





N3-41



P. B.  
5-1943

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO  
DE  
SÃO PAULO

# **FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE S. PAULO**

## **DIRETOR**

**DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO NETO**

## **VICE-DIRETOR**

**DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO**  
**CONSELHO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO**

**DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA**  
**DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO**  
**DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO**  
**DR. NOÉ AZEVEDO**  
**DR. ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR**  
**DR. ALVINO FERREIRA LIMA**

## **PROFESSORES HONORÁRIOS**

**RUI BARBOSA (1849 — † 1923)**  
**DR. CLOVIS BEVILAQUA**

## **PROFESSORES EMÉRITOS**

**DR. FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO**  
**DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA**  
**DR. REINALDO PORCHAT**  
**DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA**  
**DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA**  
**DR. JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES**

## **PROFESSORES CATEDRÁTICOS**

**DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO NETO**, de Economia Política  
**DR. SPENCER VAMPRE**, de Introdução á Ciência do Direito  
**DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA**, de Direito Público Internacional  
**DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA**, de Direito Internacional Privado  
**DR. VICENTE RÁO**, de Direito Civil  
**DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA**, de Direito Comercial  
**DR. MÁRIO MASAGÃO**, de Direito Administrativo  
**DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO**, de Direito Judiciário Civil  
**DR. JORGE AMERICANO**, de Direito Civil  
**DR. ERNESTO DE MORAES LEME**, de Direito Comercial  
**DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO**, de Direito Comercial  
**DR. ALEXANDRE CORREIA**, de Direito Romano  
**DR. LINO DE MORAES LEME**, de Direito Civil  
**DR. NOÉ AZEVEDO**, de Direito Penal  
**DR. SEBASTIÃO SOARES DE FÁRIA**, de Direito Judiciário Civil  
**DR. JOSÉ SOARES DE MELO**, de Direito Penal  
**DR. ANTONIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR**, de Legislação Social  
**DR. ALVINO FERREIRA LIMA**, de Direito Civil  
**DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA**, de Direito Judiciário Penal  
**DR. BASILEU GARCIA**, de Direito Penal  
**DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA**, de Teoria Geral do Estado  
**DR. BENEDICTO DE SIQUEIRA FERREIRA**, de Direito Judiciário Civil  
**DR. MIGUEL REALE**, de Filosofia do Direito  
**DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO**, de Ciência das Finanças  
**DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR**, de Medicina Legal

## **DOCENTES LIVRES**

**DR. MANOEL FRANCISCO PINTO PEREIRA**, de Direito Internacional Público e Privado, de Direito Constitucional e de Direito Civil  
**DR. CANDIDO MOTA FILHO**, de Direito Penal e de Direito Constitucional, contratado para reger a segunda cadeira  
**DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO**, de Direito Judiciário Penal  
**DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO**, de Direito Judiciário Penal  
**DR. JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATOS**, de Direito Público Internacional  
**DR. GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA**, de Direito Público e Constitucional  
**DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON**, de Direito Penal  
**DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA**, de Direito Penal  
**DR. SINÉSIO ROCHA**, de Direito Penal  
**DR. LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL**, de Direito Judiciário Civil  
**DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS**, de Direito Judiciário Civil  
**DR. JOÃO PAPANTERA LIMONGI**, de Legislação Social  
**DR. SILVIO MARCONDES MACHADO**, de Direito Comercial  
**DR. GOFREDO DA SILVA TELES JÚNIOR**, de Introdução à Ciência do Direito  
**DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES**, de Direito Civil  
**DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO**, de Medicina Legal

## **COMISSÃO DE REDAÇÃO DA "REVISTA"**

**DR. ALVINO FERREIRA LIMA**  
**DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA**  
**DR. BASILEU GARCIA**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

1942

VOLUME XXXVII  
(EXTRAORDINARIO)

Em homenagem aos professores J. J. Cardozo de  
Melo Neto e Spencer Vampré, por terem comple-  
tado 25 anos de exercício de cátedra.

**“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO”**

**SECRETÁRIO DE REDAÇÃO E RESPONSÁVEL  
ANTÔNIO CONSTANTINO**

(Toda a correspondência relativa à “Revista” deve ser dirigida à Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo de S. Francisco, São Paulo).

# Homenagem



*Professor Dr. J. J. Cardozo de Melo Neto.*

# Professor J. J. Cardozo de Melo Neto

## *Redação*

1 — O professor JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO NETO nasceu em São Paulo, aos 19 de julho de 1883, filho do dr. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO JUNIOR, ex-juiz de direito e ex-chefe de polícia da Capital de São Paulo no Império, e, ainda hoje, advogado em nosso fôro.

Professor primário aos 16 anos de idade, no Grupo Escolar da Bela Vista, matriculou-se, em 1901, na Faculdade de Direito e formou-se bacharel a 26 de agosto de 1906. Sua vida de estudante foi prestigiosa, como atesta a circunstância de ter sido, durante o curso, presidente do Círculo Jurídico Acadêmico.

Logrando ser classificado em primeiro lugar em concurso para professor substituto da quinta seção da Faculdade de Direito, foi nomeado a 11 e empossado nesse cargo a 18 de outubro de 1917, data em que recebeu gráu de doutor em direito. Passou logo a exercício efetivo das cátedras de “Economia Política e Ciência das Finanças” e de “Direito Administrativo e Ciência da Administração”, dado afastamento eventual dos professores MANUEL PEDRO VILLOIM e DARIO RIBEIRO.

A 2 de dezembro de 1920, foi nomeado professor catedrático de Economia Política e Ciência das Finanças. Conserva, desde que a Ciência das Finanças foi destacada, como cadeira autônoma, a de Economia Política.

Ocupou interinamente, durante vários anos, a cátedra de Direito Administrativo, até a nomeação do professor MARIO MASAGÃO, seu antigo aluno.

2 — Político militante, foi um dos fundadores da Liga Nacionalista e, em 1926, do Partido Democrático, no qual

exerceu função diretora. Prefeito da capital em 1930, deputado à Assembléia Nacional Constituinte e sub-líder da bancada paulista em 1935 e 1936, deputado federal, líder da bancada do Partido Constitucionalista e relator da Receita na Comissão de Finanças da Câmara de Deputados, coube-lhe, em 1937, ser governador do Estado de São Paulo e em 1938, interventor federal.

E', hoje, diretor da Faculdade de Direito.

Dedica-se a atividades forenses. Foi um dos fundadores do Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo, e da S. A. Central Elétrica Rio Claro e Francana de Eletricidade; e, atualmente, diretor-presidente do Banco Mercantil do Estado de São Paulo.

3 — Na cadeira de Economia Política adota o conceito de MACLEOD sobre o conteúdo da matéria: “A Economia Política é a Ciência das trocas”. Segue ele o grande economista nos conceitos básicos de produção, trabalho, valor, preço, capital, moeda, como o fazia também ALMEIDA NOGUEIRA. Entendendo, embora, que ha leis econômicas naturais, adverte, porém, que ao lado destas, atuam leis simplesmente históricas, no sentido da Escola Histórica. O descrédito em que caiu a noção de lei natural econômica provém do exagêro dos clássicos em considerar naturais muitas relações econômicas que apenas regem um dado momento histórico.

O eminente professor diverge, entretanto, de MACLEOD e de ALMEIDA NOGUEIRA no que concerne à tarefa econômica do Estado. Sua orientação sempre foi a do meio termo entre o individualismo liberal e o socialismo de Estado. Legítima proclamava, desde 1917, como proclama, a interferência do Estado na ordem econômica, variavel segundo as circunstâncias o exigirem, de tempo e de lugar, maior aqui, menor ali, mas devendo ser, hoje, no Brasil, bastante intensa, na medida da satisfação do momento histórico que atravessamos.

Segundo escreveu na dissertação, para o concurso ao logar de professor substituto, em 1917, intitulada “A ação

social do Estado”: “o Estado para cumprir a sua missão, não se pode limitar ao papel de defensor do direito entre os associados” (pág. 4 e 5); “tem ao lado de uma missão jurídica, uma missão social, embora contingente”. As regras dessa contingencia é que o autor as expõe, então, a propósito “da ação social do Estado quanto ao desenvolvimento da população”, “em relação à saúde pública”, “à instrução e educação”, e, afinal, “na ordem econômica”. Para ele, no que concerne à produção, a regra de que “o Estado não deve fazer o que um particular pode fazer” não é sem exceção.

“Quer-nos parecer — conclue — que, tanto quanto permitiram as nossas limitadas forças, mostramos até onde vai e onde deve parar a atividade social do Estado. A enumeração dos casos, entretanto, não pode deixar de considerar-se meramente exemplificativa, tão variada e crescente se vem manifestando a atividade social no Estado moderno.

Sintetizando, podemos dizer:

O Estado exerce ao lado da sua atividade jurídica, uma atividade social. Ao Estado é impossível circunscrever a sua esfera de ação à atividade jurídica. Aliás, a concepção individualista do Estado não teve jamais correspondente na realidade objetiva, não se limitando a tutela do direito. O Estado agiu sempre no sentido de promover o bem estar e a prosperidade sociais.

A interferência do Estado, para ser legítima, precisa basear-se no interesse comum. Subordinada a este critério, ela facilita o exercício da atividade jurídica.

A atividade social não se confunde, porém, com o socialismo em qualquer das suas manifestações.

Os limites da atividade social são traçados pela apreciação do fim do ato a ser praticado.

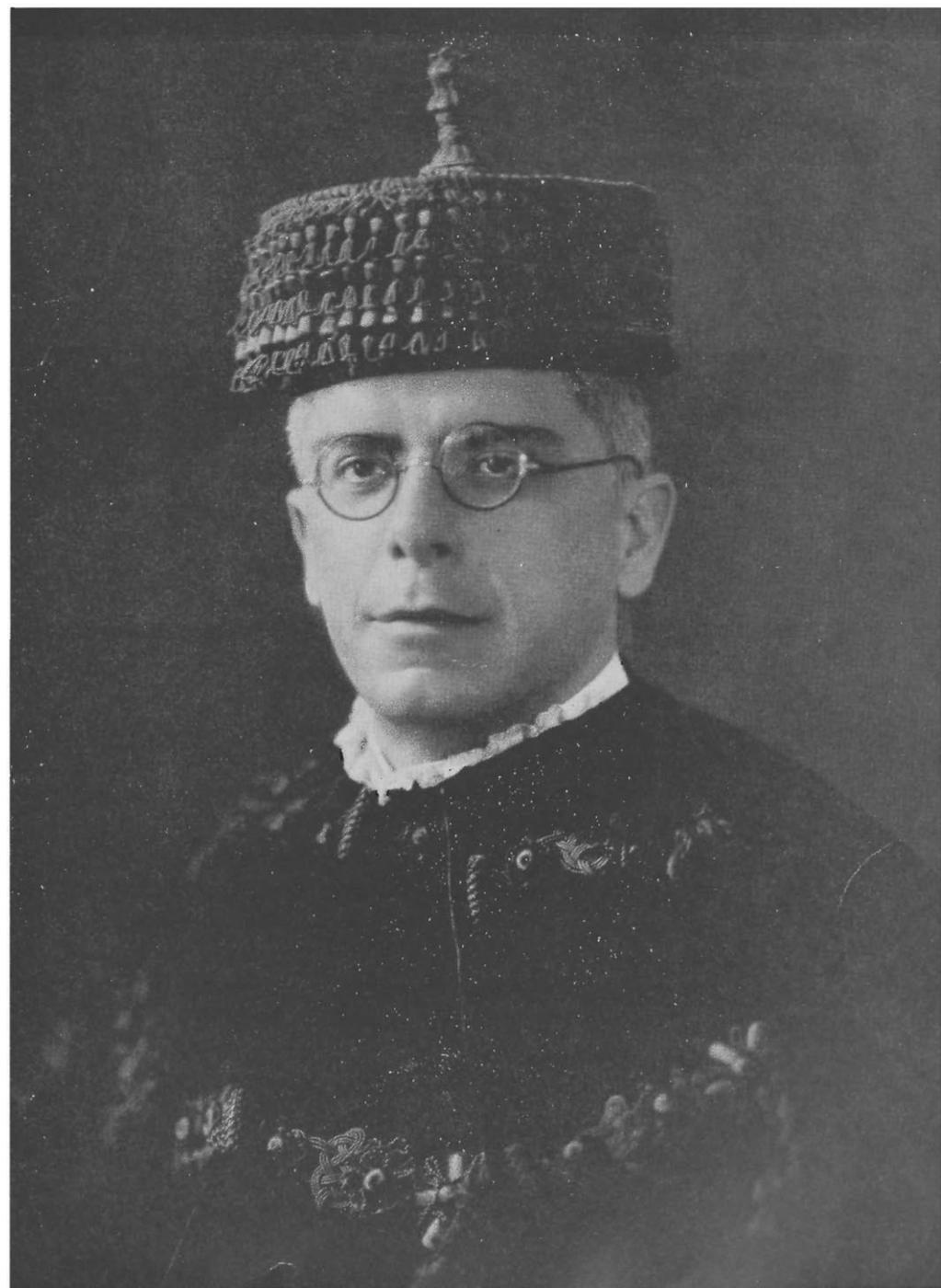
Se o ato tem fins coletivos, se promove o bem comum, se a todos aproveita, ele se compreende na esfera da atividade social do Estado.

Se, ao contrário, o ato pode ser praticado pelo particular tão bem como pelo Estado, ou aproveita apenas a uma

classe de indivíduos, ele escapa às atribuições do Estado, que é unicamente órgão de interesses verdadeiramente gerais e públicos”.

4 — São de sua autoria também, entre outros, os trabalhos seguintes: “O ante-projeto do novo programa do Partido Democrático”, “Diário de São Paulo”, 11-6-1932; “Carteira de redescontos — Projeto apresentado à Comissão de Finanças”, “Jornal do Brasil”, Rio, 14-11-1935; “O centenário de José Bonifácio, o moço”, “Pandectas Brasileiras”, Rio, 1937, vol. 3.º, 5.ª parte, pág. 92; “Da constitucionalidade do imposto sobre a renda”, “Revista dos Tribunais”, São Paulo, 1926, vol. 57, pág. 630; “Crédito internacional — Empréstimos externos do Estado de São Paulo — Cambio negro”, (Parecer), in-“Documentos elucidativos do Inquérito do Instituto de Café do Estado de São Paulo”, 1933, vol. 1.ºA; “Sobre nova cunhagem de moedas divisionárias”, Projetos da Camara dos Deputados Federais, Rio, 1937, vol. 3.º, avulso n.º 12; “Curso didático de economia política”, de J. L. de Almeida Nogueira, 5.ª edição revista, São Paulo, 1936; “Em defesa dos cabeças do movimento de 5 de julho de 1924 — Delitos políticos — Inconstitucionalidade do decreto que tira o seu julgamento do tribunal do juri e entrega ao juiz singular”, São Paulo, 1925; “Discriminação de rendas entre a União e os Estados” (Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo), sem data, 1 vol.; “Discurso de saudação ao Professor Almeida Junior”, “Revista da Faculdade de Direito”, São Paulo, 1941, vol. 36, pág. 307; “Discurso proferido por ocasião da homenagem que lhe foi prestada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em virtude de sua investidura no cargo de governador deste Estado”, “Revista da Faculdade de Direito”, São Paulo, 1937, vol. 33, pág. 123; “Discurso pronunciado em 28 de outubro de 1920, em nome da Congregação da Faculdade de Direito, na recepção solene do professor Orlando”, “Revista da Faculdade de Direito”, São Paulo, 1936, vol. 32, pág. 105; “Das duplicatas ou contas assinadas”, Projetos da Camara dos Deputados Federais, Rio, 1935, vol. 3.º, avulso n.º 38; “Economia

política e ciência das finanças — Discriminação de rendas entre a União e os Estados”, (Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo), São Paulo, 1917; “O funcionamento do Tribunal de Contas”, (Parecer), Projetos da Camara dos Deputados Federais, Rio, 1934-1935, vol. 1.º, avulso n.º 52; “Homenagem a Clovis Bevilacqua — A entrega do diploma de professor honorário da Faculdade de Direito de São Paulo ao eminente jurista”, “Revista da Faculdade de Direito”, São Paulo, 1937, vol. 33, págs. 370, 373 e 374; “Augusto da Costa, A Nação Corporativa”, “Revista da Faculdade de Direito”, São Paulo, 1938, vol. XXXIV, fasc. II, pág. 717; “Oração do paraninfo à turma de bachareis de 1938 da Faculdade de Direito de São Paulo”, São Paulo, 1929, 1 vol.; “Parecer sobre as “bases para a Federação dos Institutos dos Advogados Brasileiros”, adoptadas na Conferência que se realizou, no Rio de Janeiro, a 25, 26, 27, 28 e 29 de agosto, na qual tomaram parte os presidentes e representantes dos Institutos dos Advogados do Rio de Janeiro, Minas, Rio Grande do Sul e São Paulo”; “Podem ser tributados pela União os rendimentos dos imóveis rurais e urbanos, bem como das indústrias e profissões?”, Trabalhos do Instituto dos Advogados, São Paulo, 1917-1936, pág. 67; “Discurso de agradecimento por ocasião da posse na Diretoria da Faculdade”, “Revista da Faculdade de Direito”, São Paulo, 1941, vol. 36, págs. 228, 229 e 233; “Saudação ao professor Fernando Emidio da Silva, da Universidade de Lisboa, proferida, em nome da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na sessão solene de recepção realizada, em 27 de novembro de 1939, na sala “João Mendes”, “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, 1939, vol. 35, pág. 709.



