.

62. Verificamos, pois, que tanto o texto expresso do art. 1250. do Código Civil Brasileiro como as posições doutrinárias e jurisprudenciais nos levam a reconhecer que, no comodato por prazo certo, é lícito ao comodatário devolver o bem em qualquer tempo, sem que sobre ele possa incidir qualquer multa, implicando, outrossim, a rescisão do contrato de comodato em extinção dos demais contratos vinculados, em virtude do relacionamento e da interdependência entre eles existentes. Essa extinção simultânea dos vários contratos, foi, aliás reconhecida pela Egrégia 2a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Cível n.º 80.593, que ocorreu em 12.12.1972 e cuja ementa foi a seguinte:

> "Contra misto. Comodato de equipamentos e utensílios e compra e venda de gasolina. Extinção. Vencido um dos contratos, o outro, com ele coordenado, perde o objeto, pois fica também vencido, eis que A EXTINÇÃO DE UM IMPORTA O CONTÁGIO DE SUA EXTINÇÃO AO OUTRO, EM VIRTUDE DA NATUREZA DO NEGÓCIO QUE É MISTO".

63. Assim, em conclusão, verificamos que, se no comodato inexiste dever do comodatário, de usar a coisa e de respeitar a duração do prazo contratual, evidentemente não há como justificar a cláusula penal que pressupõe sempre a ocorrência de violação de um dever jurídico. Descabendo, no caso, a aplicação de qualquer sanção e envolvendo a extinção do comodato e dos outros contratos vinculados, também nos demais instrumentos, nenhuma sanção deve incidir, pois, não existe, na hipótese, qualquer culpa ou lesão de direito por parte do comodatário que, simultaneamente, tem a qualidade de mutuário e/ou de promitente comprador.

IX. DA CLÁUSULA POTESTATIVA

64. Alguns contratos concedem ao comodante e promitente vendedor o direito de rescindir o contrato a qualquer tempo, ao seu exclusivo critério, não reconhecendo direito idêntico ao outro contratante. Trata-se, evidentemente, de cláusula potestativa pura que enseja a anulação do contrato, de acordo com o que determina o art. 115 do Código Civil e conforme reconhece a doutrina de modo manso e pacífico. É o que salienta o Ministro MILTON CAMPOS, em parecer que deu na matéria, invocando a lição de CLÓVIS BEVILAQUA (**Código Civil Comentado**, 8a. edição, vol. I, 1949, pág. 389, comentário ao art. 115); que, aliás, é seguida por CARVALHO SANTOS(**Código Civil Brasileiro Interpretado**, 3a. edição, vol. III, Rio, Freitas Bastos, 1942, pág. 39 **in fine**) e não tem ensejado discrepância na doutrina nacional.

X. CONCLUSÕES

65. Pelo exposto, entendemos que:

a) os contratos que as distribuidoras de derivados de petróleo têm feito com os respectivos revendedores, sob a forma de financiamento, comodato, promessa de compra e venda ou compra e venda mercantil, violam a lei quando estabelecem cláusulas penais para a hipótese de rescisão do comodato pelo comodatário antes do término do prazo contratual;

b) nas penas estabelecidas implicam, na realidade, em distorção do contrato de comodato;

c) as contratações acima referidas constituem, na realidade, um conjunto de contratos conexos com a finalidade de garantir a manutenção dos atuais vínculos entre revendedores e distribuidores, impedindo ou dificultando, assim, a entrada de novos concorrentes no mercado, caracterizando abuso do poder econômico vedado e punido por lei;

d) o valor das multas estipuladas importa em violação das normas sobre usura, ensejando enriquecimento indevido vedado pela nossa legislação;

e) nos contratos de adesão, a interpretação deve proteger sempre o aderente, atendendo-se, outrossim, aos interesses sociais e ao bem comum;

f) a cláusula potestativa incluída em alguns dos contratos é inválida e enseja a anulação do contrato.

Assim sendo, as ações de cobrança de penalidade por rescisão antecipada do contrato de comodato pelo comodatário não devem ser julgadas procedentes, por faltar-lhes amparo legal, como, aliás, tem sido reconhecido em várias julgados já citados no presente parecer.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 1974.

PARECER À DERSA

HELY LOPES MEIRELLES
Advogado e Professor de Direito
em São Paulo

Sociedade de Economia Mista — Seleção de Contratantes — Sociedade de Economia Mista não está obrigada a fazer licitação nos termos do Decreto-lei 200/67 — As entidades paraestatais podem ter um sistema próprio e interno de seleção de contratantes — O sistema adotado pelas entidades paraestatais não exige o rigorismo formal do procedimento da concorrência das entidades estatais, devendo, entretanto, atender aos termos do edital.

A CONSULTA

A DIRETORIA DA DERSA — DESENVOLVIMENTO RODOVIARIO S/A. expõe que instaurou licitações para a construção de obras de engenharia no "Trecho Serra — Pistas Descendente e Reversível da Rodovia dos Imigrantes", de acordo com os projetos, especificações e normas gerais estabelecidas de modo idêntico nos respectivos editais de números 06/74 a 10/74.

Nessas licitações participaram várias empresas construtoras, sendo a ECISA — Engenharia, Comércio e Indústria S/A. considerada inabilitada e, por isso, interpôs recurso no dia seguinte da decisão, a qual foi confirmada pela Diretoria e, no dia imediato, a mesma firma apresentou nova impugnação ao julgamento, insistindo na sua qualificação mediante reconsideração do despacho anterior.

As propostas das empresas habilitadas foram abertas e estão sendo examinadas, permanecendo fechada a da recorrente, no aguardo de decisão final da Diretoria em face do protesto da ECISA, consignado na ata de abertura das outras propostas.

Havendo dúvidas sobre a possibilidade legal de a Diretoria reapreciar a sua decisão anterior, confirmatória da inabilitação da recorrente, quando já estão abertos os envelopes das propostas dos demais participantes das licitações, a Diretoria da DERSA consulta-nos o seguinte:

1.º) A DERSA está sujeita ao regime das licitações estabelecido pelo Decreto-lei 200/67 ou pela Lei estadual 89/72?

2.º) As licitações realizadas pela DERSA através dos editais de números 06/74 a 10/74 se enquadram em qualquer das modalidades definidas na legislação federal ou estadual?

3.º) Diante da natureza jurídica da DERSA e da situação exposta nesta Consulta, a sua Diretoria pode reconsiderar o despacho anterior e qualificar a recorrente, mesmo após a abertura das propostas dos demais participantes das licitações e, subseqüentemente, apreciar esta proposta em confronto com as outras para a classificação final?

As respostas aos quesitos exigem considerações prévias sobre a situação da DERSA, como sociedade por ações de capital estatal majoritário, em face do regime de licitações das entidades públicas, bem como sobre o sistema por ela adotado para a seleção de seus contratantes, a fim de equacionarmos a posição dos proponentes diante de seus editais e indicarmos a solução jurídica viável para o caso.

É o que faremos a seguir.

I — O REGIME DAS LICITAÇÕES NÃO ABRANGE AS SOCIEDADES POR AÇÕES EM QUE O ESTADO É MAJORITÁRIO

1. É hoje ponto pacífico que o regime das licitações instituído pelo Decreto-lei federal 200/67, e seguido pelos Estados e Municípios por determinação da Lei Federal 5.456/68, não abrange as entidades paraestatais, isto é, as empresas públicas, as sociedades governamentais e os serviços sociais autônomos. Essa orientação se firmou diante do disposto no artigo 125 do citado Decreto-lei 200/67 que, ao dispor sobre o novo sistema licitatório, só o impôs "na Administração Direta e nas autarquias".

2. E compreende-se que assim seja porque a Constituição da República, ao permitir que o Estado organize e explore atividades econômicas em caráter suplementar da iniciativa privada, declarou que as suas organizações notadamente "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" (art. 170. §§ 1.º e 2.º). Com isto o legislador constitucional nivelou deliberadamente os estabelecimentos empresariais do Estado aos particulares, para que tivessem a mesma liberdade de ação e a mesma flexibilidade operacional das organizações congêneres da iniciativa privada.

3. Atenta a essa realidade, a Lei paulista 10.395/70, agora substituída pela Lei 89/72, liberou as entidades paraestatais de licitação para seus contratos, possibilitando-lhes, entretanto, que adotem esse procedimento administrativo "sempre que possível e conveniente", "caso em que declararão nos seus editais e convites essa circunstância" (art. 80).

4. Com normas tão claras a respeito, puderam a doutrina e jurisprudência fixar-se no entendimento dominante de que tais entidades, embora organizadas pelo Estado, não se sujeitam às regras rígidas da licitação estatal para seus contratos, sendo-lhes lícito adotar sistemas próprios de seleção de contratantes ou mesmo efetuar contratações diretas com empresas ou pessoas escolhidas para suas obras, serviços ou fornecimentos.

5. Nesse sentido já nos manifestamos em estudos e pareceres anteriores, desde a vigência do Decreto-lei 200/67 e, especialmente diante da Lei paulista correspondente à norma federal que propiciou a mesma liberdade contratual para as suas empresas públicas e sociedades de economia mista. A propósito escrevemos o que ora nos permitimos repetir:

> "A licitação em princípio, é obrigatória para as entidades públicas (**estatais e autárquicas**), não o sendo para as entidades privadas (**paraestatais:** sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público e

serviços sociais autônomos). E justifica-se essa diversidade de tratamento porque as pessas jurídicas de direito público estão sujeitás a normas de operatividade mais rígidas do que as pessoas jurídicas de direito privado, embora a serviço do Poder Público. Não se pode confundir a União, os Estados, os Municípios e suas autarquias com as demais entidades que prestam serviços públicos ou realizam atividades de interesse público, mas em regime de direito privado (civil ou comercial). Para aquelas a licitação é obrigatória; para estas é facultátiva" (cf. nosso **Licitação e Contrato Administrativo,** 1973, pág. 87 e, também, em pareceres para o METRÔ e para a EMURB). Do mesmo entender são MARCELLO DA SILVA (**in Contratações Administrativas,** 1971, págs. 10 e 167), CAIO TÁCITO (**in** Rev. Dir. Adm. 113/350), CYL PARANHOS DE LIMA (**in** Rev. Proc. Ger. do RS, 3/141), VICENTE RAO (**in** Parecer ao Metrô, de 12.1.1972) e ORLANDO CARLOS GANDOLFO (**in** Rev. Tribs. 436/49 e Rev. Proc. Ger Est SP 5/87)

6. Fiel a essa doutrina, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que não é obrigatória a concorrência para as contratações realizadas por sociedades de economia mista, em conhecido caso do Metrô de São Paulo, expressando-se nestes termos:

> "A Cia do Metropolitano de São Paulo, como sociedade mista e pertencente à administração indireta, não está obrigada a fazer licitações nos termos do Decreto-lei 200/67 (Rev. Tribs. 441/130).

7. Idêntica é a situação da Consulente — DERSA — que e uma sociedade por ações, com participação majoritária do Estado, conforme consta de sua lei instituidora (Decreto-lei 5/69, alterado pela Lei 95/72), de seus Estatutos (consolidados em 13.3.74 e arquivados na Junta Comercial do Estado em 28.3.74, sob o número 533.245) e da discriminação de suas atividades (Decreto de 18.9.69 e outros).

II — NATUREZA DAS "LICITAÇÕES" DA DERSA

8. As denominadas "licitações" da DERSA, consubstanciadas nos editais 06/74 e 10/74, que instruem esta Consulta, na realidade não têm a natureza administrativa das licitações estabelecidas no Decreto-lei .. 200/67 nem na Lei paulista 89/72 para as entidades estatais e autárquicas. Tais "licitações" são meros procedimentos seletivos de contratantes, **próprios da DERSA,** sem correspondência com o procedimento licitário brasileiro, instituído padronizadamente para todas as entidades públicas, e com tramitação formal, rígida e vinculante, para as partes, em cada fase procedimental.

9. Tanto isto é exato que os editais em exame não indicam a modalidade de licitação em realização, quando é sabido que na técnica administrativa atual a palavra **licitação** expressa o gênero seletivo, do qual são espécies a **concorrência,** a **tomada de preços** e o **convite.** Portanto, nenhum órgão ou entidade pública promove genericamente **licitação,** mas sim, especificamente, **um concorrência, uma tomada de preços ou um convite,** para a contratação desejada, mesmo porque não há um procedimento único para toda contratação, mas sim procedimentos especiais para cada contrato, segundo o seu valor. Só esta consideração bastaria para demonstrar que os editais em causa, não configuram qualquer modalidade de licitação estabelecida na legislação vigente: o que eles contêm são critérios próprios da DERSA para a escolha do melhor interessado na execução das obras especificadas, sem se aterem ao rigorismo das normas de qualquer das modalidades de licitação impostas às entidades públicas.

10. Desde que a DERSA não se ateve a qualquer modalidade de licitação, não se pode dizer que está realizando uma concorrência, ou uma tomada de preços ou um convite, em moldes administrativos. Seu procedimento seletivo é próprio e peculiar de uma empresa privada, de atividade econômica permitida pela Constituição da República para complementar a iniciativa particular (art. 170, §§ 1.º e 2.º). Diante dessa liberdade de atuação empresarial, a DERSA criou um **procedimento seletivo próprio,** inominado, mas por ela chamado impropriamente "lici-

tação", o que propicia confusão com **licitação** propriamente dita, ou seja. com o procedimento administrativo vinculado aos termos da legislação pertinente.