Dr. Spencer Vampré

# Professor Spencer Vampré

*Redação*

1 — O professor SPENCER VAMPRE, nascido em Limeira, Estado de São Paulo, aos 24 de abril de 1888, filho do dr. FABRÍCIO VAMPRE e de dona MATILDE RODRIGUEZ DE ANDRADE VAMPRE, matriculou-se na Faculdade de Direito em 1904 e bacharelou-se em 1909. Afeito aos estudos jurídicos, foi professor catedrático na extinta Universidade de São Paulo, estabelecimento de ensino que durante pouco tempo funcionou nesta capital. Fadado ao magistério, por marcada inclinação de temperamento, inscreveu-se, e foi aprovado, em concurso para professor substituto da primeira seção desta Faculdade de Direito. Foi nomeado por decreto de 17 de outubro de 1917 e tomou posse desse cargo a 31 do mesmo mês. Faz, portanto, vinte e cinco anos que recebeu o grau de doutor e que assumiu seu posto de trabalho.

Nomeado catedrático de Direito Romano, em substituição ao professor REINALDO PORCHAT, posto em disponibilidade, prelecionou essa disciplina desde 1925 até transferir-se para a cátedra de Introdução à Ciência do Direito, no exercício ativo da qual se encontra até hoje.

Notável energia para o trabalho impeliu-o a viver intensamente a vida universitária, não só aquela a que a função o obrigava, mas também a determinada por constante preocupação de desenvolver o espírito de solidariedade entre mestres e discípulos e o espírito de iniciativa dos estudantes. Estes, assim, contaram sempre com seu apoio ativo a todos os empreendimentos de valorização material, intelectual e moral da classe acadêmica.

Uma concepção progressista do espírito universitário levou-o, sobretudo quando diretor da Faculdade de Direito, em 1938, a incentivar o estabelecimento de relações exteriores culturais que projetassem, em círculo social de maior amplitude, a influência intelectual e o prestígio desta casa,

promovendo a realização de palestras e conferências, sobre os mais variados assuntos, com o ânimo de torná-las em hábito.

Além de professor e juriconsulto, exerceu, como ainda exerce, a advocacia. Político, ocupou, antes de 1930, os cargos de sub-prefeito da Lapa, de vereador e de deputado estadual. É membro da Academia Paulista de Letras.

2 — Dentre as obras publicadas do professor SPENCER VAMPRE, excluídas as de atividade forense, numerosas e de valia, destacam-se: a dissertação de concurso “O caso fortuíto nos acidentes pessoais de transporte” (1914); o livro “Das sociedades anônimas” (1914); as “Institutas do Imperador Justiniano, traduzidas e comparadas com o direito civil brasileiro” (1916); “O que é o Código Civil” (1917); “O Código Civil Brasileiro anotado à luz dos documentos parlamentares e da doutrina” (1917); a dissertação de concurso “Da lesão enorme e do sujeito de direito” (1918); “Interpretação do Código Civil”, com prefácio de CLOVIS BEVILACQUA; “Guia fiscal das sociedades anônimas” (1919); “Manual do direito civil brasileiro”, em 3 volumes, (1920); “O latim em dez lições”, como “introdução ao estudo do “Corpus Juris”, destinada aos advogados e estudantes de direito” (1921); e “Tratado elementar de direito comercial”, em 3 volumes (1922).

Organizou um “Repertório Geral de Jurisprudência, Doutrina e Legislação”, de que se publicaram vários volumes, e, ao influxo de seu devotado culto à tradição das arcaicas, e sob inspiração do exemplo de ALMEIDA NOGUEIRA, escreveu interessantes “Memórias para a história da Academia de São Paulo” (1924).

Recentemente, compôs “Uma nova orientação do processo civil” (1927), “O papel do jurista na hora atual” (1932) e “As leis fundamentais da evolução jurídica” (1930 e 1938). Inúmeros são seus discursos e seus pareceres, publicados em revistas técnicas e em folhetos avulsos.

3 — Infenso às concepções abstratas e apriorísticas, nas quais se fundam muitas doutrinas jurídicas, o professor

SPENCER VAMPRÉ orientou, sempre, seus ensinamentos, quer na cátedra, quer na literatura, no melhor sentido pragmático, por acreditar que as instituições valem pela utilidade social que satisfazem. Sua obra é, por isto mesmo, sobretudo, descritiva do direito tal qual foi, é ou poderá ser, segundo a fluente objetividade das orientações atuais positivas, e explicativa de seus fatores determinantes.

Para quem, antes de mais nada, empresta ao magistério o principal de suas energias, esse feito do professor SPENCER VAMPRÉ favorece o proveito didático que todos tiram de seus livros. Os alunos neles encontram, pela simplicidade do estilo, guias seguros da própria instrução; e os bachareis e doutores, quando necessitam de soluções para as questões que surgem no fôro, buscam-nas com acerto nessas pequeninas obras, nas quais seu autor menos cuidou de ganhar prestígio de mestre do que de efetivamente servir ao ensino do direito.

Não quer nada disso dizer que o nosso homenageado não queira aprofundar-se nos máximos princípios da filosofia jurídica, mas, ao contrário, que a orientação utilitária, que adotou, tem origem em laboriosa reflexão, como provam seus trabalhos de maior penetração e suas próprias palavras:

“Derrocado o velho conceito de um direito natural, quer como regras ou faculdades universalmente reconhecidas, quer como sùmula de direitos essenciais, implícitos em todas as legislações — demonstrado que, sob uma ou outra forma, esse conceito não corresponde a nenhuma realidade, — mais se acentuou o cepticismo dos que não creem na possibilidade de normas gerais da evolução jurídica. E, todavia, o problema se impõe, necessariamente, a tal ponto que, sem uma solução afirmativa, toda investigação científica, no domínio do direito, seria infecunda e meramente arbitrária.” “Como os demais fenomenos a variação dos códigos legislativos não impede, antes pressupõe, como na física, a existência de princípios fundamentais, que os elucidam e que os reúnem num todo lógico” (“As leis funda-

mentais da evolução jurídica”, pág. 105). E’ que, comparadas as várias legislações dos povos, “todas, qualquer que lhe seja o grau de desenvolvimento, obedecem a princípios fundamentais; todas se plasmam pelos mesmos cânones.” “Não será — porém — buscando nos conceitos metafísicos um direito natural, não será formulando teorias especiosas e complexas, que haveremos de descobrir esses princípios, mas sim na observação direta do que se passa, perto de nós, sob nossos próprios olhos”. E’, pois, pelo método, um positivista. A lei que, por esse caminho, se lhe afigura dominar todos os fenômenos sociais e jurídicos é o princípio do mínimo esforço. Eis a fórmula: todo homem (e poderíamos dizer todo sêr vivo) tende a obter o máximo de resultado com o menor esforço possível. Todo homem, e todo sêr, se orienta, em última análise, para a mais alta afirmação de sua espécie. Afirmação da existência individual, afirmação da vida da espécie, aí estão, em duas fórmulas aparentemente simples, todos os dramas da vida orgânica, todas as tragédias da existência humana.

Como se vê, este conceito filia a filosofia jurídica às grandes correntes da biologia e da ciência em geral. Ora, “as leis fundamentais do mundo vivo são as leis da adaptação ao meio e da seleção natural, que assim formularemos: vive o indivíduo e a espécie que melhor se adaptam ao meio; triunfam o indivíduo e a espécie mais fortes, isto é, melhor adaptados ao meio.

Esta fórmula é a mesma do mínimo esforço, pois adaptar-se ao meio é esforço menor do que lutar contra ele, luta que só raramente termina com a transformação do meio pelo indivíduo, sendo mais comum o aniquilamento do indivíduo pelas condições hostis do meio a que se não adaptou.

Assim se vê, num relance de olhos, que o princípio do mínimo esforço domina as leis evolutivas do mundo biológico.

Assim, na esfera do direito, longo tempo a humanidade imitou e imitará, até encontrar um novo processo de economia de esforço. Foi assim que, durante séculos, o direito

romano imperou como lei, e a imitação das instituições jurídicas desse povo admirável constituiu a preocupação dominante dos príncipes e dos sábios.

Quando, porém, se formulou o Código Napoleão, e com ele a generalidade de princípios que caracteriza as codificações modernas, no mesmo momento se operou uma economia imensa de esforço, pela simplificação correspondente de preceitos.

Residiu neste fato a razão íntima da decadência do direito romano como lei escrita. O Código Napoleão constituiu por isso monumental invenção jurídica. O mesmo diríamos de grande número de suas teorias, como a dos fatos jurídicos em geral, a dos contratos e a da responsabilidade extracontratual.

Tais princípios confessa o autor que os vem expondo “há algum tempo, desde quando lecionava direito romano nesta Faculdade. Nenhuma disciplina poderia ser mais propícia a tais investigações do que essa cumiada donde se divisam todos os horizontes intelectuais dos povos: nenhum levantamento topográfico poderia ser mais frutífero que o tirado dessa cordilheira de montanhas, que formou as principais vertentes mentais da humanidade.

Nem se conseguiria hoje explicar razoavelmente o direito romano sem encará-lo à luz da legislação comparada e da filosofia jurídica, e sem procurar nele, não já a lógica das disposições legais, mas as correntes profundas que moldaram o pensamento atual, e que explicam a sua evolução no passado e no presente.

Quanto mais estudo a legislação romana e com ela comparativamente a dos demais povos, mais me persuado das grandes leis evolutivas que acabei de referir, mais claramente vejo marchar sempre a humanidade no sentido que apontam.

Se há um traço que caracteriza a evolução humana é o progresso contínuo do sentimento de solidariedade entre os homens. O problema foi posto nesta época em termos tão altos, que se considerou como caso de intervenção interna-

cional o se denegarem, dentro de qualquer país, os direitos de liberdade e de propriedade, tidos como essenciais ao homem.

Sentimo-nos cada dia mais solidários no terreno econômico e moral, social e político, jurídico e étnico. Se alguém quizer saber o gráu de cultura ou de civilização de um povo, examine como age em relação aos outros povos, e encontrará que o mais adiantado e o mais culto é o que maior número de relações mantém, e, por isso mesmo, o que tem mais vivo sentimento da solidariedade humana.

Pois bem, e seja este o remate de nossas considerações. Quanto mais solidários os homens, tanto mais fortes; quanto mais unidos em torno de um ideal de justiça, mais formosos e melhores. Quanto mais cooperantes no respeito ao direito de cada um, mais concientes de seus próprios direitos; maior economia realizam no afirmá-los e defendê-los; maior soma de prazer logram.

Não há dor maior, para o coração humano, do que a que decorre de uma injustiça. E só existe uma satisfação maior do que ver a justiça realizada: — é haver concorrido para a sua realização.

E' o respeito aos princípios; é a imitação dos exemplos salutarés; é o mínimo esforço na ordem ética, assinalado pela recta moral do dever, que representa a maior soma de felicidade possível.

No dia em que os estadistas o compreenderem; no dia em que os homens todos o praticarem, a Paz descera sobre o mundo, e a Justiça se elevará, tão pura e alta, tão cintilante e tão bela, que há de iluminar com o seu clarão todos os recantos da Terra, e será abençoada e será louvada, porque a soube dignificar e engrandecer."

4 — Reflexo de sua orientação filosófica e de seu desenvolvido espírito de solidariedade, nota marcante de seu carater é a tolerância, que dá às opiniões, por mais contrárias a seu modo de pensar, julgando-as todas dignas de atenção, pelo mínimo de verdade que em tudo sabe desvendar.

# Colaboração de Professores

## Dois mestres

*Clovis Bevilacqua*

Ha vinte e cinco anos, J. J. CARDOZO DE MELLO NETO e SPENCER VAMPRÉ ilustram a cátedra do ensino jurídico, falando da Faculdade de Direito de São Paulo, fóco alcandorado da elaboração científica da doutrina e da prática do Direito, cheio de belas e honrosas tradições, poderoso centro de irradiação mental, como a sua irmã gêmea do Norte e como as outras, que vieram depois a pontilhar de luz o território pátrio.

Vinte e cinco anos de ensino. Quanto saber acumularam, no decurso desse tempo, os dois egrégios professores, zelosos no transmitir aos seus alunos idéias sãs e seguras, hauridas na própria experiência, na ciência dos que os precederam em postos semelhantes, no estudo dos escritores nacionais e estrangeiros! Acumularam sabêr, isto é, força espiritual, destinada a expandir-se, a gerar outros centros de força congênere.

Com efeito, as sucessivas gerações de estudantes, que lhes ouviram o ensino, foram, pelo Brasil afóra, aplicar, desenvolvidas e robustecidas, as idéias, que assimilaram, nos vários postos, que o destino lhes assinalou: advogados, juizes, professores, profissionais em vários ramos da atividade social.

E' grande, portanto, a contribuição dos dois egrégios professores para o desenvolvimento e brilho das letras jurídicas em nosso país. E a festa, que lhes faz a Congregação da Faculdade Paulista de Direito, grangeia largos aplausos da gente brasileira, que cultiva as letras jurídicas, porque é justa consagração do mérito e do zelo de dois colegas,

cujo indefesso labor é produtivo e exerce apreciável influência na marcha das idéias.

E, referindo-me aos dois estimados confrades, vem-me ao pensamento o primeiro contacto, que tive com a inteligência viva e penetrante de SPENCER VAMPRÉ, depois amigo muito prezado.

Havia eu publicado a *Teoria geral do direito civil*, onde se encontra um quadro de classificação objectiva dos direitos. Essa representação figurativa dos poderes jurídicos interessou o jovem estudante, que era então SPENCER VAMPRÉ, e sugeriu-lhe a idéia de organizar outro esquema, esprimindo o ponto de vista próprio, e me enviou o seu trabalho. Achei que revelava inteligência arguta e empreendedora e lh'o disse em carta.

Como era de esperar, essa inteligência, que assim se anunciava capacíssima, em breve começou a manifestar-se em produções jurídicas de real valor, denunciando individualidade superiormente dotada pela natureza e pelo estudo. Os seus livros, versando o direito civil e o comercial, são de excelente feitio pela firmeza das idéias e sedutora clareza de exposição. A um deles tive o prazer de prefaciá-lo: *Interpretação do Código Civil*.

As suas *Memórias para a história da Academia de São Paulo* (2 volumes), além de constituírem a glorificação desse fecundo centro de cultura, dão-nos informações curiosas sobre a vida e os costumes da sociedade e dos estudantes, que, até certo tempo, formavam grupo inconfundível, irrequieto e folgazão. E' livro precioso e de leitura atraente esse das *Memórias*.

SPENCER VAMPRÉ e CARDOZO DE MELLO NETO entraram para o corpo docente da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1917, ano em que também ingressou na mesma Congregação FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO, alta figura, entre as maiores, das letras jurídicas brasileiras, a quem os seus pares conferiram o título de Professor Emérito e, ha pouco, o Instituto de Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro prestou marcante homenagem. Lembro o fato para

dizer que o ano de 1917 foi dos felizes para a Faculdade de Direito de São Paulo, tal o valor dessas aquisições.

Nele, os dois mestres, cujas bodas professorais se celebram, lançaram os alicerces da construção, que foram erigendo na mentalidade dos discipulos e agora se estadeia iluminado por vinte e cinco anos de dedicação ao ensino e ao desenvolvimento das letras jurídicas no Brasil.

Não está finda a tarefa em que se empenharam; mas a etapa vencida já lhes consolidou a benemerência.

# Da retroactividade das leis em materia de impugnabilidade de sentença, jurisdicção e competencia (\*)

*Francisco Morato*

A impugnabilidade da sentença ou admissibilidade de recurso contra ella, é uma verdadeira qualidade inherente á mesma, regulada pela lei vigente ao tempo em que foi proferida.

Dahi surge, neste particular do direito transitorio, o primeiro canone, egualmente admittido na doutrina, na legislação e na jurisprudencia, que os recursos contra as sentenças, sobre o ponto de vista de sua admissibilidade e força intima, devem ser exclusivamente regulados pela lei sob cujo imperio foram pronunciadas.

*“É quindi canone generalmente ammesso dagli scrittori, dai legislatori e dalla giurisprudenza pratica che i rimedi contro le sentenze devono essere esclusivamente regolati dalla legge sotto il cui impero le sentenze vennero pronunciate, e, per conseguenza, che nessun rimedio introdotto da una legge nuova può essere adoperato contro una sentenza emanata vigendo una legge anteriore, che non lo ammetteva, e, per converso, che un rimedio accordato dalla legge sotto il cui impero la sentenza venne emanata, non può venire tolto re-*

---

(\*) Mantida a ortografia do autor.

*troattivamente da una legge posteriore*". (GABBA: *Retroattività Delle Leggi*, 1898, vol. IV, pag. 540).

Como, porem, as leis processuaes são de sua natureza retroactivas, surge dahi o segundo canone na materia, a saber, que o uso ou processo dos recursos deve ser regulado, não já pela lei do tempo da prolação da sentença, senão pela lei nova ou do tempo do mesmo processo.

“Non consegue però dall’esposto canone che la procedura da seguirsi nel far uso dei rimedi contro le sentenze debba essere determinata dalla legge stessa, sotto il cui impero la sentenza impugnata venne emanata. Il contrario invece è voluto dal generale canone dell’applicazione immediata o retroattiva delle nuovi leggi procedurali”. (GABBA: *Ibid.* pag. 541).

Estes preceitos, de processo propriamente dicto ou de processo no sentido estricto, não são os que governam o assumpto de jurisdicção e competencia, que, na subdivisão do direito processual, entra no capítulo da organização judiciaria. Em direito transitorio, a materia de jurisdicção e competencia rege-se por principios ou canones especificos.

E’ o primeiro que a lei nova retroage acerca da hierarchia e composição interna dos juizes e tribunaes, assim em relação aos processos pendentos como aos processos a iniciar.

*“Che le nuove leggi intorno alla gerarchia delle pubbliche autorità e magistrature, ed alla interna composizione di ciascuna di queste, debbansi applicare non meno alle procedure già avviate, che a quelle da avviarsi, è ovvio principio, essendo cosa evidente che le autorità pubbliche sono istituite dallo Stato per ragione di pubblico interesse, e che i privati, lungi dall’aver diritto di procedere piuttosto davanti ad un’autorità che*

*ad un'altra, e composta e ordinata in un dato modo, anzichè in un altro, debbono riguardare come affatto indifferente ai loro interessi ciò che la legge statuisce su tutti questi punti".* (GABBA: *Ibid.*, pag. 463) .

A lei nova é essencialmente retroactiva pelo que respeita á organização e composição interna das auctoridades e tribunales judicarios, assim como pelo que toca ás suas attribuições e actividade, isto é, á jurisdicção e competencia.

Relativamente ao thema de jurisdicção e competencia, ha uma corrente de interpretes que distinguem entre processos ainda não instaurados e processos pendentes, ensinando que em relação aos primeiros applicam-se as leis novas retroactivamente, sem attenção a ser o direito, objecto do pleito, adquirido antes ou depois de entrarem em vigor; mas que, quanto aos segundos, não ha retroactividade.

Por que, quanto a estes (processos pendentes), a cujo respeito já está firmada a competencia de modo irrevogavel, a lei nova não pode ser retroactiva, por virtude do constante principio que os legisladores romanos tiveram o cuidado de consagrar por uma disposição formal na *Lei 30, Dig. De Judiciis*, a saber, que todo processo deve terminar onde começou — *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*; por esse principio e por ser canone fundamental na doutrina da retroactividade que os actos já consummados não podem ser considerados pela lei nova como inexistentes. A determinação da competencia é a primeira indagação que se faz em todo o processo e, verificada que seja, o processo continua onde se abrir a instancia, sem mais retorno a este argumento.

Foi esta a licção original de MERLIN no *Répertoire, vb. Competence* § III e que a MERLIN copiou GABBA em pag. 468 do cit. IV vol., a GABBA JOÃO MONTEIRO no § 8 da *Theoria do Processõ* e a JOÃO MONTEIRO AURELIANO DE GUSMÃO na licção XII do seu *Processo Civil e Commercial*.

Foi manifesto equívoco destes grandes mestres, aliás inadvertidamente repetido por outros escriptores de menor tomo.

Não auctoriza semelhante modo de vêr a *lei 30 Dig. De Judiciis*; pelo contrario impõe e preceitua conclusão opposta.

Tal lei pertence ao titulo do *Digesto DE JUDICIIS ET UBI* — dos *juizes e do lugar ou fôro perante quem e onde devem correr as acções* —; quer dizer, cogita da competencia territorial, da competencia relativa, da competencia de fôro, da qual não pode a parte declinar, ainda que mude de morada, de residencia, de domicilio ou de qualidade no decorrer da lide, porque *ubi acceptum est semel judicium ibi et finem accipere debet*.

E' uma lei complementar e integrante da de n. 7 do mesmo titulo, onde isto está dicto com inexcedivel clareza: *si quis posteaquam in jus vocatum, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa jus revocandi non habebit, quasi preventus* — não tem direito de declinar do fôro aquelle que, citado para responder perante seu juiz, fôr depois chamado para outro fôro ou tomar o partido das armas, visto estar preventa a jurisdicção.

A lei 30 tem, como escreve MATTIROLO,

*“sua spiegazione e limitazione nella precedente legge 7.<sup>a</sup> dello stesso titolo; si applica cioè esclusivamente alla competenza per ragione di territorio e concerne soltanto quel cambiamenti che avvengono nella dimora, nella residenza o nel domicilio delle parti, ovvero nella mutata qualità per cui le dette parti stanno in giudizio”.*

Isto foi sempre de constante e pacifica jurisprudencia na Italia, accrescenta o insigne processualista; tambem entre nós, podemos dizer e exemplificar com a passagem da competencia federal para a estadual por virtude da eliminação constitucional da alçada daquella pela residencia das

partes em Estados differentes, assim como com o desmembramento de comarcas no Estado, casos em que as causas divisorias se transferiram para a justiça local e para as das novas comarcas, embora não fossem supprimidas nem privadas de jurisdicção as auctoridades anteriores (*Conf. MATIROLO: Trattato di Diritto Giudiziario Civile, 5.<sup>a</sup> ed., vol. I, not. 2 ao n. 125. DALLOZ: Répert. vb. Lois, n. 348*).

Quanto ao argumento deduzido do principio fundamental da doutrina da retroactividade, de que os actos consummados não podem ser alcançados ou nullificados pela lei nova, não é menor, neste topico, o equivoco. São esses mesmos auctores equivocados que firmam o *principio obvio* que, relativamente ás leis de jurisdicção ou competencia de attribuição, não ha direito adquirido senão pelo que toca aos actos passados e não no que concerne aos futuros.

*“essendo COSA EVIDENTE che le autorità pubbliche sono istituite dallo stato per ragione di pubblico interesse e che i privati, lungi dall'avere diritto de procedere piuttosto davanti ad una autorità che ad un'altra, debbono riguardare come affatto indifferente ai loro interessi ciò che la legge statuisce su tutti questi punti”* (GABBA: *Ibid.*)

O proprio MERLIN, em cuja esteira têm deslizado tantos e tão conspicuos tratadistas, salientou com grande sabedoria que os processos tem uma natureza *successiva* e que, em consequencia desta successividade, os actos que os compõem, si estão consummados, pertencem ao passado e não são attingidos pela lei nova, si ainda não foram praticados, pertencem ao futuro e são por ella alcançados (*RÉPERT. vb. Effet Rétroactif sect III § VII*).

Foi inapropositadamente que se procurou colorar a profligada erronia com um parecer nosso (*Rev. dos Trib., 68/37*); parecer que versava sobre uma divisão já finda e em que se tratava de executar a sentença nella proferida. Era evidente que a execução, para entrega do lote que coube

a um condividente, devia ser requerida ao juiz que fez a divisão e effectuada, mediante precatoria delle, pelo juiz da comarca para onde se desmembrou o immovel.

Em conclusão, em assumpto de competencia de attribuição, a lei nova applica-se tanto aos processos proponendos quanto aos pendentos, respeitados, em relação a estes, os actos e termos já consummados, bem como os que delles forem immediata e natural consequencia.

# Crueldades nas Guerras

*Braz de Sousa Arruda*

E' opinião quasi geral que não são as guerras modernas tão crueis quanto as antigas, notadamente no modo de tratar prisioneiros. Referimo-nos às lutas internacionais ou entre povos soberanos. Das civis diremos duas breves palavras no final deste artigo. O próprio saudoso mestre PEDRO LESSA compartia a opinião vulgar, como se vê nas seguintes palavras que passo a transcrever textualmente, desaviado o grande brasileiro provavelmente pelos seus estudos de gabinete. "Civilizou-se muito a guerra. A Convenção de Genebra de 1864 pôs em prática a regra: *Hostes, dum vulnerati, fratres*".

Sentimos não poder compartilhar a opinião do grande jurisconsulto. Dele dissentimos inteiramente.

Realmente não houve falta de atrocidade nas guerras antigas. Não se abrandou porém a dureza nos corações humanos de hoje. Apontam-se para tipo das torturas infligidas pelos vencedores as que eram applicadas pelo povo judeu, e cita-se o livro de Josué. A verdade porém é que os assírios e outros povos antigos nada ficaram a dever ao povo eleito de Deus. (MALET, Historia Antiga, pag. 56). Os gregos, que se ufanavam de sua elevada cultura, eram crudelissimos com seus prisioneiros. Os atenienses cortavam os dedos dos vencidos para que não mais pudessem manejar a lança e a espada. Exilaram HERMOCRATA, porque lhes pediu que tratassem com humanidade seus prisioneiros. JULIO CESAR, que se diz, graças quiçá às louvaminhas de CÍCERO (*Pro Ligario*), incapaz de crueldade a não ser a cometida em relação a VERCINGETORIX, fez decepar as mãos dos defen-

sores de Uxelodunum pelo *crime* de bravura na defesa de seus lares. Era ésta a mansuetude, a tão decantada mansuetude, a magnanimidade de Cesar! Não quis CARLOS MAGNO, na Idade Média, deixar esquecido o fervor religioso de JOSUÉ, e pôde ser cognominado o novo JOSUÉ (VAN PAASEN, Estes Dias Tumultuosos, pag. 315).

Mas, neste capítulo, nada ficaram a dever aos antigos os modernos: eis o assunto do presente artigo.

Logo na aurora do seculo XIX, encontra-se BONAPARTE massacrando prisioneiros que fizera após a tomada e o saque de Jafa... Durante a guerra franco-prussiana foram os prisioneiros franceses, sem distinção, obrigados a trabalhos forçados, recebendo alimentação de irracionais, e expostos ao rigorosíssimo frio, inteiramente sem abrigos... O livro de contos publicado sob o titulo *Soirées de Médan* dá uma longínqua idéia das barbaridades dos vencedores no territorio francês quando ocupado... Em sua celebre *Débâcle*, refere ZOLA que os prisioneiros franceses eram operados sem a anestesia pelo clorofórmio ou por outro processo medicinal. Que caridade! Que observância da regra *hostes, dum vulnerati!*... Na denominada *grande guerra* (1914 a 1918) aperfeiçoaram os alemães sua selvageria com o emprêgo dos *gazes asfixiantes*, em cujo manejo se tornaram muito hábeis. Mas aquí se nos depara a objeção: porque cessou quasi inteiramente o uso dos gases venenosos, porque rara é hoje a *guerra química*, porque foi ela solenemente condenada pelos povos cultos ou civilizados? Muito facil é a resposta a tal contestação. Como é sabido, nossos aborígenes raramente envenenavam suas frechas, mas isto, não por espírito de humanidade ou caridade, e sim porque julgavam que o veneno prejudicava a qualidade da carne, visto como, sendo antropófagos, a guerra para eles era uma caçada, estranhando mesmo que os portugueses matassem o inimigo, e não lhe devorassem o cadaver. Enganavam-se quanto ao sacrificio da iguaria: o *curare* que, no Norte, é empregado para a caça, não torna venenosa a carne do animal morto; o *timbó* que, no Sul, é usado para

as pescarias, não estraga a carne do peixe. Os alemães tinham motivo diverso, mas análogo, do ponto de vista egoístico, para se absterem da guerra química, e vinha a ser saberem quais os perigos a que expunham seus compatriotas. O *gaz iperitê* matou mais alemães do que franceses (*Ligt e Langevin*). Nos momentos de desespero, os povos modernos continuam a recorrer aos tóxicos, à guerra química. Na atual guerra foi verificado que os crudelíssimos japoneses estavam a usar de gases asfíxiantes lançados de aviões por meio de bombas.

Prossigamos.

Oficiais militares inventaram um novo suplício. Mandam sejam levadas em aviões suas vítimas e atiradas de elevadíssima altura sobre o solo. (VAN PAASEN, Estes Dias, pags. 294 e 295). Tal invenção os faz êmulos de TORQUEMADA. Tornou-se fato comezinho por qualquer falta ordenar um oficial, a título de disciplina, seja exterminado um baalhão que lhe foi entregue. Entre barbaros, natural é que esperemos sejam comuns as crueldades narradas por VAN PAASEN como sendo ocorridas na Etiópia, sob o reinado de SALASSIÉ. Já no tempo de seu antecessor MENELIQUE, foram castrados os vencidos na batalha de Aba Garimá.

Que dizer dos feros, dos sanguinários japoneses? Um só fato basta para lhes dar o primeiro lugar entre os mais deshumanos contemporâneos: *Porto Artur*... Tudo quanto DANTE imaginou para seu Inferno está longe do ideado pelos selvagens amarelos do Extremo Oriente. Mas, como em tudo, ainda nos mais tristes quadros, ha sempre uma nota cômica, recordemo-nos de que os japoneses verteram lágrimas, quando, em represália pelo inesperado ataque a *Pearl-Harbour*, bombardearam os americanos a capital do Japão! Si alguém nutre dúvidas sobre o que é o japonês, do ponto de vista da crueldade, recomendamos-lhe a leitura do belo e celebre artigo *Unknown Japan*, escrito por PRICE no *The National Geographic Magazin*, 82/244 e s. Ali verá o leitor que tão grande é a deshumanidade do povo japonês (*ruthless*, como diz o autor) que provocou uma geral anti-

patia em todos os seus infelizes vizinhos, suas principais vítimas (pag. 252). Deixemos porém os selvagens sócios da Alemanha no Extremo Oriente, e ocupemo-nos com o que se passa na cultíssima Europa.

Ha o caso dos *refens* e o dos prisioneiros agulhoados pelos hitleristas.

*Refens* — eram as pessoas destinadas a garantir o cumprimento de certas convenções. Os mais célebres foram, em Roma, RÉGULO, e, em Portugal, EGAS MONIZ. As leis de guerra modernas proibiram essa forma de fiança. Agora porém instituíram os alemães uma outra especie de *refens* até hoje desconhecida: inocentes que são presos para serem arcabuzados *ad terrendum*. Dir-nos-ão que, ao tempo do nascimento de CRISTO, já HERODES determinou a *matança dos inocentes*. Diferente era o motivo da carnificina decretada pelo governador da Judéia: tratava ele de evitar o perigo de aparecer um rei para Roma. Era a medida uma arma de defesa, a crer na letra escriturítica ou dos Evangelhos. Não pensava o romano dar à medida um carater de recurso *ad terrendum*. Seja-nos permitido um incidente para provar quanto se tem barbarizado o mundo depois da grande guerra (1914 a 1918). Logo após a terminação da guerra, por volta de 1920, foi nesta capital exibido um *film* em que era representado um oficial alemão fazendo arcabuzar um inocente para exemplo de seu exército. O *film* nada tinha de ofensivo ao povo alemão, porque se representava nele também outro oficial que se opunha a tal crueldade, e que tudo sacrificava para evitar semelhante injustiça, e salvar a desgraçada vítima. Nestas condições, é claro que bem podia ser considerado uma exceção o emulo de HERODES. Pois bem. Levantou-se na colônia alemã um clamor geral, horrorizada por ter sido atribuída a um militar alemão uma tal selvageria. Agora entretanto o governo hitlerista promete matar, e, de fato, mata milhões dos denominados *refens*, e ninguém, na colônia alemã, levanta a voz para condenar o ato sem precedentes dos nazistas. E' forte testemunho, é incon-

testavel documento de quanto tem crescido a atrocidade no espirito dos nazistas.

E as *algemas*? E' contra as idéias caridosas modernas serem algemados mesmo os delinquentes. Apelaremos para a Constituição de 1891, que, em seu art. 72 § 20, aboliu a pena de galés. Valer-nos-á o D. n.º 4824 de 22 de Novembro de 1871, que proibiu sejam amarrados os presos (art. 28). Assim é no Brasil, e os nazistas estão a algemar os prisioneiros, ufanando-se de tal medida a título de supostas represálias, quando deveriam envergonhar-se de dar um espetáculo dessa natureza ao mundo civilizado.

Ha alguns anos, foi indicado, mantendo tradição antiga, fossem poupados nas guerras velhos, mulheres, crianças, doentes e todos os incapazes de lutar no campo de batalha. Agora, modificou-se isto. Afirmava-se que essa gente que compõe a denominada *retaguarda*, sendo mais fraca corporalmente, tambem o seria espiritualmente, e que assim concorreria perante seu govêrno para ser logo alcançada a paz. Foi naturalmente abeberada nessas idéias que a Alemanha arrasou Coventry, e que o Japão bombardeou de surpresa *Pearl-Harbour*. A medida não deu o resultado que se esperou, e ficou provado que a chamada *retaguarda* das nações briosas é tão enérgica quanto a *vanguarda*, que verte seu sangue nos campos cruentos da luta.

Do que acabamos de narrar, parece que se póde concluir que todo o progresso do Direito Internacional, na Europa e na Ásia, se fez sómente no papel.

IHERING afirmou que a escravidão foi um grande melhoramento para a humanidade, porque, desde que foi instituida, o vencedor poupava, por seu próprio interesse, a vida do vencido. Não nos parece tenha razão o juriscônsulto alemão. Sabemos, pela triste experiência da escravidão no Brasil, que muitos foram os africanos, esses desprezados por Hitler, como sendo de uma raça inferior á dos nazistas, que preferiram suicidar-se a sofrerem os horrores do cativo.

Passaremos agora ao estudo do que ha em relação á *guerra civil*. Ninguém nega que cessam então todos os sentimentos humanos em quaisquer povos. O próprio Brasil, o piedoso e humano Brasil, que nunca se lembrou de fazer represálias contra as barbaridades dos paraguaios, barbaridades que datam de época anterior ao começo da guerra contra LOPES, o próprio Brasil não póde escusar-se de atrocidades na revolta de 1893, nem poderá recordar-se das mortes de Batovi e Serro Azul sem que se penitencie de sua culpa. Esta exaltação de sentimentos existiu até mesmo nos Estados Unidos do Norte ao tempo da *guerra do secesso*. Ninguém ignora o que fizeram os vencedores em relação aos seus irmãos vencidos, pondo-os, após a guerra, mesmo sob o govêrno dos pretos, antigos escravos (MALET e ISAAC, Hist. Cont., pags. 550 e s.). Uma anedota, narrada na importante obra *Modern Eloquence*, mostra a que gráu chegou a exaltação dos ânimos. Lutando em campos opostos pái e filho, foi o pái feito prisioneiro, e tomou a liberdade de olhar pela porta da prisão. “His son hastily advanced, piece at the shoulder, with a sharp: *Get back there, you, old rebel.*” E’ eloquente o que diz o livro da *Eloquencia Moderna* (Vol. 10, pag. 85)!