11. Diante desse procedimento seletivo próprio, a escolha do melhor proponente não se subordina aos rigorismos da legislação licitatória federal ou estadual, nem a tramitação dessa seleção de contratantes se fraciona em fases estanques e preclusivas como as da licitação das entidades públicas. Trata-se de um procedimento interno, só subordinado às disposições do edital que ela elabora com muito mais liberdade que os entes estatais, pois não está sujeita ao formalismo imposto à Administração Direta e aos seus desmembramentos autárquicos. Nesse procedimento interno a DERSA só fica adstrita aos mandamentos gerais da Constituição e da legislação privada (civil e comercial) que lhe é aplicável, e aos preceitos específicos de suas normas instituidoras e de seu Estatuto. No mais, tem plena liberdade de ação, como as outras organizações empresariais.

12. O procedimento seletivo em exame pautou a conduta da DERSA aos itens do seu edital e, dentre eles, não se encontra nenhum que estabeleça a preclusão das fases anteriores pela não interposição de recursos ou pela superação da fase seguinte, até porque o edital é omisso a respeito de recursos.

III — OS RECURSOS APRESENTADOS PELA PROPONENTE DESQUALIFICADA

13. Mesmo com essa omissão do edital, a proponente desqualificada apresentou recurso hierárquico para a Diretoria da DERSA contra a sua inabilitação, recurso esse que foi conhecido e desprovido, conforme consta da ata de 5 de dezembro de 1974 e comunicação epistolar datada do dia seguinte. Neste mesmo dia — 6 de dezembro — foram abertas as propostas dos demais proponentes e ato contínuo a ECISA ingressou com protesto contra o desprovimento de seu recurso, para reapreciação pela Diretoria, o que equivale a pedido de reconsideração, conforme se vê da respectiva ata, embora formulado em termos imprecisos quanto ao seu objetivo.

14. Mas o indubitável é que a DERSA, ainda que não prevendo recursos de suas decisões, nem estabelecendo tramitação e prazos para esses apelos, os recebeu da empresa inabilitada — e agiu bem em recebê-los porque as decisões irrecorríveis são contra a índole do direito — e desde que recebidos merecem apreciação e julgamento pela Diretoria.

15. Outra observação que se impõe é a de que os recursos hierárquicos, em regra, não têm efeito suspensivo, mas apenas devolutivo. O efeito suspensivo depende de norma a respeito (cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro,** 1966, pág. 85; e, no mesmo sentido, os seguintes julgados: TJSP, Rev. Tribs. 318/241 e 1.º TA-CIVIL-SP, Rev. Dir. Adm. 83/258) ou de despacho que o admita expressamente ao conhecer do recurso na omissão da norma. Daí porque a DERSA agiu corretamente quando suspendeu o julgamento da sua seleção de proponentes ao receber o primeiro apelo e não o fez quando da apresentação do segundo, sob a forma de pedido de reconsideração, certamente para não retardar a apreciação das propostas impugnadas, tanto mais que o pedido de reconsideração já é um **recurso de recurso,** que, normalmente, não justifica o efeito suspensivo.

16. Mas, a apresentação desse **pedido de reconsideração,** embora com denominação de **protesto** consignado em ata, tem duas conseqüências inafastáveis: o impedimento de eventual preclusão da fase de qualificação (que já vimos não ocorrer no caso, por não se tratar de concorrência formal) e a obrigatoriedade de nova decisão da Diretoria sobre a matéria impugnada (inabilitação da recorrente). Com efeito, todo recurso, uma vez interposto, merece julgamento da autoridade ou órgão a que é dirigido, seja para não conhecê-lo, seja para conhecê-lo e negar-lhe provimento, seja para provê-lo quanto ao seu mérito.

17. O fato de já terem sido abertas as propostas dos demais participantes do certame, sobre as quais não havia qualquer impugnação, não impede se julgue o pedido de reconsideração da recorrente como for de direito e, se provido, lícita é a apreciação de sua proposta, em confronto com as outras, para a classificação final do vencedor, nos termos dos editais respectivos. Esse retardamento na apreciação de sua proposta, em razão de recurso recebido sem efeito suspensivo, não

desnaturaria a seleção de proponentes instaurada pela DERSA em forma própria e sem qualquer vinculação com a licitação administrativa das entidades públicas, nem lesa direitos subjetivos dos demais proponentes, porque suas ofertas não serão alteradas, nem prejudicadas pelo confronto com a do recorrente que tiver o seu recurso provido quanto à fase inicial da habilitação.

18. E pode a DERSA conhecer e prover o pedido de reconsideração, mesmo depois de abertos os envelopes de propostas dos demais propouentes com a **homologação da adjudicação** das obras, conforme se depreende dos itens 6.1 dos respectivos editais. Enquanto não houver **homologação** do julgamento das propostas pela Diretoria, lícito lhe é reexaminar qualquer decisão anterior mediante recurso ou **ex-officio,** pois a função homologatória é, precisamente, de controle do órgão superior sobre os inferiores e, conseqüentemente, nessa função está implícito o poder de revisão hierárquiea que a Diretoria exerce sobre a atividade de seus departamentos, comissões ou empregados da empresa.

19. O que se impõe, em tal hipótese, se o recurso foi provido para considerar-se qualificada a recorrente (ECISA), é a convocação das demais proponentes para assistirem a abertura dessa proposta, em ato público, possibilitando a todos que a examinem e rubriquem, podendo oferecer as impugnações e recursos cabíveis, para oportuno julgamento. Assim, ficará preservada a publicidade do ato da abertura da proposta, à semelhança do que fora feito com as outras, em tratamento igualitário de todos os proponentes, no desenvolver do procedimento seletivo estabelecido pela DERSA.

IV — RESPOSTAS AOS QUESITOS

20. Examinados os aspectos fácticos e jurídicos da Consulta, á luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinentes, com base nos documentos que a instruem, passamos a responder sinteticamente aos quesitos, na seguinte conformidade:

Ao 1.º quesito

Não. A DERSA, como entidade — sociedade por ações com controle acionário do Estado — não está sujeita, para suas contratações, a qualquer das modalidades de licitação estabelecidas pelo Decreto-Lei 200/67 ou pela Lei estadual 89/72, podendo selecionar seus proponentes por sistema próprio e compatível com sua atividade empresarial, desde que não contrarie mandamento constitucional ou disposição legal do direito privado que lhe seja aplicável, e observe seu edital.

Ao 2.º quesito

Não. As denominadas "licitações" realizadas pela DERSA, de acordo com os editais 06/74 a 10/74, não se identificam com qualquer das modalidades administrativas de licitação, regidas pela legislação federal ou estadual, constituindo um sistema próprio de seleção de contratantes para suas obras e serviços, à semelhança do que fazem as demais entidades paraestatais e as congêneres empresas particulares.

Ao 3.º quesito

Sim. Diante da situação empresarial da DERSA e dos termos dos editais 06/74 a 10/74, sua Diretoria pode, a qualquer tempo, antes da homologação da classificação das propostas, reconsiderar a decisão de inabilitação da recorrente (ECISA), mesmo depois de abertas as propostas das demais proponentes, e apreciar a proposta daquela recorrente, sem ofensa a direito subjetivo das outras participantes do certame, desde que o faça em ato público, conforme o recomendado neste parecer. Isto porque, o seu sistema de seleção de contratantes, consubstanciado nos editais examinados, não é rígido nem formal como o da concorrência das entidades públicas. O essencial é que a habilitação da proponente preceda à abertura pública de **sua** proposta, comunicada com antecedência aos demais participantes do certame, para que a presenciem, se o desejarem.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 14 de janeiro de 1975.

PARECER

CARLOS MARIA RUSCHEL
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

TERRAS DEVOLUTAS DO DOMÍNIO DO ESTADO, alienáveis por ato administrativo de concessão do Executivo, precedido de autorização legislativa, prescindem de escritura pública, seja qual for o valor.
A transcrição do respectivo título se fará de acordo com o Decreto Federal n.º 19.924, de 27 de abril de 1931, art. 5.º.

O processo CGE n.º 1.355/72 enfeixa diversos expedientes oriundos da Secretaria da Agricultura e referentes a concessões de lotes coloniais, com autorização legislativa, mediante atos administrativos de concessão do Executivo estadual.

Por ofício n. 22/252, de 23 de agosto passado, o Senhor Coordenador da Unidade de Terras Públicas e Núcleos Agrícolas - UTPNA - encaminhou os expedientes apensados ao Senhor Secretário da Agricultura em face de um Parecer da Auditoria do Egrégio Tribunal de Contas do Estado, cujos fundamentos foram adotados pelo plenário desta, concluindo que a doação de áreas coloniais, de que tratam esses expedientes, e cuja concessão fora feita a particulares por ato administrativo... "só poderia ultimar-se mediante a lavratura de escritura pública, sendo insuficiente o título de f. 17".

O título de f. 17 — igual ao dos demais expedientes apensos — é um ato administrativo de doação, mediante autorização da Lei n.º 6.615, de 18 de outubro de 1973, à Mitra Diocesana de Santa Maria, do lote n.º 18 da Seção Hortelã, distrito de Ibirapuitã, no município de Soledade, com área de 15.000,00 m2, para a construção de uma igreja, já existindo nele um cemitério.

Considera o Senhor Coordenador da UTPNA a exigência de escritura pública, além do título de concessão já entregue, matéria completamente nova, de cunho surpreendente e gerador da perplexidade, dado que o Estado vinha fazendo doações de lotes urbanos ou rurais, desmembrados de "terras devolutas", também para a construção de templos, escolas, sedes sociais, etc., de caso a caso, mediante autorização legislativa, através de títulos administrativos hábeis para transcrição nos registros de imóveis.

À f. 23 do Proc. Secretaria da Agricultura n.º 5.086/72 acha-se o ofício n. 3.087, de 19 de agosto passado, do Diretor-Geral do Tribunal de Contas do Estado ao Coordenador da UTPNA, encarecendo-lhe o cumprimento do que recomendava o aludido Parecer :

a) — que todas as transmissões de propriedade imóvel de valor superior ao mínimo legal somente poderiam aperfeiçoar-se mediante escritura pública de conformidade com a lei civil (art. 134, II, e 1168 do Código Civil).

b) — que a doação à Mitra só não violava o inc. II do art. 9 da Constitnição Federal, que veda subvenção a cultos religiosos, por haver sido formulada "oneritatis causa".

2. No Brasil, a propriedade privada, a partir do descobrimento, originou-se em atos do Poder Real através da outorga de sesmarias, concessões, cessões, ou, então, vendas de terras que foram apropriadas pela Coroa portuguesa, bem como por concessão em casos de posse ou ocupação, com ou sem justo título.

As doações régias foram deferidas à competência dos donatários das capitanias hereditárias, que, como delegatários de parcela do "dominio eminente" da Coroa relativamente às terras descobertas, foram credenciados, ainda, com poderes especiais para concessão de sesmarias a particulares de acordo com as normas previstas nas Ordenações do Reino.

Sobrevindo a independência do Brasil, a propriedade das terras devolutas deslocou-se para a Coroa Imperial, e, ficando extinto o

sistema reinol de concessão de sesmarias, ficou o país à míngua de uma legislação referente às terras públicas (Paulo Garcia, "in Terras Devolutas", ed. 1958, pg. 22).

Seguiu-se a prática da apropriação por ocupação de terras devolutas que, no correr do tempo — como observa o mesmo autor à pg. 23 da citada obra — passou a constituir modo de aquisição de domínio, e deu lugar a um regime caótico que se estendeu desde 1822 até 18 de setembro de 1850, quando foi promulgada a Lei n.º 601, dessa data, através da qual procurou-se dar uma sistematização coerente à matéria referente às terras, no Império.

Foi reconhecido aos concessionários de sesmarias o direito de revalidar as suas concessões ainda quando sujeitos ao comisso por descumprimento das condições propiciatórias, ou sejam, primeiro a medição, e, após, a confirmação e cultura das glebas (artigo 4.º); e concedeu-se aos posseiros a possibilidade de legitimarem as suas posses com entrega do título dominial desde que comprovassem, previamente, a **ocupação primária** ou a aquisicão da gleba do primeiro ocupante, e, ainda, estivessem as terras sendo cultivadas on apresentassem início de cultura e servissem de moradia habitual ao possuidor (artigo 5.º).

A respeito dessa lei diz RUI CIRNE LIMA:

> " A despeito das críticas que possa merecer, no pormenor, a lei de 1850 é, no seu conjunto, obra de valor e vulto, sobretudo, relativamente ao tempo. Basta considerar que, mercê de seus dispositivos, se tornou possível aviventar a já então indistinta linha divisória entre terras do domínio do Estado e as do particular.
> (Sesmarias e Terras Devolutas, ed. 1954, p. 66)

O artigo 3.º da lei de 1850 definiu, por exclusão, o que seriam terras devolutas:

1) — as que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem foram havidas por sesmarias ou outras concessões do governo geral ou provincial, não incursos em comisso, por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura;

2) — as que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do governo, que, apesar de incursos em comisso, foram revalidadas pela lei:

3) — as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, foram legitimadas pela lei;

4) — as que não se encontrarem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

Além das servidões a que ficaram sujeitas as **terras alienadas** — artigo 16 — o legislador de 1850 reservou das terras devolutas, as que julgasse necessárias:

1 — para a colonização dos indígenas;

2 — para a fundação de povoações, abertura de estradas e quaisquer outras servidões, assento de estabelecimento público;

3 — para a construção naval.

3. A matéria regulada pela lei de 1850, referente às concessões de terras devolutas, inseriu-se na classe das denominadas leis administrativas, conforme observa RUI CIRNE LIMA na obra citada à pág. 68:

> " ... das que não formulam regras de conduta para nações, mas, ao contrário, servem de veículo para a vontade destas, quando lhes cabe manifestá-la sobre os negócios da administração pública.

Proclamada a República, tentou o Governo Provisório uma disciplinação mais consentânea com o assunto referente às terras devolutas, editando os decretos n. 528, de 28 de junho de 1890 e 964, de 07

de novembro de 1890, que, entretanto, perderam a sua eficácia face ao artigo 64 da Constituição republicana de 1891 que atribuiu a propriedade das terras devolutas aos Estados.