Admiremos esse JUNIO BRUTO de fancaria: em Roma, o filho era executado pelo pái; na América do Norte, é o pái ameaçado de morte pelo filho... Consequencias da paixão política.

Mas chegamos ao termo da viagem. O Brasil, por sua tolerância, por seu sistema de recorrer, em todas as suas questões internacionais, ao arbitramento, tem tido poucas guerras. Fôra a do Rio da Prata em 1826, e, depois, ainda no I.º Império, a com a Província Cisplatina, só se viu envolvido na com o Paraguai. Nesta última fez prisioneiros em elevado número. Só em Uruguaiana, se lhe renderam mais de cinco mil inimigos, e entre eles se achava o coronel ESTIGARRIBIA. Foram tratados pelos brasileiros como si fossem irmãos nossos. ESTIGARRIBIA aquí se conservou até o fim da luta em 1870. Os raros octogenários e nonagenários

que ainda hoje vivem no Rio de Janeiro, sabem como se mostrou o Brasil humano para com seus prisioneiros. Nunca se falou em represálias pelo brutal tratamento que foi na república inimiga dado ao coronel FRANCISCO CARNEIRO DE CAMPOS, nem pelo aprisionamento em plena paz, do navio mercante brasileiro *Marquês de Olinda* e pela captura de seus passageiros pelo vaso de guerra paraguáio *Taquari*, nem por outras flagrantes violações dos mais comezinhos principios do Direito Internacional praticadas por LOPES. E' este um dos muitos motivos por que me ufano de ser brasileiro. Os brasileiros são na realidade o que CÍCERO *dizia* ter sido JULIO CESAR: magnânicos, hospitaleiros, generosos, ricos das mais nobres qualidades, sem deixarem de ser bravos nas lutas cruentas..

São Paulo, 21 de Outubro de 1942.

# A Técnica do Ensino

*A. de Sampaio Dória*

Ha mais de quarenta anos, comecei a carreira do magistério numa escola primária. Por longo tempo me atraiu o ensino secundário, até à cátedra de direito, que professo, na Universidade de São Paulo. Tempo houve, de 1915 a 1926, em que, após árduo concurso, ensinei a ensinar, por dever de ofício, na Escola Normal desta cidade. Foi por esta época que, animado pela minha já então longa experiência, publiquei, sobre a técnica do ensino, uma doutrina, de cujos princípios nada tenho que desdizer.

Tentarei, sob fôrma nova, reproduzi-la, aqui, em resumo.

## **Confusão entre método lógico e método didático**

Começava eu, então, e reitero hoje, por prevenir a confusão correntia entre método didático e método lógico, entre o que se ajusta ao ensino, e o que se aplica na investigação científica. Ouve-se, a cada passo, recomendar-se, para o ensino, ora o método indutivo, ora o método dedutivo. Tenho, no entanto, por acertado que nem um nem outro cabem no ensino. São ambos métodos lógicos; nunca, propriamente didáticos.

Para que o fossem, seria preciso confundir, primeiro, investigação científica com ensino.

Mas as realidades observáveis desfazem, de todo, a confusão.

Na investigação, o que se leva em propósito, é decifrar mistérios da natureza. A verdade, a que o investigador atinja, salvo acasos felizes, só a poderá lograr, se orientar o seu trabalho pelos métodos da concordancia, da diferença, das variações concomitantes, tão bem precisados por STUART MILL. Foi, por exemplo, entre inúmeros o caso de PASTEUR, cujas observações e experiencias, feitas sob a inspiração destes métodos, lhe permitiram desvendar profundos segredos da criação, proporcionando a todos os homens perspectivas incomensuráveis de saúde, riqueza e bem estar.

No ensino, o fenômeno é inteiramente outro. Em primeiro lugar, o que se tem por mira, não é descobrir verdades. Estas já estão, ou devem estar sabidas pelos que ensinam. Os alunos, sim, as ignoram. Mas não são eles que vão ensinar; vão aprender.

Ora, se o trabalho do professor, no ensino que lhe cumpre, não é como o do cientista nas revelações, que empreenda, como empregar, num e no outro, os mesmos meios de ação?

Na investigação científica, insistamos, a finalidade é a revelação do desconhecido, a inferencia de verdades que se ignoram, ou a verificação de leis que se presumem.

No ensino, porem, as leis já foram inferidas, as verdades estão sabidas por quem vái ensiná-las, nem teria senso ensinar o que desconheça. Ensinar vem a ser:

Primeiro: informar, transmitir conhecimentos, expôr fatos. Assim, por exemplo, quando o professor narra o descobrimento do Brasil, como e quando tal acontecimento se deu.

Segundo: persuadir, não apenas enunciar, mas convencer. O ensino não é só informativo. Mas persuasivo. E', por exemplo, o caso expressivo do ensino de matemática, em que o professor não se limita a formular teoremas. Mas os demonstra. As conclusões a que chegue, ou faz chegar seus alunos, podiam ter sido, ou não, proclamadas antes da prova. Mas o ensino de matemática consiste principal-

mente em demonstrar teses, isto é, criar, nos alunos, a convicção da verdade que a tese enuncie.

Terceiro: além de expôr fatos, e persuadir da verdade, busca o ensino a formação mental, criando, nos alunos, hábitos de atenção, hábitos de lógica, hábitos de confiança em si mesmos. E, talvez mais do que a cultura, vale, na vida, o desenvolvimento da intelligencia, e a disciplina da vontade, que se promovem no ensino.

São, assim, rapidamente indicados, estes os fins do ensino: informar, persuadir e formar.

O trabalho que toca ao professor, para a realização destes propósitos, se processa, ademais, em condições diferentes das que envolvem a investigação científica. Enquanto nesta, ha, de um lado, o cientista que ignora e observa, e, do outro, a natureza ignorada, que se esquivava, no ensino, ha, de um lado, o professor que sabe e dirige o aprendizado aos alunos, e, do outro lado, os alunos que ignoram, e que rem saber.

Logo, o trabalho do professor, que ensina, não é idêntico ao do cientista que investiga.

O método didático recái sobre a atividade do professor ao dirigir a atividade dos alunos, que aprendem.

O método da investigação científica recái sobre a atividade do cientista, que se dirige a si mesmo, para apanhar ou verificar as leis que indaga.

Não ha, pois, motivo razoavel para a confusão, em que tanta gente incide, quando apregoa, para o ensino, o método indutivo ou dedutivo, que disciplinam a investigação científica.

Sem dúvida, a atividade dos alunos, que aprendem, se ha de inspirar tambem na disciplina lógica do raciocínio. Convém que ele observe, experimente, compare, e, por fim, infira, como se lhe incumbisse redescobrir. E, neste trabalho, se modelará nos métodos lógicos, para não malograr.

### O que é método de ensino

Mas o método de ensino não é a disciplina da atividade do aluno. E' a disciplina da atividade do professor na direção que imprime à atividade dos alunos.

Sem delimitar precisamente o campo do método de ensino, não póde haver entendimento razoavel entre os estudiosos destes assuntos, officiais todos do mesmo officio.

Para certos pedagogos, o método chega a ser tudo no ensino; toda a pedagogia é didática. Outros, porém, entendem que a metodologia é um capítulo, de suma importancia sem dúvida, mas um capítulo apenas na ciencia da educação. Não é método de ensino o problema da concepção verdadeira da educação. Não é método de ensino o problema da finalidade educativa. Não é método de ensino o problema da seriação das matérias nos vários cursos. Não é método de ensino a extensão dos ciclos educativos, ou o problema dos programas. Numerosos assuntos constituem matéria para a ciência da educação. E, entre êles, a técnica do ensino.

Está o professor em uma sala, deante de uma classe que não organizou, com a tarefa de ensinar disciplina que não determinou, em horário que aceitou. A lição do dia é o número tal do programa official. Como deve, nestas circunstancias, proceder o professor, para que sua classe fique sabendo o assunto que vai ensinar?

Eis o âmbito do método de ensino. E' a disciplina ou a direção que o professor imprime à atividade do aluno, para que aprenda, se persuada e se forme. Pelo menos, nesta exposição, método de ensino não abrange toda a pedagogia.

### Empirismo didático

Ouve-se, a cada passo, que o professor não precisa estudar o seu officio. Alguns ha que se gabam de jamais ter aprendido didática, e, não obstante, são, sem favor, bons professores. Valem-se do bom senso, e se inspiram na sua própria experiencia.

Certo, ha vocações para o magistério, como para qualquer outra profissão. Mas não menos certo é que a vocação, ainda a mais apurada, não exclue nem a técnica, nem a ciência correspondente. Em consequencia de uma longa prática, pôde um enfermeiro que tenha geito para lidar com doentes, ser, numa casa de saúde, excelente na pontualidade, na paciência, na técnica, e, até, em concurrencia com os clínicos, para diagnosticar e prognosticar. Mas não passará nunca de charlatão, quando metido a médico. Se, porém, este mesmo enfermeiro aliasse à sua prática a ciencia médica, outra seria, por certo, a sua segurança no diagnóstico, a sua eficiencia na cura, o seu prestígio na confiança dos enfermos.

Assim, o professor meramente empírico. Póde ser excelente na arte. Mas nada perderia em saber a ciencia do seu officio, em conhecer a psicologia da criança, as leis do desenvolvimento da intelligencia, a fisiologia do trabalho mental, a função social da educação, as qualidades pessoais do mestre, numa palavra: a técnica do ensino.

Mesmo o que ele sabe, sem estudos especializados, foi, talvez, obtido no vai-vem de suas experiencias, mas a custa, não raro, dos educandos. A ciencia dos métodos lhe teria poupado esforços inúteis, e, por vezes, prejudiciais aos outros.

E que custa aos que seguem o magistério, aprender a ciencia e a técnica do seu officio?

### **Idoneidade da ação didática**

A técnica do magistério não é fantasia de improvisadores. Mas normas objetivas, por onde se cunha a capacidade no ensinar.

O professor exerce atividade sobre a infancia e a mocidade. Mas essa atividade, longe de ser arbitraria, se disciplina, como em outra qualquer profissão.

Ora, dar o professor a conhecer, dia a dia, aos alunos a matéria do programa, e de sorte que se convençam da

verdade no que lhes é ministrado, e desenvolvam, ainda, as suas faculdades mentais, tudo isto que é, senão interferir o professor na atividade mental dos alunos, para aprenderem? Que é tudo isto, senão, primeiramente, produzir, ou ensinar a que se produza, no cérebro dos alunos, o fenômeno do conhecimento, a aquisição de noções, a persuasão da verdade? Que é tudo isto, senão fazer perceber e raciocinar? O professor tem de proceder de tal arte, que os alunos adquiram, por percepção e raciocínio, os conhecimentos das lições.

Mas já se tem pregado, sem conto de vezes, que a natureza só se deixa dirigir pelos que lhe obedecerem as leis. Qualquer intervenção do homem em fenômeno de qualquer espécie, só beneficiará este fenômeno, quando respeitadas as leis que o rejam. O agricultor que plantar fóra de tempo, não colherá. O operador que desdenhar as leis da assepsia, matará o paciente que lhe confiou a saúde. O militar que der de ombros aos seus soldados, perderá as batalhas que travar. O arquiteto que não contar com a resistência dos materiais, não construirá obra que dure. A natureza só se deixa dominar pelos que lhe respeitarem as leis.

O professor, pois, que, no ensino, não se inspira nas leis da percepção e do raciocínio, jamais ensinará bem. A idoneidade da ação ensinante está na observância às leis que presidem à percepção e raciocínio dos adolescentes.

### Leis da Inteligência

Estas leis são conhecidas. A explicação que conviria fazer delas, para serem bem compreendidas, exigiria um curso pausado e sistemático. Não é possível cogitar disto aqui. Limitemo-nos a referencias que bastem a quem já estiver mais ou menos ao par de como funciona a inteligência humana, principalmente na sua fase construtiva.

Primeiro, lembremos as duas fórmulas de adquirir cada pessoa os conhecimentos, que tenha.

O que cada qual conhece, ou é por observação própria, ou é por ler e ouvir dizer. Deixemos a margem qualquer debate sobre idéias congênitas, ou a origem subjetiva do pensamento. Na infância, na adolescência, na juventude, na madureza, e, até, na velhice, não ha, ao que nos parece, para cada homem, mais que duas fontes aquisitivas de conhecimentos científicos: ou observação própria, ou observação alheia. E, para o homem em geral, uma só: a observação. A origem primária dos conhecimentos é sempre a observação.

Mas a observação última, no cérebro humano, o seu processo, por dois caminhos: a percepção e o raciocínio. Se o objeto do conhecimento está presente aos sentidos, prevalece a percepção. Se ausente, o raciocínio.

Examinemos, em sùmula, ambos os dois. Em um e outro, ha dois fenômenos distintos: o mecanismo e a marcha aquisitiva.

O mecanismo se compõe sempre de três partes. E a marcha de número incerto.

### Leis da Percepção

Exemplos, primeiro, da percepção.

Entrando numa sala escura, toco em dois objetos distintos. A impressão táctil do primeiro, pelo seu volume, sua fórma, sua aspereza, me faz perceber uma cadeira. Pela impressão táctil do segundo, percebo uma escrivanhinha. Num e noutro caso, o mecanismo da percepção é constante e se compõe de três partes: a impressão atual do tacto, evocações de outras impressões, e a consciência de que estas e aquelas provêm da mesma realidade.

Mas como, dir-se-á, a impressão atual evoca atributos constitutivos da mesma realidade?

Por associações anteriores. Principalmente na meninice e na mocidade, vamos colhendo, a cada momento, noções de toda sorte, sobre tudo o que nos cerca. A mesma

realidade, maiormente complexa, só a percebemos bem, depois de sucessivas observações, um a um, de seus aspectos, elementos ou relações. E', por exemplo, o conhecimento da árvore. Como o obtivemos? Nos primeiros anos da nossa existencia, uma árvore era, pouco mais ou menos, um tronco, folhas e raizes. Mas observações sucessivas nos fizeram ir avolumando a consciencia primitiva, até atingir a que hoje temos desta realidade. Aos vinte ou trinta anos, a noção da árvore é incomparavelmente mais compreensiva que a dos primeiros tempos. Então, basta, digamos, num deserto de areia, a visão longínqua de certa fórmula no ar, para que se perceba uma árvore frondosa, a cuja sombra nos podemos talvez acolher.

Outro exemplo, para deixar bem claro a marcha aquisitiva da percepção. Certa pessoa, de quem não tivemos a menor notícia, nos é apresentada na rua, e logo se vái embora. Dela nos ficou, apenas, a noção vaga de uma criatura humana, masculina, bem apessoada, ainda moça, e pouco mais. Dias depois, porém, a encontramos de novo, e com ela trocamos dois dedos de prosa. A vivacidade do seu olhar, o tom da voz, certos gestos, a segurança das suas idéias, e outras impressões, aumentaram a noção que, desta pessoa, a princípio tivemos. Os encontros se sucedem, e, cada vez, melhor a conhecemos, na sua cultura, nos seus sentimentos, nos seus gostos, nos seus hábitos, no seu procedimento, no seu carater. Compare-se, então, o conhecimento que as sucessivas percepções nos deram, com a impressão inicial. Agora, por exemplo, apenas lhe ouvíssemos a voz, já esta voz evocaria todo o mais, que, aos nossos olhos, lhe constituem a individualidade.

Nunca é demais, aliás, ter-se presente que tanto na marcha aquisitiva, como no mecanismo, a observação é a fonte originária das noções, dos conhecimentos, da verdade sobre seja o que for, que se perceba. A impressão inicial, que se tenha, de uma realidade complexa, é global, imprecisa, nem sempre exata, nem completa. As impressões parciais, que sucessivamente se vão recebendo, é que nos pro-

porcionam um conhecimento mais compreensivo, mais verdadeiro, e mais claro.

### Leis do raciocínio

Agora, exemplos de raciocínio.

Os conhecimentos que decorrem do raciocínio, já não recaem necessariamente sobre cousa presente. Sei, *verbi-gratia*, que o ar é transparente, por percepção imediata. Mas, sei, também, que sou mortal, não por percepção, pois que estou vivo, mas por conclusão deste raciocínio:

Sou homem.

O homem é mortal.

Logo, sou mortal.

E' o mecanismo do raciocínio dedutivo, o que, em lógica, se chama silogismo. Compõe-se de três partes: 1.<sup>a</sup>) uma percepção atual, a premissa menor; 2.<sup>a</sup>) um conhecimento geral, a premissa maior; e 3.<sup>a</sup>) a conclusão. Da primeira se passa à segunda, em virtude de associações anteriores, cujos elementos são agora evocados por um dos aspectos da percepção atual.

O segundo fenômeno distinto do raciocínio é o que nos dá o conhecimento geral, que, muitas vezes, serve de premissa maior no silogismo. Como na marcha aquisitiva dos conhecimentos intuitivos, a marcha aquisitiva dos conhecimentos gerais se compõe de uma série de observações sobre cousas variadas, nas quais se generaliza o que ha de comum, de permanente, ou de constante. E', digamos, a verdade de que todos os homens são mortais. Como se adquire o conhecimento não do que A ou B foram mortais, por terem morrido, mas o conhecimento geral de que os homens são mortais?

Naturalmente, assistiu-se á morte de alguém, ou, pelo menos, viu-se o cadaver de pessoa que outrora se vira na exuberância da vida. E não só um, mas inúmeros casos

como estes. Aqui, é um velho; ali, uma criança. Ora, homem; ora, mulher. Não importa a idade, o sexo, a cultura, a raça: onde quer que se observe uma criatura com as *qualidades humanas*, entre estas estará sempre a da *mortalidade*. A coexistência da humanidade e da mortalidade se gravam associadas, em nosso espírito, como sendo constante e inevitável. Eis aí um conhecimento geral, que derivou de observações sucessivas, encaminhadas com lógica.

Repare-se, também, aqui, que, tanto no silogismo, como na inferência, a observação é a fonte originária e exclusiva das verdades que se provam.

Em face destes sumários, cujos esclarecimentos requeririam estudos mais detidos, podemos assentar as conclusões seguintes:

Primeira, os conhecimentos, quer o intuitivo, como o da transparência do ar, quer o discursivo, como o da atração universal, derivam da observação. Ou, por outras palavras, a observação é a fonte primária de seja qual for o conhecimento científico.

Segunda, o conhecimento, cada vez mais aproximadamente exato, da mesma coisa, se obtém na continuidade das observações do mesmo objeto e de outras em comparações com ele.

### Leis da análise

Duas outras verdades sobre a percepção, e sobre o raciocínio se devem ainda pôr em evidência, como indispensáveis à compreensão dos processos de ensino. São as leis de análise.

Na marcha aquisitiva das percepções, ou na função indutiva dos conhecimentos gerais,

— o que se repetir em cousas variadas que se observem, tende a ser objeto de um conhecimento próprio;

— e o que variar em cousas semelhantes que se percebam, tende, igualmente, a ser objeto de consciência distinta.

São as duas leis de análise, como fenômeno essencial, que é, na aquisição de conhecimentos.

Ha, sem dúvida, além das análises, outros fenômenos apreciáveis no raciocínio e na percepção, atividades complexas, que compreendem a atenção, a memória, a linguagem, e, às vezes, a imaginação criadora, nas hipóteses com que se explora o terreno ao aparecimento das verdades.

### **O princípio supremo**

Atentando-se mais detidamente no problema da aquisição de conhecimentos, chega-se, sem grandes embaraços, a um só princípio, que envolve as conclusões anteriores. E' o de que o homem só adquire de primeira mão conhecimentos cuja verdade se prove, observando por partes. Quando uma noção lhe é transmitida, o transmissor, por sua vez, só a poderia ter obtido por observação pessoal, ou por informações de quem saiba, no início, por observação pessoal. De modo que o grande princípio, que domina toda a atividade cognoscente das coisas neste mundo, é a observação por partes. A observação analítica é a fonte originária de seja qual for a verdade científica.

### **A primeira norma didática**

E' chegado, então, o momento de encarar de frente o problema dos métodos de ensino.

O que, primeiramente, importa aos professores, é que seus alunos aprendam, isto é, adquiram conhecimentos.

Ora, a aquisição natural de conhecimentos se opera, observando por partes.

Logo, deve-se ensinar, fazendo observar por partes.

E' a mais profunda verdade em didática.

### A segunda norma didática

Mas além de adquirir conhecimentos, visa o ensino persuadir da verdade, e formar o espírito dos educandos.

Ora, a persuasão da verdade e a formação do espírito resultam da orientação lógica e realista do trabalho mental.

Logo, ao se fazer observar por partes, cumpre encaminhar as observações segundo as leis lógicas do pensamento.

E' a segunda verdade por excelencia em didática.

Esclareçamos.

A observação dos fenômenos, para a inferencia de conhecimentos gerais, só chega, ou só pode ter probabilidades de chegar a bom termo, se forem respeitados os cânones lógicos. Ha muito já STUART MILL os explicou à saciedade, e para todo o sempre. Os quatro métodos da indução: — o da concordancia, o da diferença, o das variações concomitantes, e dos resíduos, são o que ha de mais profundo na lógica dos homens. Sem a aplicação deles, não ha observação que abra caminho seguro às verdades gerais.

Os alunos, diante do que vão aprender, semelham o cientista em face dos mistérios que tenta desvendar. A atividade dos alunos, se o professor não a pautar pelos cânones lógicos, será fatalmente manca. Mas se o professor a dirigir, inspirando-se nos processos do cientista que investiga, ainda que com as abreviações e a segurança de quem já conhece o que vai ensinar, os resultados da como redescoberta que proporcione aos alunos, serão maravilhosos.

### Providências preliminares

Preliminarmente não se dignará o professor de tomar providências, para conseguir ou manter um ambiente propício ao ensino. Providenciará para que nada distráia, senão antes tudo concentre a atenção dos alunos. Promover boas condições de luz, calor, e ar, número limitado de alu-

nos em cada classe, visibilidade perfeita do quadro negro, asseio geral das salas, das cortinas e do material, boa colocação dos alunos, e coisas semelhantes escapam, em rigor, ao problema do método.

Quando, porém, a atenção dependa do procedimento do professor, já se trata de método. E lhe cabe providenciar, ou proceder bem. Nada fará, primeiro, que possa distrair do assunto que explique, a atenção de seus alunos.

Algumas vezes, a linguagem de certos professores é cheia de reticências, de tiques nervosos, de cacoetes que abrem flancos a distração dos alunos. Alguns ficam a contar quantas vezes repete ele certas frases meio inconcipientes, como *não é?*, *compreendeu?*, *ein?*. E da lição do professor lhes chegam, apenas, remotos ecos da voz sem sentido.

Outras vezes, a palavra do professor é mal ouvida, ou fanhosa, ou mal articulada. A desatenção e a indisciplina são consequências naturais das suas deficiências, se outras causas não houvesse, e ha.

### A primeira norma

Mas admitamos que os fatores de desatenção e indisciplina foram eliminados pela direção e pelo professor. O professor está deante de jovens, dispondo de material didático suficiente, senhor do assunto que vá explicar. Em que deverá consistir, então, a sua técnica?

Primeiro, e acima de tudo, cumpre-lhe pôr, em face de seus alunos, as realidades que vá ensinar. E' preciso fazê-los observarem por partes.

Não ha êrro mais lamentavel na escola, do que substituir o professor a realidade que vá dar a conhecer, pela sua pessoa, ilustre quiçá, mas que não é objeto da lição. E' comum, e toda gente pode testemunhar este fato, interpor-se o professor entre o objeto de seu ensino e a intelligencia de seus ouvintes, dissertando-lhes em abstrato, como se estivesse preparando tarefas de cór. Nem sempre lo-

gram os alunos compreender suas lições; mas as repetem na ponta da língua. Em viagem a países sul-americanos, nos conta EDUARDO PRADO de uma visita a um estabelecimento de ensino, onde assistiu a um interrogatório sobre história sagrada. “Perguntava, diz ele, uma jovem irmã de caridade a uma adorável criaturinha de cinco anos, que sabia perfeitamente de cór a lição:

— “Que fazia Baltazar em Babilônia?”

E a resposta sem demora, na ponta da língua:

— “Entregava-se a toda sorte de prazeres sensuais”.

Lembra este caso o episódio celebrado de certo exame de geografia numa escola primária. Perguntava o examinador, que, aliás, não exercia o magistério, ao melhor aluno da turma:

— Se descessemos num poço bem fundo até quasi ao centro da terra, lá em baixo sentiríamos mais, ou menos calor que na superfície?

Como o examinando ficasse sem atinar com a resposta, acudiu, em seu auxílio, a professora, repetindo a pergunta nos termos em que ensinara:

“Menino, qual é o estado do centro da terra?”

E a resposta não se fez esperar magnífica:

“E’ de fusão ígnea”.

São deste náipe os resultados das lições de cór, sempre que o professor deixa de ter a técnica devida, interpondo-se entre o aluno e a realidade cognoscenda. No tempo que professei pedagogia na Escola Normal desta cidade, causticava eu, sem piedade, as lições de cór, como dupla tolice, consumada no professor, e a consumir-se nas suas vítimas.

A primeira norma técnica do método de ensino, repetimos, é a *observação pelos alunos das realidades que vão conhecer*.

Sempre que possível, o objeto da aula será apresentado em si mesmo. Quer-se, por exemplo, mostrar a influência do sol na germinação das plantas. Em lugar de uma descrição abstrata, que será logo esquecida, e não convence, jamais se delirá da memória a observação direta do fenô-

meno, como fazendo o professor plantar, aos olhos dos alunos, algumas sementes de milho e feijão, umas à sombra, e outras ao sol. No fim de algumas semanas, a comparação dos dois crescimentos imprimirá, para sempre, no espírito adolescente, a noção da benéfica influência do sol na vida das plantas.

A apresentação da realidade á observação dos alunos pode ser tambem para o ensino de relações abstratas. Trata-se, digamos, do ensino da regra de três, da divisão proporcional, e noções de juros, em classe ainda primária. Martelará em vão o mestre-escola, se tentar pôr estas noções na cabeça de seus alunos, por meio de símbolos que figurem as realidades, aplicações de regras, e raciocínios ainda que apoiados em fatos. Mas faça o que, aquí mesmo nesta cidade, numa escola rural de Butantan, uma exímia professora realiza, nestes dias. Os alunos, em grupos associados, escolhem chão para arrotear; requerem a gleba que preferem; e, obtido deferimento, roçam, capinam, cavam, plantam, adubam e tratam carinhosamente os canteiros, sob o olhar dirigente da professora. Depois, vem o dia da colheita, e a distribuição do colhido em partes proporcionais aos gastos para a compra das sementes, do adubo, das ferramentas, e do trabalho de cada qual, seu tempo e rendimento. Em torno destes fatos, preparados com intelligencia, noções das mais úteis de matemáticas, vão surgindo com facilidade, palpitantes de vida, á mente da criançada alerta e alvoçada.

Ha mais de sessenta anos, entre nós, ainda eu não era nascido, em parecer de 1882, já RUY, sem ser professor de carreira, mas com a intuição profunda de seu gênio, rasgava, aos olhos do magistério brasileiro, o véu destas verdades eternas. E, antes dele, PESTALOZZI, após CONRENIUS, mas sobretudo PESTALOZZI fixou, em moldes imperecíveis, na intuição sensorial, o método por excelencia do ensino primário.

A intuição é aqui entendida como a presença das realidades cognoscendas aos sentidos dos estudantes.

Quando esta presença não fôr possível, como se me cumprisse dar a conhecer, aqui, agora, o rio Amazonas, restaria ao professor o recurso da projeção cinematográfica, ou da representação em miniatura, por mapas da região, em alto relevo, ou apenas em desenho. O cinema, a fotografia, o desenho, o alto relevo e processos congêneres são recursos aceitáveis de quem não dispuser da cousa em si, para ensinar, como deve. O cinema, hoje em dia, realiza maravilhas. Com o artifício, por exemplo, da câmara lenta, faz ver o invisível a olhos nus, como o crescimento das plantas. E muito mais ainda se póde esperar dele para a exata observação da natureza.

Dir-se-á que este preceito é, às vezes, de realização impossível. Como, por exemplo, ensinar, por intuição, história? Reproduzir os fatos em cenas cinematográficas, como, à parte as fantasias, a história da secessão nos Estados Unidos, em “E o vento levou”?

Nem sempre é possível, e, por certo, a amplitude e a fidelidade dos fatos deixariam muito a desejar. Ha mesmo fatos infotografáveis, episódios, se me abrem crédito ao neologismo, incináveis.

E, mais do que história, como ensinar intuitivamente fenômenos jurídicos, matemática superior, filosofia? Não será inevitável, no ensino destas disciplinas, penetrar a fundo nos domínios da abstração?

Seria realmente forçar a mão, em tentativas estéreis, querer ensinar disciplinas desta natureza, por intuição imediata. O espírito humano vai-se formando do concreto para o abstrato, das impressões intuitivas, para as verdades discursivas. Não se compreende cultura humana, só com percepções de coisas concretas, ou seus atributos sensíveis, e relações recíprocas. O espírito que se civiliza, se eleva às regiões mais altas, mais abstratas, como as da matemática superior, da lógica, das ciências sociais, de teorias, como as sobre origem e evolução da vida, e do universo. Sempre que se trate de realidades inconcretizáveis, ou que não resultem imediatamente de coisas concretas, como, por análises, as

abstrações elementares, força é recorrer á palavra para o ensino, como nesta conferência, em que deponho o que sei sobre como ensinar.

Alem disto, mesmo as cousas concretas, mas fóra do campo atual de nossa observação, e que, por carencia de meios, não possam ser representadas ao vivo, como fazê-las objeto de ensino, sem o emprego correntio da palavra?

Mas aí de quem se vale da palavra no ensino! Nas comunicações quotidianas dos homens entre si, na imprensa, na tribuna, nas conversações ao “pé da lareira”, o uso da palavra não oferece maiores dificuldades. Mas, no ensino, ela é espada de dois gumes: tanto pode ser bênção, que eleva, como maldição, que perverte. Usada com arte, é capaz de maravilhas. Sem técnica, porém, não passarão de maravalhas os seus resultados.

Tiremos a limpo a diferença.

O verbo é, não ha dúvida, indispensavel no ensino, como instrumento que apresente á intelligencia dos alunos, realidades cognoscendas. A eficiencia didática da palavra, porém, não está na eloquencia, na fluencia, na verbosidade do professor. A palavra correntia, ou cintilante, póde agradar; mas nem sempre ensina. Só realizará o milagre da criação pelo verbo o professor que, com ele, evocar aos alunos imagens de realidades por êles conhecidas, para gerarem, mercê de combinações hábeis, conceitos novos, objeto do ensino a seu cargo.

Faço o que posso, por não merecer, nesta exposição, a pecha, que condeno, de verbalismo. Estou na impossibilidade material de trazer, aquí, aos que me atendem, as realidades em si, sobre que disserto. Mas envidarei substituí-las bem, pela palavra no uso que posso. Evocando o que supponho conhecido pelos meus ouvintes, não só procuro dar-lhes a impressão clara do método e processos de ensino, como inculcar-lhes a convicção de que tais processos e método se apoiam em bases científicas.

Mostremos como se póde ensinar bem em filosofia, ou em ciencia social.

Trata-se, por exemplo, de esclarecer a concepção da lógica e da psicologia, o papel de uma e de outra no estudo da intelligencia. O raciocínio é objeto da psicologia e é não menos objeto da lógica. Mas qual o âmbito de uma, e o da outra? Ou, por outras palavras, que é lógica, e que é psicologia?

Poderíamos tentar o ensino por definições, compará-las entre si, analisá-las, fixar o sentido aos termos, opôr conceito a conceito, e, sempre dentro desse critério, concluir, e bem. Seria isto, porém, ter método de ensino, que valha?

Não nos parece. Por estes processos nos debateríamos numa algaravia bisantina, sem nenhum valor educativo. Criariamos, por cima, nos alunos, o horror aos estudos da lógica, como já é proverbial que tenham aos de gramática. E não sairíamos de um cipoal, numa espécie de bate-boca doutrinário, sem dar à frente um passo que se aproveite.

Suponha-se, porém, que o professor, bem avisado, siga com arte outros rumos. Começará por lembrar aos seus alunos cousas por eles conhecidas, e combinará as imagens assim memoradas, de modo que gerem os conceitos das coisas desconhecidas, que ensina.

No caso, lembremos, para exemplificar, as funções do mecânico, e as do condutor de automóveis.

Eu, por exemplo, sei guiar estes carros, mas não entendo nada de mecânica. O menor desarranjo do veículo, na estrada, me deixaria a pé. O mecânico sabe montar e desmontar, peça por peça, a máquina; em qualquer enguiço, um leve exame lhe revelará a causa, e, com ajustar um parafuso, ligar um fio, limpar uma vela, substituir ou limar uma peça, fá-lo pronto para andar, como novo em folha.

Se, porém, se quiser levar o automovel a um ponto predeterminedo, já não é o mecânico o indicado, para imprimir direção ao automovel, mas o motorista. A função deste é guiar o carro. A do mecânico é aparelhá-lo, para funcionar bem.

Semelhantemente com a psicologia e a lógica em face do raciocínio.

O psicólogo conhece, peça por peça, o raciocínio; sabe como ele funciona em qualquer idade, quer se trate de inteligência normal, quer de inteligência desvairada, quer de gênio, quer de imbecil, homem culto, ou ignorante. Os conhecimentos, com suas variedades e suas leis, sobre o raciocínio são psicologia.

Quer-se, porém, na função do raciocínio, atingir a verdade sobre qualquer assunto. Quando supersticiosamente concluo que, por sermos treze num almoço, o mais velho ou o mais moço vá passar por desgraça iminente, a psicologia é perfeita. Mas a lógica foi sacrificada. O raciocínio que me sugere esta superstição, não se disciplinou, de modo que se verificasse a relação necessária entre o antecedente do convívio de treze e o consequente da desgraça para um deles. Bastaria aplicar o método da concordância ou da diferença em fenômenos semelhantes, para tirar a limpo a inexistência de causalidade entre um e outro fato. A atividade do raciocínio para descobrir as leis, para evitar os erros, desmontar os sofismas, provar, em suma, a verdade, tem de seguir certa direção, pautando-se por certas normas. Os cânones que disciplinam a inteligência para atingir a verdade, são como a técnica do motorista que leva o carro aonde lhe apraz.

Tais cânones constituem a lógica. Lógica é a disciplina da inteligência para descobrir ou provar a verdade.

Eis aí como o verbo, revivendo realidades conhecidas, a do mecânico e a do condutor de automóveis, põe em evidência, por analogias ou semelhanças, a função da psicologia e a da lógica no mecanismo do raciocínio. Invocações, comparações, combinações de imagens criam, no espírito do aluno, o que lá não existia, e se quer que exista.

Já SOCRATES, ha mais de dois mil anos, nos deu o modelo imperecível da palavra, como instrumento de ensino.

Outro exemplo, no ensino do direito. Pretendo ensinar a uma classe de moços o que é representação política, como

um passo para se compreender o regimen representativo. Admitamos haver, aqui, alguém que o não conheça, ou não lhe tenha apanhado, ainda, a estrutura íntima, no que ele tenha de fundamental e irredutível.

A palavra lhe vái revelar a verdade sem escolasticismo, que tudo confunda.