Data daí, e, mais especialmente, da vigência do Código Civil, em 1.º de janeiro de 1917, a controvérsia acerca da disciplina jurídica a ser aplicada à alienação das terras devolutas dos Estados: se deveria ajustar-se às disposições reguladoras da alienação civil; ou às normas de direito administrativo com resguardo dos princípios de política econômica e da ciência da Administração. (CIRNE LIMA, op. cit. pg. 83).

A principal dúvida surgiu em virtude do emprego, na lei de 1850, das expressões "venda", "compra" e "preço de terras devolutas", que, segundo alguns exegetas, estaria indicando a sua vinculação à legislação civil.

Três caminhos diferentes se abriam — segundo CIRNE LIMA, à mesma pg. 83 — desse modo, ao intérprete da lei de 1850:

— considerar a venda de terras devolutas como compra e venda civil;

— considerá-la como compra e venda civil, em forma administrativa;

— considerá-la como concessão administrativa.

Cita como adeptos da primeira orientação doutrinária Azevedo Marques (Rev. d. Tribs., v. 69, pg. 237) e Mário de Assis Moura (Rev. d. Tribs., v. 69, pgs. 242-252), e da última, entre outros, o Desembargador Artur Ribeiro (Ac. do Trib. de Rel. de Minas, 1918 — Rev. Forense, vol. 29, pg. 419) e o Desembargador Manoel André da Rocha, relator do acórdão do então Superior Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, no volume "Decisões", do mesmo Tribunal, anos de 1905/1906, pg. 313 e seguinte, "in verbis":

> " ... porquanto consideram que o dito governador, bem como o Presidente do Estado, quando expedem a colonos títulos definitivos de terras situadas nas colônias do Estado, em virtude de disposições que se subordinam ao interesse público, a um regime especial (decreto n.º 3.784, de 19 de janeiro de 1867) agem como chefes supremos do governo do Estado, considerado, sob o ponto de vista político, como autoridade e não como pessoa jurídica, caso em que, unicamente, ficam os atos que praticar o Estado "tamquam contrahens" sujeitos às prescrições da lei civil. É indiferente a circunstância de indenizarem os colonos ao Estado o valor das terras concedidas e certas despesas de instalação.

Neste Estado, a concessão de terras devolutas como ato administrativo, propriamente dito, deferido pelo Governo a particulares, como manifestação de seu "jus imperii", nunca foi objeto de controvérsia, nem mesmo após a entrada em vigor do Código Civil.

Azevedo Marques, o paladino do conceito privatístico dos negócios jurídicos referentes às terras devolutas, sustentava a sua tese a partir da constatação fundamental de que, tanto antes como após a promulgação do Código Civil, se admitia, pacificamente, a prescritibilidade dos bens patrimoniais do Estado (Revista dos Tribunais, v. 62, p. 23/36).

Como negar — argumentava o erudito civilista — a aplicação, quanto aos mesmos, do artigo 67 do Código Civil quando se trata, no que concerne às terras devolutas, de bens especialmente destinados à alienação, consoante as leis reguladoras da matéria, e que, portanto, não poderiam estar arrolados entre as coisas fora do comércio a que alude o art. 69 do mesmo Código.

Todavia, mesmo antes do Decreto Federal n.º 22.785, de 31 de março de 1931, editado pelo Governo Provisório, com força de lei material, cujo art. 2.º dispõe que "os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não estão sujeitos ao usucapião, sendo, embora, alienáveis por princípio e destinação", a orientação era tranqüila, tanto que no âmbito deste Estado, as terras devolutas sempre foram consideradas como sujeitas ao regime administrativo do chefe do Poder Executico, prece-

dido de lei autorizadora, e os títulos de concessão respectivos eram aceitos pacificamente à transcrição nos registros de imóveis das correspondentes circunscrições.

A este propósito expõe PAULO GARCIA na sua já citada obra à pg. 74:

> " O Poder Executivo sempre entendeu a alienação das terras devolutas como ato puramente administrativo.
>
> Desde o Império que assim se tem entendido (com algumas exceções) e é assim que os Estados-Membros têm encarado o assunto, nas suas várias leis.
>
> Fundamentados nesse entendimento, os Estados sempre fizeram alienações das terras por intermédio de um ato tipicamente administrativo, sem observância dos requisitos postos nas leis ordinárias, limitando-se a expedir um título de propriedade lavrado em livros das secretarias de Estado".

Na consideração da existência de julgados e doutrinadores contrários ao reconhecimento da validade e jurisdicidade de tais práticas dos Exeeutivos estaduais, em corrente que tendia a se avolumar, o Governo Provisório expediu, com força de lei material, o Decreto n.º .. 19.924, de 27 de abril de 1931, que dispõe:

> Art. 5.º — Os títulos expedidos pelo Estado e as certidões autênticas dos termos lavrados em suas repartições administrativas, referentes à concessão de terras devolutas, valerão, qualquer que seja o preço da concessão, para efeitos de transcrição no Registro de Imóveis, depois da publicação exigida pelo artigo 4.º.

De sua parte, o artigo 4.º indicado dispõe que somente se admitem à transcrição os títulos administrativos... "depois de publieada a concessão na folha oficial do Estado com indicação minuciosa de suas condições e dos característicos da terra".

À objeção de que o aludido decreto se não referia à compra e venda, mas somente à concessão (que não seria enquadrável no conceito de alienação, tanto que reversível) contrapõe-se a evidência de que o aludido diploma legal se refere à "concessão de terras devolutas" através de ato de concessão administrativa, mediante o pagamento de um "preço" e sujeitando o respectivo título à **transcrição.**

Na conceituação legal a **transcrição** é o único meio hábil para adquirir a propriedade imóvel "inter vivos" e que se faz no **Livro 3 da transcrição das transmissões** no Registro de Imóveis não podendo o termo transcrição ser usado para qualquer outra espécie de registro que não a transmissão de propriedade.

Não seria admissível que o citado decreto tivesse limitado a coneessão de terras devolutas, por ato administrativo **sujeito à transcrição**, a uma mera transmissão temporária sujeita à reversão das áreas concedidas:

1.º) — porque a concessão de uso e de exploração, em si, não exigiria transmissão de propriedade das terras, e, pois, não haveria como fazer a transcrição do respectivo título.

2.º) — porque o artigo 1.º do Decreto n.º 19.924/31 se refere, explicitamente, à ... "transmissão das terras devolutas que pertencem aos Estados, excluída sempre — como frisa — a aquisição por usucapião, o que, evidentemente, está denotando a intenção do legislador de disciplinar a modalidade de transmissão de domínio através de um ato administrativo, independentemente de escritura pública;

3.º) — porque o termo "concessão" usado no artigo 1.º acima mencionado estipula, apenas, uma das modalidades de cessão das terras devolutas dos Estados, sendo as demais: a **administração;** a **exploração** e o **uso,** sem contar a **transmissão** do domínio já antes referida.

Está visto que as modalidades de concessão de terras devolutas a terceiros "a non domino" são indicadas no artigo 1.º comentado como sendo por administração, exploração ou uso, que podem ser tornados

efetivos através de contratos de parceria, comodato ou arrendamento, ou como direito real de uso ou de usufruto, sem trasladação dominial.

Entretanto, a concessão administrativa, através da qual se faz a transmissão da propriedade de parcela das terras devolutas, mediante a transcrição do respectivo título de concessão administrativa, não pode, senão, caracterizar-se como meio legalmente hábil para operar transferência de domínio "inter vivos" com todas as conseqüências jurídicas.

4. Não estando, portanto, sujeito às normas da legislação civil, o título representativo do ato administrativo de transmissão de lotes coloniais, expedido pelo Governo do Estado a particulares, qualquer que seja o montante do preço, constitui instrumento hábil à transcrição no Registro de Imóveis, independentemente de escritura pública, para tornar efetiva a transmissão do domínio.

Cumpre sinalar, ainda, que a lei civil regula a transmissão da propriedade privada sendo que os bens públicos que, com as terras devolutas, pertencem ao Estado por aquisição originária, não se acham sujeitos ao cadastro imobiliário.

Por esse motivo a transcrição do ato administrativo pelo qual o Estado faz transmissão de lotes coloniais ou urbanos a terceiros não poderia estar sujeita à exigência do **registro anterior** como dispunha o Decreto n.º 18.542, de 24 de dezembro de 1928, que regulamentou os registros públicos instituídos pelo Código Civil, e que, até a vigência deste, quanto ao registro de imóveis, era facultativo segundo a Lei n.º .. 169-A, de 19 de janeiro de 1890.

Em conseqüência, os lotes coloniais ou urbanos destacados das terras devolutas e alienados pelo Estado a particulares passam de sua condição de bens públicos para bens do domínio privado somente após o ato administrativo de alienação devidamente transcrito no Registro de Imóveis, a partir de quando inicia a sucessão de registros, em sucessivas alienações, como bens incorporados à classe dos bens particulares, sujeitos às normas da legislação civil.

É o parecer.

Porto Alegre, 4 de dezembro de 1974.

PARECER

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul
Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

REFORMATIO IN PEJUS.
Revisão dos atos administrativos disciplinares. Não havendo nulidade manifesta é inadmissível a revisão.

No expediente em que é interessado o Datiloscopista R. G. A. o Senhor Consultor-Geral do Estado solicitou que a Unidade de Assuntos de Pessoal da Consultoria Geral do Estado, preliminarmente, se pronunciasse, "em tese, sobre a possibilidade jurídica de agravação da pena".

2. A matéria, cujo exame foi ordenado, insere-se no quadro maior da revisão dos atos administrativos pela própria Administração. Neste particular, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira consolidou-se o entendimento de que os atos nulos podem ser desconstituídos pela Administração, à qual também compete revogar os atos que pratica, quando desses atos não se originem direitos subjetivos (Súmulas n.ºs 346 e 473 do STF). Em se tratando de atos meramente anuláveis, a invalidade somente poderá ser decretada em ação própria. (MIGUEL REALE, "Revogação e Anulamento do Ato Administrativo", p. 70)

3. Os atos administrativos diseiplinares não são atos discricionários. Constituem, bem ao contrário, a expressão maior dos atos vinculados, pois traduzem e realizam, na área do Direito Administrativo, os princípios fundamentais do Direito Penal, expressos nas máximas "nullum crimen sine lege" e "nulla poena sine lege" (MICHEL STASSINOPOULOS. "Traité des Actes Administratifs", Atenas, 1954-1973, p. 88). Uma vez aplicada a punição, gera-se para o apenado o direito subjetivo de não ser outra vez punido pelo mesmo fato. É a idéia do "non bis in idem" cristalizada na Súmula n.º 19 do STF, nestes termos:

> "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira."

Tal regra é, também em outros países, tranqüilamente admitida eomo limite do poder disciplinar, juntamente com a da irretroatividade da pena. (JEAN-MARIE AUBI e ROBERT DUCOS-ADER, "Droit Administratif", Dalloz, 1973, p. 188).

4. O caráter não discricionário do ato administrativo-disciplinar faz com que deva ele corresponder aos fatos provados no processo. A falta de correspondência entre o fato e a norma, que o ato administrativo aplica, dá lugar a erro de enquadramento ou de subsunção, o que impliea a invalidade da medida ou providência.

É sabido, porém, que a tarefa de aplicação da norma ao fato, a que serve o ato administrativo, não é função que se exerça mecanicamente. Mnito embora, no plano puramente lógico, só possa existir um único modo correto de aplicação da norma, em termos práticos nem sempre é fáeil afirmar qne tal solução é a única exata, estabelecendo-se, assim, muitas vezes, uma faixa dentro da qual são admitidas duas ou mais soluções que se apresentam como possíveis ou razoáveis.

É o que KELSEN, contrapondo à teoria tradicional da interpretação, os postulados da teoria gradualista, agudamente observa:

> "Se por interpretação se cntende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de nma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única aplicação como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar — tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito — no ato do Tribunal, especialmente".

E, em outro tópico:

> "A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas **uma única** solução correta (ajustada) e que a "justeza" (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei.
> Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de classificação de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito Positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito Positivo." ("Teoria Pura do Direito", Coimbra, 1974, p. 467).

5. Expressão da linha de pensamento que nessa teoria se desenvolve são, em nosso direito, as Súmulas 400 ("Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 119, III) e 343 ("não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais") do Supremo Tribunal Federal.

6. Mas talvez não haja outro setor do Direito onde essa corrente de explicação exegética tenha tanta pertinência como no do Direito Penal Administrativo.

Inexistindo, nesse campo, como no Direito Administrativo em geral, no nosso país, o instituto da coisa julgada, a possibilidade de reexame do ato administrativo fica, em princípio, permanentemente aberta. Por certo, se nulo for o processo administrativo em que se baseia a punição, ou se nulo for o ato administrativo que a aplicar, nenhuma dúvida pode haver que cabe à Administração revisar a punição substituindo-a, inclusive, por outra, se for o caso, em obediência às regras gerais que regulam a invalidade dos atos administrativos.

Em princípio, a falta de correspondência entre fato e norma constitui uma dessas hipóteses que acarretam a invalidade do ato que inadequadamente especializou o preceito geral contido na regra jurídica.

Sucede, entretanto, que, embora se possa divergir muitas vezes de determinada apreciação e valorização dos fatos que legitimariam a punição, ou do seu enquadramento no modelo legal, torna-se difícil freqüentemente afirmar que essa valorização ou esse enquadramento estariam errados.

Em tais circunstâncias, o raciocínio jurídico não se estrutura de formá puramente axiomática ou dedutiva, mas é antes elaborado com a coadjuvação de uma outra espécie de raciocínio, que, desde ARISTÓTELES, se denomina de tópico.

A tópica não trata de verdades, nem parte de verdades indiscutíveis, mas cuida do verossímil, do provável, estabelecendo, nesse território, pontos em que se fixa o pensamento ou, como definia CÍCERO, "loci e quibus argumenta promuntur" (THEODOR VIEHWEG, "Topik und Jurisprudenz", p. 21 e segs.).