Trata-se de povo livre, que, para dirigir os seus negócios coletivos, delega o exercício de sua soberania a determinados cidadãos. Certo, os alunos a que se intente incutir a doutrina, não são crianças de jardim da infância. Já têm apreciável desenvolvimento intelectual, regular cultura, e hábitos de disciplina mental.

Nada mais facil, então, que lhes recordar realidades por eles provavelmente conhecidas, para lhes doutrinar com verdade e clareza sobre o que seja representação política.

Lembrar-lhes-á o professor, por exemplo, o caso de alguém que, por morar longe de propriedade agrícola, que possua, se vê na contingência de cometer a outrem a administração dela.

Mas como procede?

O proprietário, primeiro, escolhe o administrador. Se, em vez de escolha sua, valesse imposição alheia, quem é que seria o proprietário? E a que título poderia outrem impôr ao senhorio, administrador para o que é seu? Toda gente está farta de saber que escolhas desta natureza só devem ser feitas pelos donos, sem interferencia de extranhos, que lhes subtráiam o arbítrio.

Mas não é só. O proprietário agrícola dá instruções ao administrador que contrata; determina-lhe como quer, em linhas gerais, a gestão que lhe comete, de sua herdade.

Em terceiro lugar, de quando em quando, chama a fala o seu comissário. Este lhe presta contas de como vái dirigindo a empreza que lhe foi confiada.

E, por fim, se o comitente se dá por satisfeito, vái periódicamente lhe renovando o mandato. Se, porém, discorda da administração que o seu escolhido fez, ou está fazendo, claro está que o exonera, ou não lhe renova o encargo.

E, assim, com instituir alguém administrador para gerir propriedade sua, não perde o direito ao que é seu.

Transportemos o caso para a vida política, numa sociedade que se governe a si mesma. Não podem os indivíduos todos, que a formam, tomar conhecimento, dia a dia, dos negócios coletivos que surgem, dar a cada um deles a solução conveniente, providenciar a defesa coletiva que se imponha, e promover o bem comum, a que todos aspirem. Então, tendo, por assim dizer, a propriedade de si mesmo, o direito de se governar sem subordinações ao arbítrio de ninguém, o povo elege, sem tutores, ou curadores, mandatários seus, para gerirem os interesses de sua vida comum.

Dá instruções gerais aos seus eleitos sobre o que podem ou não podem fazer. Estas instruções são exaradas em constituições solenes, e nas leis, são renovadas na voz da imprensa e da tribuna, por onde o povo respira, e exerce sua liberdade de opinar.

E, de tempos a tempos, chama-os a contas, responsabilizando-os pelo desempenho que derem ao mandato para governar. Esta responsabilização é simples. Se o povo estiver de acôrdo com o que tenham feito, ou estejam a fazer, lhes renova a incumbencia para novos períodos. Se não, os exonera do encargo, findo o mandato, e escolhe, para substitui-los, outros de sua confiança atual.

Chegou, então, o momento de concatenar o professor, com estes e outros elementos, a matéria que explica, o seu histórico, se valer a pena, as variações que configurem melhor o assunto, a lei positiva que, entre nós, o consagre, o ideal para onde caminhem os sistemas realizados ou propostos. As críticas, ou as apologias podem, nessa altura, ser feitas com real proveito, desde que delas sejam chamados a participar os alunos. Dirão o que aprenderam ou sabem, exercitando, para o futuro, a sua liberdade de crítica, contanto que argumentem com lealdade, com imparcialidade, com o desejo de aprender.

Depois disto, toda a classe ficará ao par dos elementos irreductíveis e dos acessórios na representação política, sem a qual não ha democracia, senão de beijo, ou no papel.

Parece-nos que, por este processo, a palavra não obscurce, não elimina, no ensino, as realidades que se explicam. Antes, as trazem presentes, não em si mesmas, é cláro, mas nas imagens do que já é conhecido, para sugerirem, em combinações hábeis, o conceito exato da coisa nova, que se ensina.

### A segunda norma

Até aqui, temos mostrado cânones a cuja luz se deve inspirar o professor, para pôr os alunos em presença do objeto de seu ensino. Mas a apresentação das realidades cognoscendas não realiza o milagre de se fazerem conhecidas por simples ação de presença.

Cabe, agora, aos alunos observá-las por partes. Não como lhes parecer bem ou melhor. Mas sob a direção do professor, sem a qual não alcançariam o objetivo proposto do ensino. E esta direção tambem não é arbitrária para o professor.

Em que preceitos, de ordem científica, se ha de, então, inspirar o professor, para que os alunos possam observar com lógica, e adquirir conhecimentos exatos, se convençam da verdade que haja nestes conhecimentos, e se habituem em consequencia a investigar por si sós?

Tenha o professor, em primeiro lugar, o tino de não esquecer nunca os fins do ensino a seu cargo. Não só transmitir conhecimentos ou informar. Mas fazer que os discipulos tenham a consciencia da verdade no que aprendem. E de tal sorte que, em consequencia, os educandos se tornem cada vez mais capazes de aprender por si sós.

Em segundo lugar, cabe aqui, ainda em preliminar, o exame de uma dúvida culminante. E' a de saber se não varia o método, com o gráu de ensino. Um para o primário. Outro, para o secundário. E outro para o superior. Pelo

menos, três métodos de ensino, parece que devem existir, segundo o desenvolvimento mental, e a soma de conhecimentos que os alunos tenham.

Eu não me alisto, por convicção já antiga, que não me parece mudavel, entre os que admitem a multiplicidade de métodos de ensino. Estou persuadido, e não de hoje, da sua unidade. O que varia, são os processos de ensino com que se atendem, pelo menos a dois fatos inegaveis: o desenvolvimento desigual da intelligencia dos alunos, e o grau de preparo geral e específico, que já tenham. Mas estes dois fatos não destroem o que ha de profundamente o mesmo na atividade cognoscente. O princípio dos princípios é sempre o mesmo: a fonte primária dos conhecimentos científicos é a observação. Não importa a idade, o grau de intelligencia, ou de cultura. A observação é a matriz originária dos conhecimentos científicos. Logo, quem quizer ensinar bem, tem de fazer observar. Eis a unidade fundamental dos métodos didáticos.

Mas observar o que, e como?

Certo, observar, antes do mais, o que fôr acessivel ao entendimento dos escolares. Ninguem se lembraria de ensinar a autolimitação da soberania, a teoria da relatividade, ou o fundamento da indução lógica a crianças de escola primária. Nem mesmo multiplicação, em qualquer idade, a quem não souber somar. Nenhuma lição nova antes de bem examinado se o que lhe fôr propedêutico, já está bem assimilado pelos alunos.

O desenvolvimento mental e a soma de conhecimentos que os alunos já tenham, são fatos que o professor precisa considerar, para saber o que, e como ensinar.

A seriação das matérias, em rigor, escapa á alçada do professor, e, pois, do método de ensino. E' missão da lei, ou do planeador geral da escola.

Mas a gradação de cada assunto da aula já é matéria atinente ao método. O mesmo tema, como, por exemplo, a independência do Brasil, pode ser ensinado, com amplitude maior ou menor, a crianças de doze anos, como a ra-

pazes de dezoito. Mas falhará no método o professor que não graduar a extensão do que vá ensinar, com a capacidade de compreensão, e o grau de resistencia física dos seus alunos.

A capacidade de compreensão, além de ser dom da natureza, varia com a idade, a cultura e o adestramento. E' preciso contar, até, com as diferenças individuais na predominancia deste ou daquele sentido. Crianças ha auditivas, estas visuais, aquelas tácteis-motoras. As primeiras aprendem com facilidade o que ouvem, por lhes ser mais facil a atenção auditiva, e mais constante a memoria auditiva. As segundas preferem ver, e as terceiras fazer. Como, no ensino coletivo, deve haver de tudo, não deixará o bom professor de, na observação que proporcione aos alunos, fazer-los ouvir, ver, palpar, e realizar, sempre que possivel.

O grau de resistencia física de cada aluno, andaria mal o professor que não o tomasse em consideração, para lhe não prejudicar a saude. Para além da capacidade de resistencia, todo o esforço importaria em fadiga. Não só o esforço do aluno na disciplina a seu cargo, como nas demais. E' o que sucederia se o professor desse aos seus alunos trabalhos de que sejam capazes, sem atender aos deveres que eles tenham nas outras cadeiras. E' o mesmo erro dos programas officiais sobrecarregados, como se o fim do ensino fosse fabricar sábios.

Mas, além da qualidade e da quantidade do ensino, cuja determinação e graduação obrigam a observância de certo número de regras técnicas, como ha de encaminhar o professor a observação que cumpre aos alunos? Ou, d'outro modo, se a palavra supre a presença objetiva da realidade, como ha de combinar as imagens de realidades que tenham observado, para lhes dar a conhecer realidades novas, objeto de seu ensino?

Já o professor conhece a capacidade média, e o preparo geral de sua classe. O professor de verdade desce, sempre, até aos seus alunos, para que possam eles elevar-se, um dia, até ele. As suas maneiras de ensinar, ou seus processos di-

dáticos se devem inspirar no de que forem capazes os seus alunos, no seu desenvolvimento mental, no grão de sua cultura, nas suas variações individuais, nas suas possibilidades em suma, e nunca no que deveriam ou poderiam ser.

Estão eles, porém, em face das realidades, para observá-las. Ou, pelo milagre de seu verbo, o professor as trouxe á presença deles. Como ha de o professor, então, daqui em diante, dirigir a observação, o estudo, o trabalho de seus alunos?

Já sabe que seria erro interpor-se entre os alunos e o assunto das lições, observar por eles, como se fossem estes auditores passivos do que expõe.

O que lhe cumpre é ensejar a que os alunos aprendam por esforço próprio à luz dos métodos lógicos.

Vejamos como, ou sob a inspiração de que leis.

Vái-se, por exemplo, ensinar a ler. O ensino pelo be-a-bá não seria a apresentação da linguagem real, que, nas suas expressões mais simples, já são frases e palavras. Mas elementos abstratos.

Apresente, porém, o professor aos seus analfabetos palavras de coisas concretas, que eles conheçam, ou sentenças breves, que exprimam realidades vividas por eles. Escreva, por exemplo, no quadro negro, a palavra *cadeira*, cujo sentido lhes é familiar. Depois, a palavra *cama*, não menos conhecida. Em seguida, a frase: *o cavallo corre*. Uma historieta foi contada, para despertar o interesse geral. E da historieta saíram as três palavras: *cadeira*, *cama*, *cavallo*. Começam elas pela mesma impressão visual e auditiva expressas em *ca*.

Não é preciso mais, para que este elemento ressalte e se analise. A sua reiteração em palavras variadas atraem mais vezes a atenção dos aprendizes. E, segundo a lei de análise, já mencionada, o que se repete em coisas variadas que se observem, tende a ser objeto de consciencia autônoma. A representação gráfica da sílaba *ca* passa a ser conhecida a parte. A continuação do processo termina por fazer analisar grande número de sílabas, e, sem demora, as letras.

Por esta fórmula os alunos aprendem a ler, observando por partes, do concreto para o abstrato, da sentença para as sílabas e as letras. E não no sentido inverso das letras para as sílabas, por soletração, para se chegar ao conhecimento das palavras ou das sentenças. A observação logo de entrada de frases simples, de sentido completo, começa por não mutilar o fenômeno da linguagem que os alunos observam, como se aprendessem pelo processo do bê-a-bá, e abre caminho, rápido e suave, vivo e interessante, ao aprendizado inteligente da leitura, compreendida sempre.

O encaminhamento que o professor imprime às observações dos alunos, consiste em sucederem-se de tal arte as realidades observadas, que os alunos analisem espontaneamente, por si mesmos, e não por ato da vontade, mas por força de leis inexoráveis.

Outro exemplo, o ensino da taboada. A tradição é o suplício da decoração abstrata. No entanto, fácil é fazer observar coisas variadas com elementos ou traços idênticos. A identidade parcial de coisas diferentes passa a ser objeto de conhecimento próprio. Digamos que o professor põe, ante os olhos da criança interessada, grupos de laranjas, de maçãs, de palitos de fósforos, de bolinhas de vidro, e outros objetos. Faz observar que dois grupos iguais, de cinco laranjas cada um, somam dez laranjas. Dois grupos iguais de cinco maçãs fazem dez maçãs. Dois grupos iguais de cinco bolinhas de vidro inteiram dez bolinhas de vidro. Não demorará a impor-se ao espírito dos aprendizes que dois grupos iguais de cinco objetos, sejam quais forem, são dez objetos. Ou duas vezes cinco, dez. Chega-se à norma abstrata, a regra geral, observando sucessivamente, com direção habil, casos concretos variáveis, nos quais alguma coisa haja de comum.

A direção didática consistiu em ensejar o professor a que as observações dos alunos girassem, por força das cousas, no seu espírito, a noção genérica, a regra abstrata, que se pretenda ensinar.

Dir-se-á que isto é possível apenas na escola primária. Nenhuma aplicação tem no ensino secundário, e, muito menos, em escola superior.

Erro imenso. As leis que presidem á aquisição de conhecimentos, são as mesmas no homem, em qualquer idade. O que varia, à parte fatores hereditários, é a compreensão dos que aprendem, em virtude da idade vivida, do preparo adquirido, e da experiencia pessoal. Estas variações determinam variações de processos. Mas sem abrir mão do princípio geral, que unifica os processos num só método.

Vejamos em casos concretos.

Primeiro, na escola secundária, numa lição de química. Proporciona o professor aos alunos a experiencia da decomposição da água em hidrogênio e oxigênio. Viram fazer, ou fizeram a experiencia. Quantas vezes a repitam, sempre a indução é a mesma: a água não é corpo simples, decompõe-se em hidrogênio e oxigênio.

E' agora uma aula de latim. Quebrou o professor os moldes rotineiros: o de encetar o ensino de latim por declinações e conjugações decoradas. Isto nunca foi saber ensinar. Antes, ocasiona o professor a que os alunos observem a língua latina. Algumas frases latinas bem fáceis são apresentadas á observação dos estudantes. A tradução é feita, reparando os escolares na variação das terminações dos substantivos, para exprimirem as funções lógicas de sujeito, de objeto direto, de indireto, de complemento restrictivo, de adjuntos circumstanciais.

A análise lógica é cultura sem a qual ninguém aprende bem latim, sobretudo como língua morta. Se o professor não verificar os conhecimentos de seus alunos em análise do pensamento, e se não se certificar de que a sua fraseologia é entendida pelos alunos, não será jamais eficiente; sua classe será, por defesa própria, naturalmente indisciplinada, e ele máu professor, ainda que regorgite de sabedoria em letras latinas. Dê, porém, a traduzir aos seus alunos sentenças latinas, a princípio as mais simples, e, progressivamente complicadas. Faça-os observarem as terminações

características, aqui do acusativo, como objeto direto dos verbos transitivos, ou atributo do verbo ser; ali do genitivo, como complemento que restringe a extensão do substantivo, e assim por diante. Quando já tiverem cabedal considerável de observações, eles mesmos, os alunos, induzirão, encaminhados pelo professor, as normas das declinações dos substantivos. E assim para o resto. As aulas serão interessantes, a classe disciplinada, e os benefícios que se apregoam, do ensino do latim, em disciplina mental, serão colhidos.

Numa aula de matemática, a lição do dia é a relação entre a circunferencia e o seu diâmetro. Se os alunos compararem, concretamente, varias circunferencias com os respectivos diâmetros, verificarão, sempre, a constancia da relação expressa em 3,1416. Seria isto um processo intuitivo sensorial, facilmente applicavel até na escola primária.

No ensino secundário, porém, os alunos já têm maior capacidade mental, e certa soma de conhecimentos gerais, que lhes permitem raciocinar com segurança nesta matéria. De dados hauridos em observações atuais extráem verdades novas, a que aderem. Sobre aprenderem, desenvolvem, nestes raciocínios práticos, a sua capacidade de aprender. Em vez de medirem, uma a uma, as circunferencias, tomando por unidade os respectivos diâmetros, demonstram a tese.

Sabe-se que a demonstração é um encadeamento de silogismos. Cada um destes se arma com uma premissa menor, que é percepção atual, ou hipótese aceita; uma premissa maior, que a premissa menor evoca, mercê de associações havidas em conhecimentos anteriores, e uma conclusão, que será aproveitada, para armar o silogismo seguinte. E assim até chegar-se à prova da verdade que na tese se enuncia.

O método, aqui, consistiu, primeiro, em fazer o professor que os alunos observem realidades, das quais se vão extraindo as premissas menores, e, segundo, encaminhar seus raciocínios, no sentido da tese.

A prova deve ser feita pelos alunos. O que cabe ao professor, é apenas proporcionar observações convenientes, e encaminhar, segundo leis mentais, a demonstração lógica, que os alunos farão.

Vale a pena insistir neste aspeto do problema. Sempre lamentavel a didáctica que produz em certos alunos horror invencível à matemática.

Retrilhe-se a hipótese num caso concreto. Quer-se dar a conhecer, já na escola secundária, a divisibilidade exata da soma pelo número que lhe dividir, sem deixar resto as parcelas.

Intuitivamente poder-se-ia fazer observar duas, três, dez, cem hipóteses diferentes. Verificar-se-ia, em cada hipótese, que, se um número dividir exactamente as duas, as três, as quatro, ou quantas forem, as parcelas de uma soma, tenham elas o valor que tiverem, estes números dividirão, sem deixar resto, as respectivas somas. Então, espontaneamente, segundo a lei de análise, a unidade na variedade, fica-se inteirado de que, independente do número de parcelas, ou do valor de cada uma delas, o número que dividir, sem deixar resto, as parcelas de uma soma, dividirá exactamente esta soma.

Mas, em lugar de seguirem os alunos o método lógico da indução, poderiam, recorrendo à dedução, chegar ao mesmo resultado. Figuraria o professor, no quadro negro, e cada aluno em papel, a lapis, uma hipótese genérica, adequada. O número  $d$ , por exemplo, divide, sem deixar resto, as parcelas  $a$  e  $b$ . Vái-se demonstrar que o número  $d$  dividirá, sem deixar resto, o número  $S$  soma de  $a$  mais  $b$ .

A primeira hipótese é a premissa menor do primeiro silogismo: dividindo-se  $a$ , por  $d$ , o quociente é número inteiro, que se pode representar por  $q$ . Mas esta hipótese evoca naturalmente uma norma já sabida, a de que, nas divisões exatas, o dividendo é igual ao divisor pelo quociente. Logo,  $a = dq$ . A segunda hipótese, pelo mesmo processo, leva os alunos à conclusão de ser  $b = dq'$ !

O papel do professor, até agora, foi o de orientar o raciocínio dos alunos, e não raciocinar por êles.

Prosseguindo neste papel, fal-os-á somar as duas igualdades:  $a = dq$ , e  $b = dq'$ . Chamar-lhes-á a atenção para a existencia, deante deles, de duas somas de quantidades iguais. Ora, é axiomático que somas de quantidades iguais são iguais entre si. Logo, a primeira soma é igual à segunda.

O professor, para chegar à tese, fará notar que, no segundo membro da última igualdade, se acham multiplicados o numerador e o denominador da mesma fração pela mesma quantidade:  $d$ . Ora, não se altera a quantidade que se multiplique e se divida pelo mesmo número. E os alunos concluirão, por si mesmos, a um simples olhar: que  $s$  dividido por  $d$  é igual à  $q + q'$ .

Por fim, observarão os alunos, sempre orientados pelo professor, que a soma:  $q + q'$  é número inteiro, por serem inteiras as suas parcelas, quocientes das divisões, por hipóteses, exatas, de  $a$  por  $d$ , e  $b$  por  $d$ . Logo,  $d$  dividirá  $S$  sem deixar resto. Isto é, o número que dividir as parcelas de uma soma, sem deixar resto, dividirá exatamente esta soma.

A atividade do aluno aquí já não foi indutiva, mas deductiva, e a ação do professor consistiu em fazer seus alunos observarem certas realidades, figuradas em hipóteses, evocar conhecimentos associados com o que observam, para irem concluindo, até a prova final da tese.

Em nenhum momento da aula, foram os alunos reduzidos a simples ouvintes, ou videntes do que o professor fizesse.

Subamos ao ensino superior.

E' numa escola de medicina, numa aula de clínica. O objéto da lição é o diagnóstico e a terapêutica de certa moléstia. Poderia o professor dividir muito bem a sua exposição doutrinária, e dissertar sobre o caso, em aula. Os seus alunos seriam apenas ouvintes, e sairiam, por certo, da aula encantados, pela fluência oratória do professor, sua eru-

dição admirável; mas incapazes de qualquer ação profissional.

Leve, porém, o professor os seus alunos a um hospital, onde os faça observarem, em vários pacientes, a moléstia cujo diagnóstico e terapêutica vái ensinar. Poderá ter feito uma exposição prévia, preparatória, ou a fará depois, ou à medida que as observações forem sendo registradas. Como cientista, ou perito, já o professor teve ocasião de observar e curar doentes da moléstia, sobre que versa a lição. Por eliminação ou produção de antecedentes, ou concordancia de causas e efeitos, no desenvolvimento da moléstia, já logrou apanhar a lei sobre o tratamento adequado.

Se não fosse deshumano, poderia o professor repetir, para observação dos alunos, a sua experiência. Então, os seus discípulos, através de tratamentos errados, e tratamentos certos, redescobririam a lei. Mas uma das vantagens do ensino está justamente em evitar os erros inúteis, o empirismo, abreviar o processo da indução lógica, e fazer chegar com segurança à verdade que se ensina. Devem dar com a verdade, através de observações bem dirigidas, e não por exposições frias e dogmáticas, em que não passem de meros ouvintes. Antes, fará o professor que seus discípulos percebam os sintômas, descubram a causa, acompanhem a marcha da moléstia, e verifiquem os efeitos do tratamento. E aprenderão assim a diagnosticar sem erros, e a receitar, segundo suas ou alheias observações. Não haverá, depois disto, discípulo que se esqueça da relação de causalidade entre o tratamento ministrado, e a cura operada.

Remataria, nessa altura, o professor a lição, doutrinando em exposição clara, dividida logicamente a matéria, discutindo as várias interpretações, resolvendo erros aqui, assinalando acertos acolá, prevenindo sobre diferenças individuais, e concluindo as linhas mestras do procedimento clínico.

Sempre, proporcionar aos alunos observações apropriadas, abreviando-lhes o trabalho, encaminhando-os para o

fim em vista, isto é, no meio da variedade dos casos que observem, inferir ele, ou fazer que os alunos infiram a lei ou as leis em estudo.

Agora, é uma escola de direito. O método do professor no dirigir o trabalho dos alunos é aqui mais árduo. Terá de recorrer quasi sempre à palavra, para evocar as realidades sociais, que não póde materializar, ou submetê-las a experiências. O registro dos fatos tão fugidios e erradiços, as estatísticas por vezes tão fantásticas, o testemunho sempre tão claudicante, os documentos indecisos, e nem sempre de autenticidade inequívoca, são elementos de que, afinal, não prescinde o professor de sociologia, de direito, de economia, de moral, para encaminhar as observações de seus alunos, de modo que atinem com as relações constantes entre antecedentes e consequentes nos fenômenos em estudo.

As preleções abstratas, as conferências por mais eloquentes, os discursos bonitos podem embalar a imaginação curiosa dos discípulos, mas não, persuadem aos que amem sobretudo a verdade. O método realmente exige, do professor, fazer que os alunos observem os fatos, vejam o que haja de invariavel entre os antecedentes e os consequentes nos fenômenos complexos, e infiram, então, as leis, as verdades. Isto no campo iluminado das doutrinas.

Se o que se quer, porém, é explicar a lei jurídica positiva, o método ainda não varia no que tem de substancial. A lei positiva que disciplina certo fenômeno social, só será prestavel, se consagrar a lei científica sob que este fenômeno se desenvolva. Pelo estudo da lei científica, se aquilata o valor da lei positiva, o seu alcance, o seu préstimo, as suas aplicações úteis.

Casos ha de si tão complicados, nas ciencias morais e juridicas, que o debate é indispensavel, para deslindar dúvidas inevitaveis. A interpretação dos fatos ou da experiência, em fenômenos intrincados, pode gerar opiniões opostas. E' o que se nota comumente em política, em moral, em religião. Nesse terreno, a direção que o professor

imprime ao trabalho dos alunos, é erigido de dificuldades imensas.

As realidades sociais, que traz ao tablado do ensino, por serem, em regra, fenômenos enredados de elementos que desnorteiam, todo o esforço dirigente dos professores é pouco, em primeiro lugar, para que não sejam êles mutilados, ou se reduzam a partes que se podem tomar pelo todo. O desprezo de alguns dos aspectos ou elementos dos fenômenos, é o quanto basta para as opiniões apressadas e suspeitas de parcialidade. Os antecedentes, os consequentes, as circunstâncias que matizem os fenômenos, nem sempre é facil trazê-los à inteligência crítica dos estudantes. Por outro lado, pode faltar ao professor que não saiba defender-se do fanatismo, aquela imparcialidade científica, que dignifica o magistério. E os seus preconceitos, as suas idéias arraigadas, os seus hábitos sentimentais podem arrastá-lo a deformar as realidades, em prejuizo do progresso da verdade, nas ciencias sociais.

Ensinar bem disciplina social, e, principalmente, moral, é, realmente, obra digna dos deuses.

### Súmula Didática

Mas é tempo de rematar estas considerações, já tão alongadas, sobre as técnicas do ensino.

A norma suprema, para ensinar bem, ou aprender bem, é fazer o professor que seus alunos observem as realidades cognoscendas.

Para ocasionar esta observação, deve o professor apresentar as cousas que ensina, aos sentidos atentos dos que vão conhecê-las.

Quando forem excessivas as dificuldades para a apresentação em si das realidades que se explicam, ha o recurso da sua apresentação pelo desenho, pela fotografia, pelo cinema, pelos símbolos.

Se, pela natureza das coisas, não fôr possível a presença do objeto do ensino aos sentidos, ainda que figurado, terá, então, o professor de recorrer à palavra.

Mas a palavra só não decai em verbalismo esteril, quando logra despertar, no espírito dos alunos, imagens do que já conhecem, para lhes sugerirem, por semelhanças, por analogias, por combinações hábeis, os conhecimentos novos, que se querem dar.

Para que a palavra realize este milagre, deitará o professor uma sonda nas camadas de cultura de seus alunos, e tomará em consideração a sua capacidade atual de aprender. Sem estes entendimentos prévios, a palavra é sôpro que o vento leva.

Presente em si, em representação, ou por milagre do verbo, ao espírito dos estudantes o objeto das lições, a técnica do ensino está em dirigir o professor o trabalho dos alunos, segundo leis que presidem à percepção e ao raciocínio. São leis de análise e leis de associação de idéias, leis de indução lógica, e leis de dedução e demonstrações matemáticas.

Se tudo isto não pode ser razoalmente desconhecido, como admitir professor, com técnica impecavel, sem conhecer a ciência dos métodos? Não basta o empirismo, que costuma gerar a rotina pernicioso ou mal aventurada. E' preciso elevar-se às leis e princípios, como em qualquer profissão de valor.

Ademais, requer-se, no professor, a existência de pelo menos três condições.

Primeira, saber de verdade a matéria que ensina. Não conhecê-la toda, evidentemente. Mas com perfeição o que lhe cumprir ensinar.

Segunda, guardar imparcialidade na doutrinação que tenha de fazer. Ha, sem dúvida, disciplinas, como aritmética, onde não cabe o debate, ou como geografia, ou física elementar, onde as explicações não suscitam em regra opiniões contrárias. Mas algumas ha, como as ciências sociais, ou filosóficas, em que o debate é imprescindível para

o esclarecimento da verdade. Nestas, é que a imparcialidade do professor é posta à prova rude.

Terceira, clareza. E' a suprema excelência na técnica do professor. A clareza desperta e sustenta o interesse, e assegura, quasi por si só, disciplina na classe. Não deriva a clareza tanto da usualidade na linguagem que se empregue, como de sua concordância com a intelligência e a cultura dos alunos, e de sua propriedade com o objeto do ensino. Se, a clareza é, em geral, o toque de perfeição da linguagem, na técnica do professor é o seu maior merecimento. Palavra obscura é sinal infalível de ausência de técnica no ensino.

Mas quem sabe o que ensina, e é imparcial, se sabe ensinar, é porque é naturalmente claro. E quem não tiver clareza em sua linguagem, ainda que se esmere em erudição, ou pompeie de sábio, não saberá primar no ensino. No professor, a clareza é o dom supremo de sua palavra, par a par com a ciência em que seja mestre, e a imparcialidade que lhe é ponto de honra.

# A convocação da assembléia geral por acionistas

*Waldemar Ferreira*

1. No propósito de garantir os direitos da sociedade anônima em face de sua diretoria e, também, os da minoria dos acionistas, têm as leis disciplinadoras da sociedade de tal natureza estabelecido as condições mediante as quais a estes é lícito convocar a assembléia geral extraordinária. Pela regra do art. 89 do decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, compete à diretoria convocar a assembléia geral, nos casos previstos em lei ou nos estatutos. Conferiu aquele artigo, porém, e bem avisadamente, direito idêntico:

a) ao consêlho fiscal, se a diretoria retardar por mais de um mês a da assembléia geral ordinária, e a extraordinária sempre que ocorrerem motivos graves e urgentes;

b) ao acionista, quando a diretoria retardar, por mais de dois meses, a convocação, nos casos previstos em lei ou nos estatutos, ou quando, representando mais do quinto do capital social, aquele órgão não atender, no prazo de oito dias, a contar da data do requerimento, devidamente fundamentado, ao pedido de convocação.

2. Focalizou o texto, quanto à iniciativa dos acionistas, dois casos distintos. Vale bem examiná-los destacadamente, afim de tirarem-se as conclusões a cada qual pertinentes, de molde a evitar dúvidas originárias da apressada leitura do dispositivo legal, quando não de interpretação cerebrina e tendente a obstruir o direito dos acionistas, tão categoricamente outorgado por ele.

3. Haverá anualmente, qual preceitúa o art. 98 do decreto-lei n. 2.627, a assembléa geral, que tomará as contas da diretoria, examinará e discutirá o balanço e o parecer do conselho fiscal, sobre eles deliberando. Essa é a assembléa geral ordinária. Realizar-se-á, imperativamente o determina o parágrafo único daquele artigo, “nos quatro primeiros meses após à terminação do exercício social”. E deverá, como já se viu, ser convocada pela diretoria.

4. Se, porém, a diretoria se mantiver inativa, deixando de fazer a convocação dentro daquele prazo, tenha, ou não, praticado as providências preliminares, enumeradas, no art. 99, e um mês se escôe, sem que a assembléa geral ordinária se realize, incumbe aos membros do consêlho fiscal, pelo disposto no art. 127, n. V, convocá-la. Tendo eles mandato ânua, devem ter a cautela de não deixar a sociedade sem o seu órgão de fiscalização. Não sejam, portanto, omissos no cumprimento desse dever, em termos tão explicitos impostos por lei.

5. Têm os fiscais um mês para o cumprimento dessa obrigação. Decorrido outro, sem que a convocação se tenha feito, por a haver a diretoria retardado por mais de dois meses, cabe ao acionista fazê-la. Ao acionista, a qualquer acionista, seja portador de uma apenas ou de centena de ações. Pouco importa o número de suas ações. Assiste-lhe, então, direito para reclamar à diretoria a convocação, por ela retardada, e de, não atendida sua reclamação, no prazo de oito dias, a contar da data do requerimento, fazê-la ele próprio. Isso, porém, quanto à assembléa geral ordinária.

6. Confere, ademais, o preceito em apreço ao acionista, e eis o outro caso, direito para, representando mais do quinto do capital social, convocar a assembléa geral extraordinária, quando a diretoria não atender, no prazo de

oito dias, a contar da data do requerimento, devidamente fundamentado, ao pedido de convocação.

Teceram-se, em volume sobre o assunto, considerações a respeito do texto em apreço, a seguir reproduzidas.

7. “Compete à diretoria a convocação, como é de ver. Órgão de administração, dirigindo e orientando os negócios sociais; conhecendo-os no seu conjunto e nos seus pormenores, está ela ao par de quanto se passa, quer quanto a eles, quer quanto ao exercício dos direitos dos acionistas, coletiva ou individualmente, pelo contacto direto em que com eles se encontra. Ainda quando o acionista, representando mais do quinto do capital social, pretenda fazer a convocação da assembléia geral extraordinariamente, como lho permite o art. 89, b), do decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, à diretoria tem de dirigir-se, requerendo-lhe, em petição, devidamente fundamentada, que a convoque. Dentro de oito dias, deve ela convocá-la, sob pena de, findo aquele prazo, assistir ao acionista direito para isso. Não cabe à diretoria, portanto, entrar no exame do pedido, mas verificar se os seus sinatários são acionistas e representam mais do quinto do capital social. Entendeu-se de modo diverso, no regime do decr. n. 434, de 4 de julho de 1891. Dava o art. 137 deste competência à administração para convocar a assembléia geral extraordinariamente, quando o requerimento lhe fosse dirigido por acionistas em número não menor de sete, e representando, pelo menos, o quinto do capital social. O pedido de convocação, todavia, carecia ser fundamentado com motivo, que não tivesse referência a matéria, atos e contas já apreciados e julgados em assembléia geral. Na competência dos administradores, portanto, residia a de verificar a legitimidade do pedido, com a faculdade de atendê-lo ou de indeferí-lo (1). Não existem, agora, condições daquele naipe, a subordinar o pedido. Basta re-

---

(1) WALDEMAR FERREIRA, *Questões de Direito Comercial*, primeira série, de 1929, n. LIII, pag. 263.

presente o acionista, ou quantos subscreverem o pedido, mais do quinto do capital social. A omissão da diretoria abre ensejo para a convocação pelo próprio acionista, findo o prazo de oito dias, ou quando ela retarde, por mais de dois meses, a que estava na obrigação de fazer, pelos estatutos ou pela lei” (2).

8. Eis, pois, assentado o sentido do novo dispositivo legal. Não permite ele a interpretação de que, nos dois casos, a convocação da assembléia geral, tanto a ordinária retardada, quando a extraordinária pelos acionistas desejada, carece ser feita apenas, mais do que isso, necessariamente, por “um” acionista, exclusivamente, e acionista que represente, só ele, mais do quinto do capital social.