O raciocínio tópicó é, assim, eminentemente problemático.

Em função do problema e em torno dele, no afã de encontrar lhe uma solução, o pensamento busca pontos, "loci", a partir dos quais se desenvolva o raciocínio ou se coordenem os argumentos.

Tais "loci" não são geralmente enunciáveis como princípios ou regras que permitiriam sua aplicação por simples e direta via dedutiva, mas se situam na área mais fluida das idéias, noções e valores vigentes em determinada sociedade, e que atuam como elementos condicionantes da aplicação e da interpretação do direito. (FRANZ WIEACKER, "Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe", 1954, p. 14).

A extrema liberdade da tópica, ou a extensa variedade de pontos de apoio que o pensamento descobre ao cuidar de dar deslinde aos casos concretos é que faz com que duas ou até mesmo mais soluções pareçam sustentáveis ou razoáveis, conforme os pontos-de-vista adotados, sem que se possa desde logo afirmar que esta ou aquela é mais acertada.

7. Transpondo esses conceitos, que os trabalhos de VIEHWEG, ESSER e LARENZ sobre a moderna metodologia jurídica tornaram assentes para o plano do Direito Penal Administrativo, pode-se concluir que sempre que o ato disciplinar se inscrever na faixa de interpretação razoável da norma jurídica, ou da razoável valorização dos fatos e da sua subsunção na norma, estaria ele excluído de possibilidade de revisão.

Contrariamente, o reexame do ato disciplinar só deverá, nessas circunstâncias, entender-se como cabível quando manifesto o erro de interpretação ou evidente o equívoco na valorização do fato ou no seu enquadramento legal.

Assim, se o ato que decidir processo administrativo, absolvendo ou punindo, estiver em indiscutível desacordo com a norma legal ou com os fatos apurados no processo, parece-me que caberia, nessa hipótese, reexame do ato administrativo.

Do mesmo modo como o ato que decide processo administrativo pode ser inválido, digamos, por vício de incompetência, pode ele ser nulo por aplicação manifestamente errada do preceito legal on por falha evidente de subsunção do fato na norma, pois se trata, como já se viu, de ato vinculado.

Os princípios penais do "non bis in idem", ou, o que lhe é análogo, da impossibilidade do "reformatio in pejus", desde que inexistente no Direito Administrativo o limite da coisa julgada, só encontram, a meu juízo, exceção, quando nula tiver sido a penalidade primeiramente aplicada, considerando-se como espécie de nulidade, quer o erro evidente na interpretação, quer o erro também evidente no enquadramento legal dos fatos.

8. No caso concreto, a valorização do fato e o seu enquadramento legal despertaram controvérsia, já no Conselho Superior de Polícia, havendo o Conselheiro- Relator opinado no sentido da aplicação ao indiciado da penalidade de suspensão por 120 dias e os demais integrantes daquele Órgão se inclinado pela imposição da pena de demissão. Remetido o processo a esta Consultoria Geral do Estado, foi o processo examinado, exarando-se parecer no sentido de aplicar-se ao acusado a pena de suspensão por 120 dias. O Senhor Governador do Estado aprovou o Parecer, reconhecendo que o acusado era passível de ser suspenso, mas deixou de aplicar a pena "em virtude da intercorrência do prazo prescricional", por ato publicado no Boletim n.º 1.133, de 20 de maio deste ano.

9. Poder-se-á, talvez, discordar do desfecho dado ao processo. Mas não se poderá dizer que ele seja manifestamente ilegal. Entre as corren-

tes divergentes de opinião manifestadas no processo, relativamente à subsunção dos fatos na norma, escolheu a autoridade administrativa, com competência para decidir, uma delas. Ainda que não tivesse sido a melhor a solução adotada, é ela, pelo menos, razoável, o que, a nosso ver, basta para impedir a revisão do ato administrativo, pois não se configura nulidade manifesta. Além disso, em atenção ao princípio da confiança que devem despertar os atos da administração e ao princípio da segurança jurídica, sobretudo em matéria disciplinar, não seria, em linha de regra, recomendável revisar atos como o de que se cogita.

Porto Alegre, 27 de outubro de 1975.

LEGISLAÇÃO

REORGANIZAÇÃO DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO

Porto Alegre, 2 de agosto de 1973

Senhor Secretário Extraordinário

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência, para, ao ensejo do transcurso da Semana do Advogado, propor a criação do Instituto de Informática Jurídica, vinculado operacionalmente à Fundação da Ciência e Tecnologia, que serviria de suporte ao funcionamento do Órgão.

Projetado inicialmente com uma estrutura muito simples, mas em condições de ser o embrião de um organismo de maior amplitude no futuro, o Instituto de Informática Jurídica teria por objetivos, entre outros muitos, além da preparação de pessoal habilitado, a formação de um acervo de material relacionado com o estudo e apreciação de assuntos jurídicos, através da coleta, seleção, avaliação, classificação e divulgação de elementos e dados compatíveis com essa finalidade.

Certo que Vossa Excelência bem compreenderá o alcance extraordinário reservado ao órgão ora proposto, que virá preencher lacuna muito sentida em nosso meio, no tocante à obtenção de subsídios para estudos de natureza jurídica mais complexos, permito-me oferecer, desde logo, em separado, um ante-projeto de decreto de criação do Instituto.

Ao dispor de Vossa Excelência para informações mais detalhadas sobre o assunto, é-me grato colher o ensejo para renovar protestos de alta estima e distinto apreço.

Mário Bernardo Sesta
Subchefe da Casa Civil para
Assuntos Jurídicos e Legislativos

Excelentíssimo Senhor
Deputado VICTOR JOSÉ FACCIONI
DD. Secretário de Estado Extraordinário
para Assuntos da Casa Civil
Palácio Piratini NESTA CAPITAL

DECRETO N.º 22.581, DE 6 DE AGOSTO DE 1973

Cria o Instituto de Informática Jurídica.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de atribuição que lhe confere o artigo 66, item VII, da Constituição do Estado,

Considerando a responsabilidade do Estado no desenvolvimento da ciência e tecnologia;

Considerando a crescente importância da aplicação dos princípios da informática e da cibernética na pesquisa das fontes de expressão do Direito;

Considerando a necessidade de o Estado dispor de um organismo de preparação de pessoal habilitado e na formação de um acervo do material relacionado com a informática jurídica; e

Considerando o transcurso da Semana do Advogado, a cujas comemorações o Governo assim se associa,

D E C R E T A :

Art. 1.º — É criado o Instituto de Informática Jurídica, vinculado operacionalmente à Fundação de Ciência e Tecnologia, que lhe servirá como órgão de apoio.

Art. 2.º — O Instituto de Informática Jurídica tem por finalidade:

1 — constituir um acervo do material relacionado com o estudo e apreciação de assuntos jurídicos, através da coleta, seleção, avaliação, classificação e divulgação de elementos e dados compatíveis com este objetivo;

2 — manter contato com entidades públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras, visando a formas de colaboração, contratos ou convênios em termos de atividade e programas condizentes com a sua atividade;

3 — executar, em sua área de atuacão, programas ligados prioritariamente aos serviços da administração pública;

4 — preparar pessoal especificamente para a pesquisa e obtenção de elementos de natureza jurídica.

Art. 3.º —A direção e administração do Instituto caberá a um Diretor, escolhido entre pessoas com reconhecido saber jurídico.

Art. 4.º — O Instituto terá um Conselho Consultivo constituído de um representante de cada uma das seguintes entidades ou órgãos: Fundação de Ciência e Tecnologia, Consultoria Geral do Estado, Procuradoria Geral da Justiça, Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul, Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos e Superintendência de Planejamento Global da Secretaria de Coordenação e Planejamento.

Parágrafo único — A convite, poderão ainda participar do Conselho Consultivo representantes da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Alçada, da Corte de Apelação da Justiça Militar do Estado, do Tribunal Regional do Trabalho, do Tribunal Regional Eleitoral, do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, bem como de estabelecimentos de ensino superior.

Art. 5.º — O exercício das funções de Diretor e de membro do Conselho Consultivo não será remunerado, considerando-se porém serviço público relevante.

Art. 6.º — As atribuições e o funcionamento do Instituto serão objeto de regulamento próprio, a ser aprovado pelo Conselho Consultivo, mediante proposta do Diretor.

Art. 7.º — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALACIO PIRATINI, em Porto Alegre, 6 de agosto de 1973.

EUCLIDES TRICHES

Governador do Estado

Octávio Germano

Secretário de Estado do Interior e Justiça

Dolmy Antônio Tarasconi

Secretário de Estado da Administração

Carlos Veríssimo de Almeida Amaral

Secretário de Estado de Coordenação e Planejamento

Victor José Faccioni

Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil

Registre-se e publique-se

Mário Bernardo Sesta

Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos

(publicado no "DIARIO OFICIAL" de 9 de agosto de 1973).

NOMEAÇÃO

O GOVERNADOR DO ESTADO, no uso de suas atribuições e nos termos do art. 3.º do Decreto n.º 22.581, de 6 de agosto de 1973, nomeia o Consultor Jurídico, classe D, do Quadro dos Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício, da Consultoria-Geral do Estado, ora no exercício da função gratificada de Subchefe da Casa Civil do Gabinete do Governador, Professor:

MARIO BERNARDO SESTA, para exercer, de acordo com o previsto no art. 5.º do mesmo Decreto, a função não remunerada de Diretor do Instituto de Informática Jurídica.

Compõe-se este Boletim n.º 1719/73, de uma (1) folha devidamente autenticada, estando a matéria nele contida em condições de ser publicada.

Porto Alegre, 9 de agosto de 1973.

Elaine Barcelos Pinto

Coordenador da Unidade de Registro Funcional

(Publicado no "DIARIO OFICIAL" do dia 9 de agosto de 1973).

Porto Alegre, 5 de dezembro de 1974.

SENHOR GOVERNADOR:

Acompanha o presente projeto de decreto através do qual é estabelecida a descentralização do Serviço de Assistência Judiciária gratuita, uma das atribuições da Consultoria-Geral do Estado, nos termos do artigo 1.º, inciso IV, do Decreto n.º 23.529, de 29 de novembro passado.

O atendimento de pessoas carentes de recursos não pode continuar centralizado em prédio situado no centro da cidade, junto ao qual, diariamente, se formam intermináveis filas, nas quais pessoas humildes, faltando muitas vezes ao trabalho, esperam vez para a exposição de seus problemas de natureza jurídica.

Parece-nos, Senhor Governador, constituir dever da Consultoria-Geral do Estado facilitar o atendimento dos necessitados, pois somente assim estará efetivamente cumprindo a finalidade de "prestar assistência judiciária".

Com o decreto, cujo projeto tomamos a liberdade de enviar em anexo, ficará a Consultoria com a possibilidade de estabelecer modos de atendimento, quanto ao exercício da assistência judiciária gratuita, com o estabelecimento de escritórios na região periférica da Capital, na qual se concentra o maior número de consulentes e clientes do Serviço de Assistência. Para tal fim, prevê-se a realização de acordos com clubes de serviços, entidades comunitárias, assistenciais e congêneres.

Semelhante descentralização, de outra parte, não trará nenhum inconveniente de ordem técnica para a execução dos serviços jurídicos subseqüentes ao contato "advogado-cliente", eis que haverá o setor de centralização, em dependências próprias da Consultoria, para a realização de todos os trabalhos de ordem técnica, quer processuais, quer extra-processuais, que não demandem a presença da parte interessada.

Parece-nos, Senhor Governador, que o projeto, em seu conteúdo humano e de melhor organização do serviço, se impõe como instrumento necessário ao perfeito cumprimento, pela Consultoria-Geral do Estado, de uma das mais nobres tarefas que lhe é imposta.

Colhemos a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos da mais elevada estima e consideração.

Mário Bernardo Sesta
Consultor-Geral do Estado

A Sua Excelência o Senhor Engenheiro EUCLIDES TRICHES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul

PALÁCIO PIRATINI

DECRETO N.º 23.583, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1974

Dispõe sobre a descentralização do Serviço de Assistência Judiciária gratuita, da Consultoria-Geral do Estado.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de atribuição que lhe confere o art. 66, item VII, da Constituição do Estado,

D E C R E T A :

Art. 1.º — A Consultoria-Geral do Estado, com vistas ao exercício da assistência judiciária gratuita na área da Região Metropolitana de Porto Alegre, instalará escritórios periféricos de recepção e triagem, fixando dias e horário especiais de atendimento para cada escritório.

Art. 2.º — Os escritórios de que trata o artigo anterior poderão ser instalados mediante acordos com clubes de serviços, entidades comunitárias, assistenciais e congêneres.

Art. 3.º — Este Decreto entrará em vigor na data de sua pnblicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 13 de dezembro de 1974.

EUCLIDES TRICHES
Governador do Estado

Octávio Germano
Secretário de Estado do Interior e Justiça

Dolmy Antônio Tarasconi
Secretário de Estado da Administração

Carlos Verissimo de Almeida Amaral

Secretário de Estado de Coordenação e Planejamento

Victor José Faccioni

Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil

Registre-se e publique-se

Alexandre Henrique Gruszynski
Subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos

(Publicado no "Diário Oficial" do dia 14 de dezembro de 1974).

DECRETO N.º 23.518, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1974

Autoriza a colaboração da Consultoria-Geral do Estado com estabelecimentos ou unidades de ensino, para a realização de estágio profissional.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de atribuição que lhe confere o art. 66, item VII, da Constituição do Estado,

D E C R E T A :

Art. 1.º — A Consultoria-Geral do Estado poderá oferecer, às Faculdades de Direito ou estabelecimento ou unidades de ensino equivalentes, a possibilidade de complementação e aperfeiçoamento prático do ensino, através de atividades de caráter objetivo, nos termos estabelecidos pela Lei Federal n.º 5.842, de 6 de dezembro de 1972, e da Resolução n.º 15, de 2 de março de 1973, do Conselho Federal de Educação.

Art. 2.º — A execução das atividades a que se refere o art. 1.º se dará sob a orientação e responsabilidade dos professores dos estabelecimentos ou unidades de ensino mencionados e em forma a ser estabelecida no instrumento convencional que, entre as mesmas e o Estado, vier a ser celebrado.

Art. 3.º — Os alunos de Faculdades de Direito ou estabelecimentos ou unidades de ensino equivalentes que estiverem matriculados no "estágio profissional" a que se refere a Resolução n.º 15/73 do Conselho Federal de Educação, desde que a tanto credenciados pelo respectivo professor, poderão ser admitidos a acompanhar processos judiciais a cargo da Unidade de Assistência Judiciária, com a prática dos atos processuais cabíveis, bem como realizar trabalhos de pesquisa, nas correspondentes Unidades da Consultoria-Geral.

Parágrafo único — As atividades a que se refere o presente artigo serão desenvolvidas segundo programação estabelecida pelos respectivos estabelecimentos ou unidades de ensino.

Art. 4.º — Os serviços de que trata o presente Decreto, gratuitos, desde que efetivamente prestados de modo sistemático por no mínimo um ano, serão considerados relevantes, e serão valorizados nas provas de títulos dos concursos para provimento em cargos públicos estaduais.

Art. 5.º — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 27 de novembro de 1974.

EUCLIDES TRICHES
Governador do Estado

Octávio Germano
Secretário de Estado do Interior e Justiça

Carlos Pereira Marques
Secretário de Estado da Fazenda — Subst.º

Mauro Costa Rodrigues
Secretário de Estado de Educação e Cultura

Dolmy Antônio Tarasconi
Secretário de Estado da Administração

Carlos Veríssimo de Almeida Amaral
Secretário de Estado de Coordenação e Planejamento

Victor José Faccioni
Secretário de Estado Extraordinário para Assuutos da Casa Civil

Registre-se e publique-se

Alexandre Henrique Gruszynski
Subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos

(Publicado no "DIÁRIO OFICIAL" do dia 27 de novembro de 1974).

Porto Alegre, 26 de novembro de 1974.

Senhor Governador:

Tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência minuta de decreto que reorganiza a Consultoria-Geral do Estado em termos mais afeiçoados a missão que deve desempenhar a

medida que o Estado avança pelos caminhos do progresso, fundado cada vez mais em sofisticados instrumentos e técnicas que oferece a moderna tecnologia.

O aspecto fundamental dessa reformulação, a par da codificação de normas esparsas vigentes, consiste na inserção do Instituto de Informática Jurídica na estrutura da Consultoria-Geral para servir-lhe como órgão de apoio.

Colho a oportunidade para referir que a criação daquele instituto especializado colocou o Estado na posição de pioneiro num setor que breve revelará suas enormes potencialidades na dinamização e cientificização da tarefa organizativa que compete ao direito numa sociedade em mutação como á em que temos a honra e o privilégio de viver.

A inserção desse Instituto no corpo da Consultoria-Geral, além de oferecer ao primeiro maiores e melhores recursos humanos e materiais, fortalece a segunda colocando-a em posição ímpar entre as congêneres do País.

Aproveito o ensejo para voltar a manifestar a Vossa Excelência as melhores expressões de apreço e consideração.

Mário Bernardo Sesta
Consultor-Geral do Estado

À Sua Excelência o Senhor Coronel Engenheiro EUCLIDES TRICHES

DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

NESTA CAPITAL

DECRETO N.º 23.529, DE 29 DE NOVEMBRO DE 1974

Dispõe sobre a organização da Consultoria-Geral do Estado e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de atribuição que lhe confere o art. 66, item VII, da Constituição do Estado,

D E C R E T A :

Art. 1.º — A Consultoria-Geral do Estado é órgão integrante do Gabinete do Governador e tem as seguintes atribuições:

I — centralizar o sistema de assistência jurídica do Estado, objetivando estabelecer orientação uniforme no tratamento das questões jurídicas de interesse da administração estadual, direta e indireta;

II — prestar, quando solicitada, assistência jurídica ao Governador do Estado, aos órgãos da administração direta e aos municípios inclusive quanto à realização de inquéritos administrativos, unificando a jurisprudência administrativa do Estado;

III — patrocinar os interesses do Estado em juízo, efetuando, inclusive, a cobrança da dívida ativa;

IV — prestar assistência judiciária aos necessitados, na forma da Lei;

V — assistir judicialmente a servidores estaduais processados por ato praticado em razão de suas atribuições funcionais;

VI — realizar processos administrativo-disciplinares, opinando, antes da decisão final, nos processos administrativos contra servidores da administração direta e autarquias, quando a falta imputada corresponder à pena de demissão;

VII — elaborar projetos de leis, decretos e outros provimentos regulamentares, bem como mensagens e vetos governamentais, ou colaborar em sua redação, quando solicitada.

Art. 2.º — Compõem a estrutura básica da Consultoria-Geral:

— Consultor-Geral do Estado;

— Consultor-Geral Adjunto;

— Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado;

— Instituto de Informática Jurídica;

— Coordenação Geral;

— Unidades Operacionais.

Art. 3.º — O Consultor-Geral é de livre escolha do Governador do Estado, devendo ser nomeado ou designado mediante prévia aprovação da Assembléia Legislativa, dentre bacharéis ou doutores em Direito, maiores de trinta anos, de reputação ilibada e reconhecida cultura jurídica.

§ 1.º — O cargo de Consultor-Geral poderá ser provido também sob forma de função gratificada, correspondendo-lhe, neste caso, o padrão FG-12 do Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas referido na Lei n.º 4.914, de 31 de dezembro de 1964, em regime de provimento especial.

§ 2.º — O Consultor-Geral gozará das prerrogativas e honras protocolares correspondentes a Secretário de Estado.

Art. 4.º — Compete ao Consultor-Geral:

a) superintender todos os serviços da Consultoria-Geral do Estado;

b) desempenhar as comissões, de índole jurídica, que lhe atribuir o Governo do Estado;

c) emitir, pessoalmente, parecer sobre questões de direito submetidas a seu exame, pelo Governador e Secretários de Estado, sugerindo-lhes providências, de ordem jurídica, reclamadas pelo interesse público ou por necessidade de boa aplicação das leis vigentes, ou, se assim entender, encaminhar a matéria ao estudo de órgão competente da Consultoria-Geral do Estado;

d) receber a citação inicial do Estado em procedimentos judiciais;

e) autorizar, se for o caso, a prática de atos que exijam poderes excedentes aos da cláusula "ad judicia", por parte dos funcionários incumbidos do patrocínio judicial dos interesses do Estado;

f) corresponder-se diretamente, com Secretários de Estado ou quaisquer autoridades estaduais ou municipais, sendo-lhe facultada, sempre que necessária, a requisição direta de documentos, informações e esclarecimentos;

g) designar funcionários da Consultoria-Geral, respeitadas as peculiaridades dos respectivos cargos, com vistas ao cumprimento eficiente das finalidades do órgão;

h) designar e dispensar os ocupantes das funções gratificadas da Consultoria-Geral do Estado;

i) propor ao Governador a nomeação dos ocupantes de cargos em comissão da Consultoria-Geral do Estado;

j) submeter a despacho do Chefe do Poder Executivo o expediente que depender de sua decisão;

l) autorizar a publicação de notas ou informações a serem fornecidas à imprensa pela Consultoria-Geral do Estado, observado o disposto no art. 14;

m) delegar competência aos Coordenadores das Unidades ou a outros servidores da Consultoria-Geral, observada a regulamentação da matéria;

n) desempenhar outras atribuições que lhe forem cometidas por lei ou ato do Chefe do Poder Executivo.

Art. 5.º — O Consultor-Geral poderá avocar a si o exame de qualquer assunto da atribuição da Consultoria-Geral do Estado, ou confiá-lo a órgãos que a compõem ou a seus servidores, individualmente ou reunidos em grupos-tarefa especialmente constituídos.

Art. 6.º — O Consultor-Geral Adjunto será nomeado pelo Governador do Estado, mediante indicação do Consultor-Geral, dentre integrantes das carreiras do Quadro próprio, que, excetuado o limite de idade, preencham os requisitos previstos no art. 3.º.

§ 1.º — Compete ao Consultor-Geral Adjunto o desempenho das funções de Consultor-Geral nos casos de afastamento, impedimento ou interrupção de exercício do titular, ou de vacância do cargo.

§ 2.º — Compete, ainda, ao Consultor-Geral Adjunto a coordenação da Assessoria Especial, órgão de apoio operacional direto ao Consultor-Geral, constituída por assessores de sua livre escolha.

§ 3.º — Na hipótese de vacância do cargo de Consultor-Geral o Governador do Estado poderá nomear ou designar outro substituto que não o Consultor-Geral Adjunto.

Art. 7.º — O Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado, presidido pelo Consultor-Geral, será constituído por Consultores Jurídicos do Quadro próprio, especialmente designados pelo Governador do Estado mediante proposta do Consultor-Geral.

§ 1.º — Os nomes propostos para integrar o órgão de que trata este artigo deverão revestir os requisitos indicados no art. 6.º deste decreto.

§ 2.º — Integrarão o Conselho de que trata este artigo, como membros natos, o Consultor-Geral Adjunto, o Coordenador do Instituto de Informática Jurídica, bem como os Consultores Jurídicos que hajam sido titulares do cargo de Consultor-Geral do Estado e que ainda pertençam ao Quadro da Consultoria-Geral.

Art. 8.º — Compete ao Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado:

— prestar assessoramento direto ao Consultor-Geral em assuntos técnicos bem como em qualquer assunto de interesse do órgão ou de seus servidores;

— emitir, quando solicitado pelo Consultor-Geral, pronunciamentos coletivos sobre matérias reputadas relevantes;

— revisar pronunciamentos divergentes sobre a mesma matéria com vistas a assegurar a unicidade na orientação jurídica da Consultoria-Geral.

Art. 9.º — O Instituto de Informática Jurídica, criado pelo Decreto n.º 22.531, de 6 de agosto de 1973, é uma unidade especial, integrante da Consultoria-Geral, onde atua como órgão de apoio técnico.

§ 1.º — Compete ao Instituto de Informática Jurídica:

— desenvolver pesquisa avançada no setor do conhecimento jurídico:

— constituir um acervo de material informativo relacionado com o estudo de temas jurídicos;

— habilitar pessoal e aprimorar técnicas avançadas no campo de manipulação automatizada de informações científicas ou outras de interesse prático que possam apresentar interesse para o Direito;

— editar revista que divulgue pesquisas, estudos e outros trabalhos científicos, sentenças, acórdãos, textos de lei e todos os elementos informativos de interesse para a atividade da Consultoria-Geral;

— promover e/ou realizar cursos a nível de pós-graduação de atualização, aperfeiçoamento, especialização, mestrado e doutorado no campo do Direito.

Art. 10 — A Coordenação Geral é o órgão incumbido da integração permanente das funções e atividades da Consultoria-Geral, sendo presidida pelo Consultor-Geral e formada pelo Consultor-Geral Adjunto e pelos Coordenadores das Unidades componentes do órgão.

Art. 11 — As Unidades Operacionais completam a estrutura interna da Consultoria-Geral do Estado, sendo dirigidas por Coordenadores escolhidos pelo Consultor-Geral do Estado.

Art. 12 — Os Secretários de Estado, bem como os Dirigentes máximos de órgãos da Administração Indireta poderão solicitar ao Consultor-Geral do Estado a designação de um ou mais Consultores Jurídicos para lhes prestarem assessoramento jurídico eventual ou permanente.

Art. 13 — A movimentação de pessoal, entre as Unidades que compõem a Consultoria-Geral e dentro delas, dependerá de ato do Consultor-Geral, respeitadas as normas peculiares aos cargos organizados em carreiras.

Art. 14 — A publicação pela imprensa de pareceres e documentos análogos da Consultoria-Geral do Estado dependerá de autorização ou determinação do Governador do Estado.

Art. 15 — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, permanecendo em vigor o disposto nos itens I a V do art. 2.º do Decreto n.º 20.230, de 9 de abril de 1970, bem como o Decreto n.º 23.029, de 22 de março de 1974.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 29 de novembro de 1974.

EUCLIDES TRICHES
Governador do Estado

Octávio Germano
Secretário de Estado do Interior e Justiça

Dolmy Antônio Tarasconi
Secretário de Estado da Administração

Carlos Veríssimo de Almieda Amaral
Secretário de Estado de Coordenação e Planejamento

Victor José Faccioni
Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil

Registre e publique-se

Alexandre Henrique Gruszynski

Subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos

(Publicado no "Diário Oficial" do dia 30 de novembro de 1974)

DECRETO N.º 23.685, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1974

Aprova o Regulamento da Consultoria-Geral do Estado.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 66, item IV, da Constituição do Estado,

D E C R E T A :

Art. 1.º — É aprovado o Regulamento da Consultoria-Geral do Estado, que a este acompanha, subscrito pelo Consultor-Geral do Estado.

Art. 2.º — O presente Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 31 de dezembro de 1974.

EUCLIDES TRICHES
Governador do Estado

Octávio Germano
Secretário de Estado do Interior e Justiça

Dolmy Antônio Tarasconi
Secretário de Estado da Administração

Carlos Veríssimo de Almeida Amaral
Secretário de Estado de Coordenação e Planejamento

Victor José Faccioni
Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil

Registre-se e Publique-se

Alexandre Henrique Gruszynski
Subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos

REGULAMENTO DA CONSULTORIA-GERAL DO ESTADO

TÍTULO I

Da Constituição, Competência e Finalidades

Art. 1.º — A Consultoria-Geral do Estado, aqui também designada por CGE, integrante do Gabinete do Governador, contém os órgãos centrais dos Sistemas de Assistência Jurídica e de Defesa Judicial do Estado, consoante dispõem os arts. 9.º, item VI, e 5.º, § 5.º, item IV, do Decreto n.º 19.801, de 08 de agosto de 1969, e tem suas finalidades e áreas de competência fixadas no art. 87 da Constituição do Estado e no art. 1.º do Decreto n.º 23.529, de 29 de novembro de 1974.

TÍTULO II

Da Estrutura Orgânica

CAPÍTULO I

Disposições Preliminares

Art. 2.º — Compõem a estrutura central da Consultoria-Geral do Estado:

1. Consultor-Geral do Estado;
2. Consultor-Geral Adjunto;
3. Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado;
4. Instituto de Informática Jurídica;
5. Coordenação-Geral;
6. Unidades Operacionais.

CAPÍTULO II

Do Consultor-Geral do Estado

Art. 3.º — A direção superior da CGE será exercida pelo Consultor-Geral do Estado, a quem compete:

I — superintender todos os serviços da Consultoria-Geral do Estado;

II — desempenhar as comissões, de índole jurídica, que lhe atribuir o Governo do Estado;

III — emitir, pessoalmente, parecer sobre questões de direito submetidas a seu exame, pelo Governador e Secretários de Estado, sugerindo-lhes providências, de ordem jurídica, reclamadas pelo interesse público ou por necessidade de boa aplicação das leis vigentes, ou, se assim entender, encaminhar a matéria ao estudo de órgão competente da Consultoria-Geral do Estado;

IV — receber a citação inicial do Estado em procedimentos judiciais;

V — autorizar, se for o caso, a prática de atos que exijam poderes excedentes aos da cláusula "ad judicia", por parte dos funcionários incumbidos do patrocínio judicial dos interesses do Estado;

VI — corresponder-se, diretamente, com Secretários de Estado ou quaisquer autoridades estaduais ou municipais, sendo-lhe facultada, sempre que necessária, a requisição direta de documentos, informações e esclarecimentos;

VII — designar funcionários da Consultoria-Geral do Estado, respeitadas as peculiaridades dos respectivos cargos, com vistas ao cumprimento eficiente das finalidades do Órgão;

VIII — designar e dispensar os ocupantes das funções gratificadas da Consultoria-Geral do Estado;

IX — propor ao Governador do Estado a nomeação dos ocupantes de cargos em comissão da CGE;

X — submeter a despacho do Chefe do Poder Executivo o expediente que depender de sua decisão;

XI — autorizar a publicação de editais, notas ou informações a serem fornecidas à imprensa pela Consultoria-Geral do Estado;

XII — delegar competência aos Coordenadores das Unidades ou a outros servidores da Consultoria-Geral do Estado, observada a regulamentação da matéria;

XIII — desempenhar outras atribuições que lhe forem cometidas por lei ou ato do Chefe do Poder Executivo.

Parágrafo único — O Consultor-Geral do Estado disporá de uma Assessoria de Relações Públicas, coordenada por um assessor especialmente designado, à qual incumbirá o atendimento do seu Gabinete, bem como de um Assistente Militar.

Art. 4.º — O Consultor-Geral poderá avocar a si o exame de qualquer assunto da atribuição da Consultoria-Geral do Estado, ou confiá-lo a órgãos que a compõem ou a seus servidores, individualmente ou reunidos em grupos-tarefa especialmente constituídos.

CAPÍTULO III

Do Consultor-Geral Adjunto

SEÇÃO I

Da Competência

Art. 5.º — Compete ao Consultor-Geral Adjunto:

I — desempenhar as funções de Consultor-Geral, nos casos de afastamento, impedimento ou interrupção de exercício do titular ou de vacância do cargo;

II — coordenar a Assessoria Especial do Consultor-Geral;

III — integrar, como membro nato, o Conselho Superior da CGE;

IV — integrar a Coordenação-Geral;

V — prolatar despachos de distribuição dos expedientes entre as Unidades competentes da CGE e submeter ao Consultor-Geral os processos que, pela natureza da matéria neles versada, entenda devam ser apreciadas pelo Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado.

SEÇÃO II

Da Assessoria Especial

Art. 6.º — A Assessoria Especial, órgão de apoio técnico-operacional direto ao Consultor-Geral, é constituída por assessores de livre escolha do titular do Órgão e coordenada pelo Consultor-Geral Adjunto.

Parágrafo único — Integrará a Assessoria Especial de que trata o artigo um assessor designado para prestar assessoramento ao Consultor-Geral, exclusivamente, na supervisão das atividades da CGE no Interior do Estado.

CAPÍTULO IV

Do Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado

SEÇÃO I

Da Constituição

Art. 7.º — O Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado, presidido pelo Consultor-Geral, será constituído por Consultores Jurídicos do Quadro próprio, especialmente designados pelo Governador do Estado mediante proposta do Consultor-Geral.

Parágrafo único — Integrarão o Conselho de que trata este artigo, como membros natos, o Consultor-Geral Adjunto, o Coordenador do Instituto de Informática Jurídica, bem como os Consultores Jurídicos

que hajam sido titulares do cargo de Consultor-Geral do Estado e que ainda pertençam ao Quadro de Pessoal da Consultoria-Geral do Estado.

SEÇÃO II

Art. 8.º — Compete ao Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado:

I — prestar assessoramento direto ao Consultor-Geral em assuntos técnicos ou em qualquer outro de interesse do Órgão ou de seus servidores;

II — emitir, quando solicitado pelo Consultor-Geral, pronunciamentos coletivos sobre matérias reputadas relevantes;

III — revisar pronunciamentos divergentes sobre a mesma matéria com vistas a assegurar unicidade na orientação jurídica da Consultoria-Geral do Estado;

IV — promover o Certame Anual de Monografias, instituído pelo Decreto n.º 23.571, de 12 de dezembro de 1974.

SEÇÃO III

Do Presidente

Art. 9.º — Ao Presidente do Conselho Superior compete:

I — presidir as sessões do Conselho;

II — designar relator, observado o critério de rodízio entre os Conselheiros, e marcar prazo para exame da matéria;

III — convocar sessões extraordinárias.

Parágrafo único — Nos impedimentos ou ausências do Presidente exercerá suas funções o Consultor-Geral Adjunto.

SEÇÃO IV

Dos Conselheiros

Art. 10 — Compete aos membros do Conselho Superior;

I — comparecer às sessões ordinárias e extraordinárias;
II — debater a matéria em pauta, podendo pedir vista dos processos;
III — votar, quando for o caso;
IV — assinar pareceres coletivos juntamente com o Presidente;
V — relatar, dentro dos prazos, a matéria que lhe tenha sido atribuída;
VI — prestar assessoramento direto ao Consultor Geral, em assuntos técnicos, bem como em qualquer outro de interesse do Órgão ou de seus servidores.

Parágrafo único — São excluídos da distribuição de processos os Conselheiros no desempenho de cargo de confiança da administração direta ou indireta, ressalvado o direito de voto.

SEÇÃO V

Das Sessões

Art. 11 — O Conselho Superior reunir-se-á, ordinariamente, uma vez por semana e, extraordinariamente, sempre que convocado.

Art. 12 — As sessões do Conselho Superior serão de natureza reservada.

Art. 13 — O Presidente instalará as sessões do Conselho com a presença da maioria dos seus membros.

Parágrafo único — Após os debates, o Conselho passará a deliberar, pelo voto da maioria dos presentes, incluído o Presidente, registrando-se os votos em separado, quando a decisão não for unânime.

Art. 14 — As atividades do Conselho serão registradas em ata, lavrada por Secretário designado pelo Presidente.

CAPÍTULO V

Do Instituto de Informática Jurídica

SEÇÃO I

Da Competência

Art. 15 — Compete ao Instituto de Informática Jurídica:

I — desenvolver pesquisa avançada no setor do conhecimento jurídico;

II — constituir um acervo de material informativo relacionado com o estudo de temas jurídicos;

III — habilitar pessoal e aprimorar técnicas avançadas no campo da manipulação automatizada de informações científicas ou outras de interesse prático para o Direito;

IV — editar revista que divulgue pesquisas, estudos, trabalhos científicos, sentenças, acórdão, textos de lei e outros elementos informativos de interesse da Consultoria-Geral do Estado;

V — promover e/ou realizar cursos, a nível de pós-graduação, de atualização, aperfeiçoamento, especialização, mestrado e doutorado no campo do Direito.

SEÇÃO II

Da Organização Interna

Art. 16 — Constituem o Instituto de Informática Jurídica:

I — Equipe de Pesquisa, incumbida de realizar estudos no campo do Direito e Informática Jurídica;

II — Equipe de Documentação e Divulgação, incumbida de constituir um acervo de material informativo relacionado com o estudo de temas jurídicos, prestar assessoramento aos órgãos da CGE, bem como editar revista que divulgue pesquisas, estudos, trabalhos científicos, sentenças, acórdãos, textos de lei e outros elementos informativos de interesse da Consultoria-Geral do Estado;

III — Equipe de Processamento de Dados, incumbida de executar serviços de processamento de dados, tratamento de informações e assessoramento técnico;

IV — Equipe de Recursos Humanos, incumbida de habilitar pessoal, promover e/ou realizar cursos, a nível de pós-graduação, de atualização, aperfeiçoamento, especialização, mestrado e doutorado no campo do Direito.

SEÇÃO III

Do Conselho Consultivo

Art. 17 — O Instituto de Informática Jurídica terá um Conselho Consultivo, constituído de um representante de cada uma das seguintes entidades ou órgãos:

I — Fundação de Ciência e Tecnologia;

II — Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul;

III — Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos;

IV — Fundação de Economia e Estatística;

V — Superintendência de Planejamento Global da Secretaria de Coordenação e Planejamento:

VI — Secretaria da Segurança Pública.

§ 1.º — A convite, poderão, ainda, participar do Conselho Consultivo representantes dos seguintes órgãos ou entidades;

I — Assembléia Legislativa;

II — Tribunal de Justiça;

III — Tribunal de Alçada;

IV — Corte de Apelação da Justiça Militar do Estado;

V — Tribunal Regional do Trabalho;

VI — Tribunal Regional Eleitoral;

VII — Procuradoria-Geral da Justíça;

VIII — Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul;

IX — Estabelecimento de Ensino Superior.

§ 2.º — O exercício das funções de membro do Conselho Consultivo não será remunerado, considerando-se, porém, serviço relevante prestado ao Estado.

Art. 18 — Compete ao Conselho Consultivo:

I — eleger, dentre seus membros, o seu Presidente e Vice-Presidente;

II — responder às consultas formuladas pelo Coordenador do Instituto;

III — apresentar ao Coordenador do Instituto, de ofício ou mediante eonsulta, sugestões e pareceres sobre assuntos de interesse do Órgão.

Parágrafo único — O Conselho Consultivo reunir-se-á, ordinariamente, uma vez por mês, e extraordinariamente, sempre que convocado, somente podendo deliberar com a presença da maioria de seus integrantes.

CAPÍTULO VI

Da Coordenação-Geral

Art. 19 — A Coordenação-Geral é o órgão incumbido da integração permanente das funções e atividades da Consultoria-Geral do Estado, sendo presidida pelo Consultor-Geral e formada pelo Consultor-Geral Adjunto e pelos Coordenadores das Unidades componentes do Órgão, inclusive o Coordenador do Instituto de Informática Jurídica.

Art. 20 — Compete à Coordenação-Geral:

I — pronunciar-se, previamente, sobre:
a) normas de serviço extensivas a todos os órgãos da CGE;
b) alterações estruturais e funcionais da CGE;

II — manifestar-se sobre qualquer assunto que lhe submeta o Consultor-Geral.

Parágrafo único — A Coordenação-Geral reunir-se-á mediante convocação do Consultor-Geral.

CAPÍTULO VII

Das Unidades Operacionais

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art. 21 — São Unidades Operacionais da Consultoria-Geral do Estado:

I — Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal;

II — Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Fiscais;

III — Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Gerais;

IV — Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar;

V — Unidade de Assistência Judiciária;

VI — Unidade de Apoio Técnico-Administrativo.

Parágrafo único — As Unidades de Consultoria e Procuradoria de que trata o artigo serão constituídas, respectivamente, por equipes especializadas de consultoria e de procuradoria.

SEÇÃO II

Da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal

Art. 22 — Compete à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal:

I — prestar assistência jurídica, em assuntos de pessoal, ao Governador do Estado, aos Órgãos da Administração Direta e aos Municípios do Rio Grande do Sul, quando solicitado;

II — examinar, revisar ou preparar projetos de lei, decreto ou regulamento, bem como minutas de contrato e outros atos que versem matéria de sua especialização;

III — patrocinar, em Juízo, os interesses do Estado, nas causas de que sejam partes servidores públicos.

SEÇÃO III

Da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Fiscais

Art. 23 — Compete à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Fiscais:

I — prestar assistência jurídica, em assuntos fiscais, ao Governador do Estado, aos Órgãos da Administração Direta e aos Municípios do Rio Grande do Sul, quando solicitado;

III — examinar, revisar ou preparar projetos de lei, decreto ou regulamento, bem como minutas de contrato e outros atos que versem matéria de sua especialização;

III — patrocinar, em Juízo, causas que versem sobre matéria fiscal, inclusivè os executivos fiscais.

SEÇÃO IV

Da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Gerais

Art. 24 — Compete à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Gerais:

I — prestar assistência jurídica, em assuntos gerais, ao Governador do Estado, aos Órgãos da Administração Direta e aos Municípios do Rio Grande do Sul, quando solicitado, excluídos os referentes a pessoal e de ordem fiscal;

II — examinar, revisar ou preparar projetos de lei, decreto ou regulamento, bem como minutas de contrato e outros atos que versem matéria de competência da Unidade.

III — patrocinar, em Juízo, os interesses do Estado, nas causas que não envolvam matéria fiscal ou relativa a pessoal.

SEÇÃO V

Da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar

Art. 25 — Compete à Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar:

I — realizar processo administrativo-disciplinar instaurado contra servidores:

a) da administração direta, nos termos do Decreto n.º 21.237, de 5 de agosto de 1971;

b) da administração indireta e dos municípios, em casos especiais, por solicitação do Órgão interessado, mediante determinação do Consultor-Geral do Estado;

II — renovar a instâneia administrativa, em caso de revisão processual;

III — emitir parecer nos processos administrativo-disciplinares que devam ser submetidos à decisão do Governador do Estado;

IV — assegurar defesa aos indiciados revéis ou que não tenham condições de constituir defensor.

Art. 26 — Constituem a Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar:

I — Equipe de Processamento, incumbida de realizar os procedimentos disciplinares definidos nos itens I, letras **a** e **b**, e II, do artigo anterior;

II — Equipe de Revisão, incumbida de emitir parecer, após reexame dos processos administrativo-disciplinares, que devam ser submetidos à consideração do Governador do Estado;

III — Secretaria-Geral, incumbida de realizar as atividades administrativas da Unidade, inclusive as de secretaria de comissão de processo administrativo-disciplinar.

Parágrafo único — A Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar manterá, nos termos do item IV, do artigo 25, relação de servidores habilitados ao exercício da função de defensor.

SEÇÃO VI

Da Unidade de Assistência Judiciária

Art. 27 — Compete à Unidade de Assistência Judiciária:

I — assistir, na Capital e no Interior do Estado, no setor cível e criminal, as pessoas que, na forma da lei, tiverem direito à justiça gratuita;

II — proceder ao estudo preliminar da situação sócio-econômica dos que buscam à assistência judiciária do Estado;

III — colaborar, nos termos do Decreto n.º 23.518, de 27 de novembro de 1974, com estabelecimentos ou unidades de ensino, para a realização de estágio profissional.

Art. 28 — Constituem a Unidade de Assistência Judiciária:

I — Equipe de Triagem, incumbida do atendimento inicial e encaminhamento de todos os que procuram assistência judiciária do Estado, na Capital;

II — Equipe de Assistência Judiciária Cível, incumbida de prestar assistência judiciária, de natureza cível, na Capital;

III — Equipe de Assistência Judiciária Penal, incumbida de prestar assistência judiciária, na natureza penal, na Capital;

IV — Escritórios Regionais, incumbidos da prestação da assistência judiciária gratuita no Interior do Estado.

Parágrafo único — As atividades de recepção e triagem de que trata o artigo serão desenvolvidas, na Região Metropolitana de Porto Alegre, em escritórios periféricos, que poderão ser instalados, também, mediante acordo, com clubes de serviços, entidades comunitárias, assistenciais ou congêneres.

Art. 29 — A assistência judiciária gratuita no Interior do Estado será prestada por advogados de ofício e assistentes judiciários, cabendo aos advogados de ofício o ajuizamento das ações e aos assistentes judiciários as atividades de recepção e triagem.

SEÇÃO VII

Da Unidade de Apoio Técnico-Administrativo

Art. 30 — Compete à Unidade de Apoio Técnico-Administrativo, agente setorial dos Sistemas de Planejamento, Orçamento-Programa, Contabilidade, Administração Financeira, Auditoria, Pessoal, Material e Serviços Gerais:

I — realizar assessoramento técnico-administrativo, direto e pessoal, ao Consultor-Geral e aos demais órgãos integrantes da Consultoria-Geral do Estado;

II — elaborar planejamento e orçamento-programa;

III — executar a administração financeira, contábil, de auditoria, de pessoal e de material destinado aos serviços em geral;

IV — exercer as atividades relativas ao recebimento, expedição e arquivamento de processos e correspondência em geral.

Art. 31 — Constituem a Unidade de Apoio Técnico-Administrativo:

I — Núcleo de Planejamento e Finanças, incumbido de realizar o planejamento e o orçamento-programa e de executar a administração financeira, contábil e de auditoria;

II — Núcleo de Pessoal, incumbido de realizar os serviços de pessoal;

III — Núcleo de Material, incumbido de executar as atividades relativas à aquisição, guarda e distribuição de material para os órgãos da CGE;

IV — Núcleo de Serviços Gerais, incumbido de realizar as atividades referentes à expedição de correspondência, transporte, vigilância, limpeza e higiene das dependências e instalações, bem como de outros serviços auxiliares;

V — Núcleo de Comunicações, incumbido de realizar as atividades relativas ao recebimento, registro e arquivamento de processos e correspondência, bem como as respectivas informações para o público;

VI — Núcleo de Mecanografia, incumbido de operar com máquinas datilográficas, mimeógrafo e outros aparelhos de reprodução.

TÍTULO III

DA OPERACIONALIDADE INTERNA

CAPÍTULO I

Dos Coordenadores de Unidades

Art. 32 — A direção das Unidades será exercida por Coordenadores, escolhidos pelo Consultor-Geral do Estado, aos quais incumbe:

I — assegurar a produtividade dos trabalhos da Unidade;

III — preservar a convergência dos resultados do trabalho da Unidade com os objetivos da CGE;

III — assessorar o Consultor-Geral nos assuntos de competência da Unidade;

IV — distribuir o trabalho entre as equipes e núcleos que constituem a Unidade coordenando sua execução;

V — avocar a si, quando entender conveniente, o estudo de assuntos submetidos ao exame da Unidade;

VI — prolatar despachos interlocutórios, para melhor instrução dos expedientes, sempre que se tratar de matéria ligada às funções específicas da Unidade;

VII — realizar reuniões periódicas com o pessoal da Unidade, visando a sua melhor informação técnica e ao aperfeiçoamento dos serviços;

VIII — solicitar ao Consultor-Geral, quando for o caso, a requisição, a qualquer autoridade estadual, federal ou municipal, de exames, certidões, diligências ou esclarecimentos e a indicação de peritos, necessários ao cumprimento das funções da Unidade;

IX — apresentar ao Consultor-Geral, anualmente, relatório completo dos serviços prestados pela Unidade, em seus diferentes setores;

X — requisitar transporte de qualquer natureza, na forma de direito, para si ou para os funcionários, quando em objeto de serviço;

XI — visar os pedidos de material.

Parágrafo único — Além das atribuições apontadas neste artigo compete especificamente:

A — Aos Coordenadores das Unidades de Consultoria e Procuradoria:

I — indicar, quando solicitado pelo Consultor-Geral, os Consultores Jurídicos, lotados na Unidade, para prestação de assistência jurídica, permanente ou eventual, a determinado órgão estadual ou municipal;

II — organizar escala de plantões, para o atendimento de casos urgentes;

III — providenciar, junto às autoridades coatoras, na remessa de cópia da petição inicial dos mandados de segurança, acompanhada dos respectivos documentos e de cópia das informações prestadas;

IV — solicitar, às respectivas autoridades, documentos e informações necessários à defesa judicial ou ao assessoramento jurídico.

B — Ao Coordenador da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar:

I — indicar, quando solicitado pelo Consultor-Geral, os membros de Comissões Especiais para realização de processos administrativo-disciplinares;

II — organizar as comissões permanentes de processo administrativo-disciplinar e elaborar a respectiva escala de substituições;

III — distribuir os processos administrativo-disciplinares às equipes da Unidade;

IV — exercer correição dentro da Unidade.

C — Ao Coordenador da Unidade de Assistência Judiciária:

I — realizar inspeção aos locais de prestação dos serviços de assistência judiciária no Interior do Estado;

II — manter contato pessoal com autoridades administrativas ou judiciárias, no sentido de verificar a situação da assistência judiciária, nos setores respectivos;

III — indicar, quando solicitado pelo Consultor-Geral, os servidores que devam ter exercício nos escritórios periféricos da Região Metropolitana de Porto Alegre ou Regionais.

D — Ao Coordenador da Unidade de Apoio Técnico-Administrativo:

I — determinar a publicação dos atos administrativos de competência da CGE;

II — assinar ou visar certidões ou atestados relativos aos servidores da CGE;

III — autorizar despesas dentro das verbas orçamentárias;

IV — manifestar-se, quando solicitado pelo Consultor-Geral, sobre problemas referentes à instalação dos diferentes órgãos da CGE.

Art. 33 — A direção do Instituto de Informática Jurídica será exercida por um Coordenador, escolhido pelo Consultor-Geral, ao qual compete, além das atribuições estabelecidas para os Coordenadores das Unidades, especificamente:

I — manter contato com entidades públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras, visando a formas de colaboração, contratos ou convênios em termos de atividade, e programas condizentes com os objetivos do Instituto;

II — convocar o Conselho Consultivo, sempre que necessário.

CAPÍTULO II

Dos Dirigentes de Equipes e Núcleos

Art. 34 — As Equipes ou Núcleos serão orientados, em sua atividade, por Dirigentes designados pelo Consultor-Geral do Estado, aos quais incumbe:

I — dirigir as atividades da Equipe ou Núcleo e presidir reuniões com seus funcionários;

II — orientar a organização ou elaboração de trabalhos da competência da Equipe ou Núcleo;

III — emitir, pessoalmente, quando assim entenderem, pronunciamento sobre assuntos encaminhados à Equipe;

IV — apresentar ao Coordenador da Unidade relatórios periódicos dos trabalhos realizados;

V — manter-se atualizados nos assuntos e legislação relativos à Equipe ou Núcleo que dirigem;

VI — proporcionar subsídios visando ao aperfeiçoamento dos sistemas a que se integram suas atividades.

§ 1.º — Além das atribuições genéricas relacionadas no artigo, compete aos Dirigentes de Equipe, especificamente:

A — do Instituto de Informática Jurídica:

— Equipe de Documentação e Divulgação:

I — propor a compra ou permuta de livros, assinatura de revistas especializadas, periódicos e outras publicações de interesse das atividades da CGE;

II — determinar quais as publicações que poderão circular por empréstimo, dilatar ou diminuir prazos do empréstimo, colimando o perfeito atendimento a todas as Unidades da CGE;

III — encaminhar ao Coordenador do Instituto material relativo à Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, selecionado para publicação.

B — Da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar:

— Equipe de Processamento:

I — distribuir os processos administrativo-disciplinares;

II — organizar escalas de substituição;

III — indicar aos presidentes de comissões) secretários e defensores dentre os integrantes da Secretaria-Geral para atuarem nos respectivos processos;

IV — elaborar pauta para apreciação dos processos em reunião.

§ 2.º — Além das atribuições que lhe são conferidas no art. 34, compete aos Dirigentes de Núcleo, especificamente:

A — do Núcleo de Planejamento e Finanças:

I — assinar empenhos e outros documentos relativos ao processamento da despesa autorizada;

II — preparar pedidos de suplementação de verba ou abertura de créditos adicionais que se fizerem necessários;

III — solicitar ao Tesouro do Estado adiantamento de numerário nos casos autorizados.

B — do Núcleo de Pessoal:

— prolatar informações pertinentes à situação funcional do pessoal da CGE;

C — do Núcleo de Material:

I — organizar a previsão anual do material necessário aos serviços da CGE;

II — organizar balancetes mensais do movimento de entrada e saída de material.

D — do Núcleo de Serviços Gerais:

I — tomar providências para a conservação, manutenção e conserto dos veículos que atendem à CGE;

II — organizar plantões e distribuição do trabalho dos motoristas e do pessoal encarregado dos serviços relativos à vigilância, limpeza e conservação dos locais de trabalho.

CAPÍTULO III

Dos Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício

Art. 35 — Deverão os Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício, conforme sua área de atuação, atender às seguintes normas básicas:

I — observância de sigilo sobre assuntos da CGE ou de órgãos onde estejam prestando assistência jurídica;

II — pronto atendimento a determinação do Coordenador da Unidade, na elaboração de pareceres ou trabalhos de competência de outra Equipe que se encontre com excesso eventual de serviço;

III — acatamento à orientação sobre matéria jurídica emanada do respectivo Sistema;

IV — vinculação pessoal às causas patrocinadas com a cláusula "ad judicia", salvo determinação expressa em contrário de autoridade competente;

V — assiduidade às audiências e demais compromissos judiciais ou extrajudiciais.

Art. 36 — É vedado aos Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício, conforme sua área de atuação:

I — exercer advocacia particular ou atividade político-partidária nas horas ou locais de trabalho;

II — atuar em outro setor que não o de sua lotação ou designação, salvo se autorizado expressamente pela autoridade competente;

III — afastar-se, por licença ou outros motivos, dos órgãos em que estejam em exercício, sem a devida comunicação ao respectivo Coordenador da Unidade;

IV — receber vantagens, a qualquer título, das pessoas assistidas.

CAPÍTULO IV

Do Pessoal Auxiliar

Art. 37 — Ao pessoal auxiliar da CGE aplicam-se as normas estabelecidas para o Quadro Geral dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

Parágrafo único — Aos Assistentes Judiciários aplicam-se, ainda, as disposições do artigo 36 deste Regulamento, observado o disposto no artigo 5.º, parágrafo único, do Decreto n.º 23.619, de 27 de dezembro de 1964.

Art. 38 — O cálculo da jornada horária semanal a ser efetivamente cumprida pelos titulares de cargo cujo conteúdo ocupacional seja essencialmente pesquisa jurídica far-se-á aplicando o multiplicador zero vírgula setenta e cinco ao regime correspondente.

CAPÍTULO V

Das Normas de Serviço

Art. 39 — Caberá aos Coordenadores das Unidades fixar o regime de reuniões e plantões a que ficam sujeitos, obrigatoriamente, os Consultores Jurídicos e Advogados de Ofício em exercício nas mesmas.

Parágrafo único — Os Consultores Jurídicos designados para prestar assistência, em caráter permanente, a órgãos da Administração Direta e Autárquica, serão dispensados do plantão, devendo, entretanto, participar das reuniões da Equipe, nas quais relatarão os expedientes ou consultas recebidos no órgão assistido.

Art. 40 — Os pareceres, enquanto não definitivamente aprovados, terão caráter reservado, ficando, em decorrência, vedado indicar às partes interessadas o nome do Consultor Jurídico a quem foi distribuído o expediente ou revelar seu conteúdo, salvo autorização expressa do Consultor-Geral.

Parágrafo único — Os pareceres só serão numerados após sua aprovação definitiva pelo Consultor-Geral.

Art. 41 — Os Consultores Jurídicos designados para prestar assistência jurídica aos Órgãos da Administração Direta ou Autárquica, bem como aos municípios, deverão, obrigatoriamente, encaminhar relatório mensal das atividades desenvolvidas, ao Coordenador da Unidade, acompanhado de cópia autêntica dos pareceres, informações ou trabalhos elaborados.

Art. 42 — A distribuição dos processos relativos à defesa judicial do Estado obedecerá a dois princípios: o de responsabilidade, pelo qual cada causa deverá ter um defensor por ela responsável, em todas as instâncias; o de igualdade, com referência aos esforços despendidos e não ao número de processos.

Art. 43 — Vencido o Estado em primeira instância, deverá o defensor interpor recurso, salvo se apresentar, até a metade do prazo, justificação escrita, aprovada pelo Coordenador da Unidade.

§ 1.º — Discordando, poderá o Coordenador da Unidade indicar outro defensor para a interposição do recurso.

§ 2.º — Na segunda instância serão interpostos, a juízo do defensor, os recursos cabíveis, salvo determinação superior.

Art. 44 — Caberá aos responsáveis pela defesa judicial do Estado, no interior, enviar à respeetiva Unidade:

I — cópias e relatórios dos trabalhos efetuados;

II — comunicação da remessa dos autos à superior instância.

Art. 45 — Os Consultores Jurídicos, integrantes da Equipe de Revisão, ao se manifestarem nos processos administrativo-disciplinares contra servidores da Administração Direta e Indireta do Estado, nos casos em que a falta imputada corresponder à pena de demissão, deverão verificar, especialmente:

I — se foi regular a designação e constituição da comissão processante;

II — se a citação se realizou na forma prescrita em lei;

III — se foi assegurada ampla defesa ao indiciado;

IV — se há nulidades sanáveis ou insanáveis;

V — se as conclusões do relatório correspondem à prova produzida nos autos;

VI — se o enquadramento legal do ilícito está correto.

Art. 46 — Para a prestação de assistência judiciária gratuita levar-se-á em conta o conjunto de dados relativos ao requerente e, de modo especial, sua ocupação, renda, moradia, dependentes e encargos de família, evitando-se decisões baseadas em elementos isolados ou secundários.

Art. 47 — Suspender-se-á a prestação de serviços de assistência judiciária gratuita caso se verifique que, por sua condição econômico-financeira ou por outra razão de ordem legal ou regulamentar, a parte deixe de merecer tal benefício.

Art. 48 — Os Advogados de Ofício incumbidos da assistência judiciária penal, junto às Varas Criminais, substituirão, automaticamente, uns aos outros, nos seus impedimentos, conforme escala, elaborada pelo Dirigente da Equipe e aprovadá pelo Coordenador da Unidade.

Art. 49 — Os Advogados de Ofício junto a Justiça Militar do Estado darão assistência judiciária gratuita aos militares sem graduação ou de graduação inferior da Brigada Militar e servidores policiais quando processados perante aquela Justiça, na forma que for determinada e segundo escala de serviço previamente aprovada pelo Coordenador da Unidade.

Art. 50 — Nos Escritórios Regionais, nos impedimentos legais dos Advogados de Ofício, ficará a cargo dos Assistentes Judiciários ou de Advogado de Ofício, expressamente designado, patrocinar em Juizo, os interesses dos necessitados bem como os do Estado, inclusive a cobrança da dívida ativa.

Art. 51 — Nos processos de competência do Tribunal do Júri, poderão os Advogados de Ofício do Interior do Estado, em casos especiais, solicitar ao Coordenador da Unidade a colaboração de outro Advogado de Ofício.

Art. 52 — Nos casos de interposição de recurso perante o Tribunal de Justiça do Estado, poderão os Advogados de Ofício do Interior solicitar ao Coordenador da Unidade a designação de colega da Capital para acompanhá-lo, encaminhando, para isso, os dados indispensáveis, bem como instrumento procuratório adequado.

Art. 53 — Os Assistentes Sociais lotados na Unidade de Assistência Judiciária cumprirão, afora as visitas domiciliares e diligências necessárias ao estudo sócio-econômico dos casos que lhes forem encaminhados, um expediente diário mínimo de três horas.

TÍTULO IV

DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 54 — As atividades desenvolvidas pelos diferentes órgãos da CGE serão norteadas. em seus aspectos programáticos e normativos, por Portarias do Consultor-Geral.

Art. 55 — A execução dos trabalhos pertinentes às Unidades poderá ser orientada por Ordens de Serviço, baixadas pelos respectivos coordenadores, com vistas ao emprego de métodos e processos atualizados, que propiciem maior eficiência e produtividade aos órgãos.

Art. 56 — Os cargos ou funções de Coordenador ou Dirigente de Equipe somente poderão ser providos por Bacharéis em Direito, sal-

vo o de Dirigente da Equipe de Documentação e Divulgação, privativo de Bacharel em Biblioteconomia, graduado por escola superior oficial ou reconhecida

Art. 57 — Fica estabelecido o prazo de trinta (30) dias para o cumprimento das disposições deste Regulamento que impliquem em alterações estruturais do Órgão.

Art. 58 — Revogadas as disposições em contrário, este Regulamento entra em vigor na data de sua publicação, ressalvando o disposto no artigo anterior.

(Publicado no "DIARIO OFICIAL" do dia 30 de novembro de 1974).

DECRETO N.º 23.571, DE 12 DE DEZEMBRO DE 1974

Institui certame anual de monografias versando temas jurídicos.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso da atribuição que lhe confere o art. 66, item IV, da Constituição do Estado,

D E C R E T A :

Art. 1.º — Fica instituído, de forma permanente, um certame anual de monografias versando temas da atualidade jurídica denominado "PRÊMIO CONSELHO SUPERIOR DA CONSULTORIA-GERAL DO ESTADO".(*)

Art. 2.º — O certame que ora se institui será patrocinado pelo Estado, através da Consultoria-Geral do Estado, compreendendo duas etapas, a primeira destinada a estudantes e a segunda a Bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais.

(*) O tema para o ano de 1976 será: Limitações ao uso do solo nas regiões metropolitanas. Distritos industriais.

§ 1.º — Aos três melhores trabalhos apresentados na primeira etapa do certame corresponderão, respectivamente, prêmios no valor de Cr$ 2.000,00, Cr$ 1.500,00 e Cr$ 1.000,00.

§ 2.º — Aos três melhores trabalhos apresentados na segunda etapa do certame corresponderão, respectivamente, prêmios no valor de Cr$ 5.000,00, Cr$ 2.000,00 e Cr$ 1.000,00.

§ 3.º — Todos os trabalhos premiados serão publicados na "Revista da Consultoria-Geral do Estado".

Art. 3.º — Anualmente, em 11 de agosto, por sugestão do Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado, o Governador fixará o tema a ser versado pelos interessados que deverão apresentar seus trabalhos em 3 (três) vias ao sobredito Conselho, até 31 de março do ano seguinte.

Art. 4.º — No primeiro dia útil seguinte à última data prevista no artigo anterior, o Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado designará uma Comissão para julgar os trabalhos concorrentes em cada etapa do certame.

Art. 5.º — As Comissões Julgadoras deverão apresentar seus pareceres por escrito e fundamentados, em tempo hábil a que no subseqüente 11 de agosto seja feita solenemente a entrega dos prêmios aos vencedores.

Art. 6.º — Quando numa etapa do certame não houver concorrentes aos prêmios ora instituídos, estes ficarão acumulados para o ano seguinte.

Art. 7.º — A não realização do certame durante 3 (três) anos sucessivos em razão do que dispõe o artigo anterior determinará a extinção do mesmo em relação à etapa considerada.

Art. 8.º — O Conselho Superior da Consultoria-Geral do Estado baixará, dentro de 30 (trinta) dias, o regulamento do certame.

Art. 9.º — O tema para 1975 será: "Direito: seu papel na sociedade tecnológica".

Art. 10 — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 12 de dezembro de 1974.

EUCLIDES TRICHES
Governador do Estado

Carlos Pereira Marques
Secretário de Estado da Fazenda — Subst.º

Mauro Costa Rodrigues
Secretário de Estado da Educação e Cultura

Carlos Veríssimo de Almeida Amaral
Secretário de Estado de Coordenação e Planejamento

Victor José Faccioni
Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil

Registre-se e publique-se

Alexandre Henrique Gruszynski
Subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos

(Publicado no "DIARIO OFICIAL" do dia 12 de dezembro de 1974).

ÍNDICE

ATOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES — Revisão. Parecer 3146/CGE. Relator: Almiro do Couto e Silva 287

AUTOMAÇÃO — A Comissão de Informática do Ministério da Justiça, por Jacques Vérin 147

AUTOMAÇÃO — Computadores e Direito, por Stig Strömholm 113

AUTOMAÇÃO — Direito e Informação, por Lothar Philipps 131

AUTOMAÇÃO — Na Baviera a primeira lei sobre Direito compatível com a automação, por Mário G. Losano 103

AUTOMAÇÃO — Pesquisas e atividades do Centro de Informática do Colégio de Advogados de Paris, por Louis Pettiti 143

CARNEIRO, Athos Gusmão. A sentença ilíquida e o artigo 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil 85

CASTRO, Silvia La Porta de. O Direito: seu papel na Sociedade Tecnológica 153

CÉDULAS HIPOTECÁRIAS — Letras Imobiliárias e, por Mário Bernardo Sesta 27

CENTRO DE INFORMÁTICA — Pesquisas e atividades do, por Louis Pettiti 143

CIBERNÉTICA JURÍDICA — Problemas de, por Mário G. Losano 97

CLÁUSULA PENAL — CONTRATOS — Da invalidade de cláusula penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente, por Arnoldo Wald 239

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — A sentença ilíquida e o artigo 459, parágrafo único, do, por Athos Gusmão Carneiro 85

COMISSÃO DE INFORMÁTICA — da Ministério da Justiça, par Jacques Vérin 147

CONTRATOS — CLÁUSULA PENAL — Da invalidade de cláusula penal destinada a impedir a entroda no mercado de empresa concorrente, por Arnoldo Wald 239

CORREÇÃO MONETÁRIA — Parecer à Cia. Siderúrgica Manesmann, por Clóvis V. do Couto e Silva 207

COUTO E SILVA, Almira. Atos administrativos disciplinares — Parecer 3146/CGE 287

COUTO E SILVA, Clávis V. do. Parecer à Cia. Siderúrgica Manesmann 207

DIREITO E TECNOLOGIA — O Direito: seu papel na Sociedade Tecnológico, por Silvia La Porta de Castro 153

DIREITO SUBJETIVO — Tû-tû, por Alf Ross 11

DRAW-BACK — Mercadorias importadas do exterior em regime de, por José Maria Rosa Tesheiner 77

IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO — Mercadorias importadas do exterior em regime de "draw-back", por José Maria Rosa Tesheiner 77

LETRAS IMOBILIÁRIAS — Letras Imobiliárias e Cédulas Hipotecárias, por Mário Bernardo Sesta 27

LICITAÇÃO — Parecer à DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S. A., por Hely Lopes Meirelles 269

LOSANO, Mário G. Na Baviera a primeira lei sobre Direito compatível com a automação 103

LOSANO, Mório G. Problemos de cibernética juridica 97

MEIRELLES, Hely Lopes. Parecer à DERSA — Desenvolvimento Rodaviário S. A. 269

NULIDADE PROCESSUAL — A sentença ilíquida e o artigo 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil, por Athos Gusmão Carneiro 85

PETTITI, Louis. Pesquisas e atividades da Centro de Informática do Colégia de Advogados de Paris 143

PHILIPPS, Lothar. Direito e Informação 131

ROSS, Alf. Tû-tû 11

RUSCHEL, Carlos Maria. Terras devolutas do domínio do Estado — Parecer 2782/CGE 278

SENTENÇA ILÍQUIDA — A sentença ilíquida e o artigo 459, parágrafo único, da Código de Processa Civil, por Athos Gusmão Carneira 85

SESTA, Mária Bernardo. Letras Imobiliárias e Cédulas Hipatecárias 27

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — Parecer à DERSA — Desenvolvimenta Rodoviário S.A., por Hely Lopes Meirelles 269

SOCIEDADE TECNOLÓGICA — O Direita: seu papel na, por Silvia La Porta de Castro 153

STRÖMHOLM, Stig. Computadares e Direito 113

TECNOLOGIA E DIREITO — O Direita: seu papel na Sociedade Tecnalógica, por Silvia La Porta de Castra 153

TERRAS DEVOLUTAS DO DOMÍNIO DO ESTADO — Parecer 2782/CGE. Relator: Carlos Maria Ruschel 278

TESHEINER, Jasé Maria Rasa. Mercadorias impartadas do exterior em regime de "draw-back" 77

TÍTULOS DE CRÉDITO — Falsidade dos — Parecer à Cia. Siderúrgica Manesmann, por Clóvis V. do Couto e Silva 207

VERIN, Jacques. A Comissão de Informática do Ministéria da Justiça 147

WALD, Arnoldo. Da invalidade de cláusula penal destinada a impedir a entrada de empresa concorrente 239