No regime do decr. 434, de 4 de julho de 1891, mercê do expresso em seu art. 137, n. 1, tinham os administradores competência para convocar extraordinariamente a assembléia geral, a requerimento de quaisquer acionistas, quando lhe fosse aquele “dirigido por sócios em número não menor de sete, e representando, pelo menos, um quinto do capital social”. Foram, porém, aquele artigo e o subsequente substituídos, pelo decr. n. 23.324, de 6 de novembro de 1933, que firmou a nórma de independer “de número de acionistas requerentes a convocação da assembléia geral extraordinária a que se refere o decr. n. 434, de 4 de julho de 1891, uma uma vez que os sinatários da respetiva petição representem,

---

(2) WALDEMAR FERREIRA, *Compêndio de Sociedades Mercantis*, segunda edição, revista e aumentada, de 1942, vol. 2, *Sociedades Anônimas*, § 30, pag. 264, e mais, ainda, § 43, n. 2, pag. 381. Neste tópico, depois da alusão ao decr. n. 434, insistiu-se na doutrina firmada acima:

“Absteve-se o decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, de entrar em considerações dessa natureza. Deixou-as em branco. São, não obstante, os administradores, que constituem a diretoria, os verificadores da legitimidade do pedido, podendo, portanto, deferi-lo ou indeferi-lo. Indeferindo-o, fica o acionista com a faculdade de promover a convocação da assembléia geral extraordinária. Conhecerá ela, então, da legitimidade da convocação, sem prejuízo do direito dos dissidentes de pleitear a anulação judicial de suas deliberações”.

pelo menos, metade do capital social”. Justificou-se aquele decreto, em seu introito, entre outras, com a consideração de que o Congresso Internacional das Sociedades por Ações, reunido em Paris, em 1900, votou conclusão no sentido de que “a convocação de uma assembléia geral pôde ser exigida por acionistas que possuam um certo número de ações que representem uma parte notavel do capital social, não obstante qualquer estipulação contrária dos estatutos”.

Não se divorciou o decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, daquela corrente doutrinária, ao aludir, no art. 89, § único, b), ao acionista, afim de restringir o número e, dessarte, dificultar sobremaneira o que teve ele por intuito evidente facilitar. Referiu-se ele, genericamente, como é óbvio, ao acionista, para abstrair de qualquer número. O pedido de convocação tanto pôde ser feito por um, como por cinquenta: o indispensavel é a representação de mais de um quinto do capital social. Representação, diz a lei. Não exige ela que o acionista possua ou seja proprietário de ações que, somadas, dêem aquele montante. Quer isso dizer, portanto, que a convocação pôde ser pedida por um ou mais acionistas, contanto que todos eles possuam ou sejam titulares de ações que valham mais do que o quinto do capital, nada impedindo que o sinatário seja procurador dos demais e, por isso, represente mais de um quinto do capital social.

Seria interpretação diversa, sobre absurda, puramente cerebrina, refugindo dos principios doutrinários, que regem e orientam a matéria, de tanta relevância.

9. Raridade sempre foi que diretorias de sociedades anônimas deferissem pedidos de convocação de assembléias gerais, formulados por acionistas, ainda mesmo quando rigorosamente observados os requisitos legais. Sempre havia razão por que elas os denegassem, ainda os mais capciosos e abstrusos. Porque sempre assim foi e, provavelmente, não deixará de ser, pois revela, na generalidade dos casos, senão dissidio, discordância dos acionistas com elas, no

projeto de código das sociedades, que a Câmara dos Deputados aprovou, em segunda discussão, em 1936, consignou-se dispositivo assecuratório do direito dos acionistas, nestes termos:

“Art. 176 — A convocação da assembléia geral extraordinária, quando provocada por acionistas, deve ser precedida de requerimento à diretoria, assinado por acionistas representando um décimo do capital social.

“Parágrafo único — Indeferido o pedido, assiste aos acionistas, bem assim se não fôr ele despachado dentro em quinze dias, a faculdade de requerer judicialmente a convocação, observando-se o disposto nos §§ 2 e 3 do artigo anterior”.

E os parágrafos assim se exprimiam:

“§ 2.º — Se o acionista não fôr atendido, tem direito de fazer ele próprio a convocação, declarando esta circunstância no convite, publicado pela imprensa local.

“§ 3.º — Se a diretoria dificultar ou impedir, por qualquer fôrma e sob qualquer pretexto, a reunião, deixando de apresentar os livros necessários para o seu funcionamento, os acionistas podem requerer ao juiz de direito da comarca a convocação da assembléia, que se reunirá na sala das audiências, sob sua presidência, servindo o escrivão de secretário, observadas as disposições estatutárias” (3).

Como, então se advertiu, “a diretoria tem meios para tornar impossível a realização da assembléia convocada por acionistas, o que a prática tem demonstrado”, procurou-se, nesse e em outros casos, a intervenção judicial, afim de evitar a dualidade de assembléias e diretorias, que tanto contribuem para a desorganização da vida administrativa da sociedade anônima.

Não seguiu o decreto-lei vigente essa orientação, mas retirou da diretoria o exame da conveniência ou inconveniência da convocação da assembléia geral dos acionistas,

---

(3) WALDEMAR FERREIRA, *Código das Sociedades Comerciais*, edição de 1938, pags. 40, n. 34, e 132.

por um ou alguns deles pedida. Cabe-lhe, tão somente, verificar se os sinatários do pedido são, ou não, acionistas e se representam mais de um quinto do capital social.

10. O pedido deve ser devidamente fundamentado, refere o texto; mas isso não para que a diretoria entre no exame da fundamentação, senão apenas para que ela possa, na convocação, indicar a ordem do dia da assembléia geral. “Os convites ou anuncios mencionarão, ainda que sumariamente, a ordem do dia da assembléia e o local, o dia e a hora da reunião”. Dispõe isso o art. 88 do decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, ao estabelecer a forma da convocação da assembléia geral. Cuidando-se, simplesmente, de reformar os estatutos, quando a lei, para o caso, não exija relatório da diretoria e parecer do consêlho fiscal, a justificação do pedido tem que ser sumária muitas vezes, nada impedindo, entretanto, seja circunstanciada e explicita. Basta que se considere a hipótese de ter a proposta de reforma estatutária por objetivo a redução do cargo de diretores, como meio de afastar os que se tenham mostrado inconvenientes aos interesses sociais, sem que, todavia, queiram os acionistas tornar público o fundamento dessa medida, que importará no desabôno público dos diretores visados, para que se possa admitir a convocação da assembléia geral para a reforma dos estatutos, nos termos da proposta que, instalada ela, lhe será submetida.

Tendo ela, pelo art. 87 do decreto-lei vigente, poderes para resolver todos os negócios relativos ao objeto da exploração da sociedade e para tomar as decisões que julgar convenientes à defêsa desta e ao desenvolvimento de suas operações, cabe-lhe, certamente, o de ratificar sua convocação, se praticada qualquer irregularidade não fundamental, e passar a deliberar validamente.

São Paulo, 20 de julho de 1942.

# Da prescrição da ação de investigação de paternidade

*Lino de Moraes Leme*

1. Os argumentos em que se fundam os que sustentam ser imprescritível a ação de investigação de paternidade, são os seguintes: a) o estado da pessoa não prescreve; b) as ações de estado não prescrevem.

2. Sem dúvida, *o estado da pessoa não prescreve*. Mas, quem tem o estado de filho? — O que tem, a seu favor, as presunções dos artigos 338 e 339 do Código Civil. Por isso ele estabelece, no art. 350: “A ação de prova de filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz”. Essa a razão por que o legislador português declarou imprescritível “o direito do filho legítimo a vindicar o estado que lhe pertence” (Cod. Civ., art. 11, decreto n. 2, de 25-12-10, art. 14), ao passo que declarou prescritível a ação para investigação de paternidade ilegítima.

Como diz PERDIGÃO MALHEIRO, *Comentário à lei n. 463, de 2 de setembro de 1847*, p. 134: “. . . em um povo civilizado e cristão, o casamento e a filiação legítima devem ser protegidos e favorecidos”. É, aliás, o que estabelece a Constituição federal, no art. 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”.

E foi por isso que, tendo estabelecido a citada presunção, procurou a lei facilitar, aos filhos nascidos do casamento, os meios de provar que são filhos legítimos.

3. Poder-se-á pretender, com base no asserto de CLOVIS BEVILAQUA (*Teoria geral do direito*, 2.<sup>a</sup> ed., § 79) — que o estado da pessoa diz respeito à ordem pública, é inalienável, imprescritível, e que, portanto, é imprescritível a ação de investigação de paternidade.

Para logo se dá a resposta de que as legislações, com exceção do Código argentino, consideram prescritível essa ação, e desbaratado fica o argumento.

São os seguintes os prazos da prescrição:

a) um ano após o nascimento — Cod. suiço, art. 308, devendo a ação ser intentada pela mãe ou pelo curador nomeado ao filho, desde que o mesmo nasceu ou que a mãe informou da gravidês;

b) um ano após a maioridade do filho — lei francesa de 16 de novembro de 1912, que substituiu o art. 340 do Cod. Civil, e igual prazo na Inglaterra e na Venezuela;

c) quatro anos após a maioridade, na Bélgica;

d) cinco anos após a maioridade do filho — lei uruguáia de 5 de setembro de 1914, e também na Holanda;

e) dez anos após a maioridade, no caso de sedução ou rapto, no Chile (Cod. Civ., art. 287);

f) até a morte do pái, salvo se se verificar durante a menoridade do investigante, em Honduras (Cod. Civ. de 1906, art. 287);

g) até um ano após o falecimento do pai, ou até quatro após a maioridade, se o filho era menor quando o pai faleceu, em Portugal (decr. n. 2, de 25 de dezembro de 1910, art. 37).

O Cod. alemão e o austríaco não teem um artigo especial sobre a prescrição dessa ação. Por isso, CALOYANNI, *Le droit de l'enfant dans le Code Civil suisse, en comparaison avec le droit des autres pays*, 1928, dá-lhe o prazo de trinta anos, que é o da prescrição ordinária (p. 56), da mesma forma que no direito brasileiro.

4. O número anterior mostra o sentido em que devem ser entendidas as palavras de CLOVIS BEVILÁQUA, o mestre dos mestres.

Confirma essa inteligência o art. 194 do Código Civil alemão: “O direito de exigir de outrem uma ação ou abstenção (reclamação) é submetido à prescrição. A reclamação que deriva de uma relação de família não está sujeita à prescrição, *quando tem por fim o restabelecimento, para o futuro, de um ato de acordo com essas relações*”.

Fazendo a exegese desse artigo, diz PLANCK, citado por CARPENTER, *Manual do Cod. Civ.*, v., p. 199: “A exceção de que se trata só se refere àquelas ações que se destinam ao restabelecimento, para o futuro, de uma situação de fato correspondente aos direitos de família do sujeito ativo da ação”.

Não se refere a afirmação de CLOVIS, evidentemente, aos filhos naturais não reconhecidos, que não tendo o estado de filho, pretendem adquiri-lo.

E’ o próprio egrégio autor quem, por assim dizer, faz a exegese de suas palavras, quando escreve, no *Cod. Civ.*, 5.<sup>a</sup> ed., p. 340, no comentário ao art. 363: “Ora, das razões acima expostas resulta que a interpretação literal do art. 363, princípio, *maximé atendendo-se ao prazo da ação, que é de trinta anos, por não lhe ter sido fixado outro mais curto, é contrária à boa razão*”.

Nas *Soluções práticas de Direito*, igualmente escreve: “... a ação, sendo pessoal e não tendo prazo próprio, somente no fim de trinta anos estará prescrita”.

Quando se diz que o estado das pessoas é imprescritível, quer-se dizer que se não perde por prescrição (arg. das palavras de ALMEIDA OLIVEIRA, *A Prescrição*, p. 67). Também não se adquirem por prescrição, e sim em virtude da lei ou de sentença.

Quem não possuir o estado de filho, precisa adquiri-lo — ou pelo reconhecimento voluntário, ou pelo reconhecimento forçado, que é a ação de investigação. E esta prescreve como todas as ações.

5. Pretende-se ainda que as ações de estado não prescrevem, mas estão sujeitas aos prazos de caducidade. O objetivo do argumento é afastar essas ações dos prazos de prescrição editados pelo Código.

Já é alguma cousa o admitir-se que essas ações estão sujeitas a prazos de caducidade...

CARPENTER (Manual Paulo de Lacerda, *Da Prescrição*, p. 192), depois de enumerar as ações de estado, escreve: “Destas ações, umas teem prescrições especiais de prazo breve, na conformidade do art. 178 do Código, e outras recaem na regra geral do art. 177 (prescrição trintenária)”. A seguir, nessa página e na seguinte refere as ações que teem prescrições especiais de prazo breve, e escreve (p. 193 e seg.):

“Assim o diz o próprio art. 166 do Código, que só veda ao juiz de conhecer de officio a prescrição, quando se tratar de ações que protejam direitos patrimoniais, a saber, ações pessoais e reais, mas não ações de estado. A razão da lei facil é de ser percebida. Se à paz pública convém que não se revolvam velhas questões sôbre direitos patrimoniais (sejam obrigacionais, sejam reais), muito mais a ela deve importar que não se reacendam litígios sobre a posse de estado e, em geral, sôbre as questões de estado das pessoas (Omissis). *De tudo isso se infere a razão da lei, quando permitiu que nas ações de estado o juiz pudesse decretar de officio a prescrição: é que nelas os interesses da paz pública falam ainda mais alto do que nas ações que protegem os direitos patrimoniais*”.

Essa opinião de CARPENTER é sufragada por ARÍ AZEVEDO FRANCO, *Da prescrição extintiva*, e pelos escritores que declaram prescritivel a ação de investigação de paternidade.

Se as ações de estado fossem imprescritiveis, não se justificariam os casos de prescrição do art. 178, na parte referente a essas ações, nem o do art. 208.

E' de notar que o Código suiço, ao estabelecer, no art. 127, a regra sobre a prescrição das ações, se reporta a artigos do Código Civil, alguns referentes às ações de estado.

6. Deve falar-se em *prescrição*, ou em *caducidade*, relativamente às ações de estado?

Entendem alguns que a prescrição rege o campo econômico, e a caducidade o campo moral do direito. E incongruentemente falam de prescrição de ações que tutelam apenas interesses morais.

A técnica, de fato, introduziu uma diferença entre prescrição de ação e decadência de direito: aquela suscetível de suspensão e interrupção; esta, não. Mas os efeitos são os mesmos: prescrita a ação, está paralisado o direito; prescrito este, ou com a decadência, está paralisada a ação. Em D. R. havia diferença quanto aos efeitos — a prescrição da ação não aniquilava completamente o direito, pois subsistia a obrigação; em nosso direito, não.

COELHO DA ROCHA, *Dir. Civ.*, § 454, define, com o Código da Austria: “Prescrição é a perda de um direito”. Introduzida a diferença, passou ela a significar a *perda da ação*, reservado o vocábulo decadência para a *perda do direito*.

O conceito de decadência aí está. Pode-se precisar que ela se verifica pelo *inadimplemento de uma condição, ou de uma formalidade*, no prazo estabelecido pela lei, como, em relação à prescrição, que ela se opera pelo *não exercício da ação, em certo prazo*. Como diz PUGLIESE, trata-se de um direito em via de formação, que, não exercido em certo prazo, morre antes de haver desenvolvido a sua eficácia.

A lei marca um prazo para ser feita a reclamação contra o lançamento, e o interessado deixou escoar-se o prazo: perdeu o direito. Estabelece a lei que o acionista de uma sociedade anônima deverá reclamar os seus dividendos em certo prazo, sob pena de comisso, e o acionista não os reclama no devido tempo: perdeu o direito. O comprador deixou correr o prazo sem utilizar-se do direito de resgate, que pactuara: perdeu-o. O condômino, em coisa indivisi-

vel, não deposita o preço dentro em seis meses: perde o direito de haver para si a coisa vendida a estranho. Os herdeiros deixam de requerer o inventário no prazo de trinta dias: perde o direito de pagar sem multa o imposto *causa mortis*.

E' um erro pretender fazer-se uma enumeração casuística, como tentou MAXIMILIANO, *O Direito*, v. I, p. 41. Toda ciência tem princípios. Ou o conceito de decadência se regula por um princípio, ou ainda se encontra na fase empírica.

Esse princípio existe. Infelizmente, por falta de meditação, tem-se estabelecido a respeito *confusão*, a ponto de se entender que a prescrição é um instituto do direito das obrigações, enquanto que a decadência o é do direito de família, como se não tivesse sentido a frase — *prescrição da ação*.

Essa a orientação seguida pelo Projeto de Código Civil argentino, que, de acordo com as idéias de BABILONI, estabeleceu não prescreverem *as ações inerentes ao direito de família*. E, no art. 391, estabeleceu o prazo para se intentar a *ação* de nulidade de casamento; no art. 446, o da *ação* para impugnação da paternidade; no art. 467, a de impugnação de filiação; no 468, o da de investigação de paternidade ou de maternidade.

No entanto, tão forte é a força da lógica que, no art. 451, estabelece esse Código: “A faculdade de impugnar a legitimidade ou a filiação nos casos dos arts. 449 e 450, *não prescreve*, nem se extingue por renúncia, embora se extinguam os direitos econômicos adquiridos”.

Se a prescrição é a *extinção da ação*, quando de *ação* se fala — de *prescrição* se trata. E a prova está no próprio Código e artigos citados.

A conclusão insofismavel é a que defendemos: a *ação*, qualquer que ela seja, está subordinada à prescrição; a lei, em certos casos, fixa um prazo para o exercício de um direito: aí se trata de caducidade.

E' a força da verdade, demonstrada pela lógica.

7. Se quiséssemos sair do campo jurídico, outros argumentos teríamos a acrescentar.

E pois que assim limitámos o âmbito deste trabalho, vamos passar a indagar quando começa a prescrição da ação de investigação de paternidade.

Se o nascimento ocorreu na vigência do Código Civil, nenhuma divergência pode haver: o prazo começa a contar da data em que cessar a suspensão estabelecida no art. 169, n. I.

A dificuldade se apresenta em relação às pessoas nascidas anteriormente a esse Código. Essa a matéria que passa a ser examinada.

8. *As Ordenações*, liv. IV e tit. 99, princ. e § 1.º, davam ao filho direito a alimentos, mesmo que fossem espúrios e de qualquer outra condição. A propósito, TRIGO LOUREIRO, *Dir. civ. bras.*, lembra que o papa BENEDICTO XIV, *de Synodo Diocesana*, liv. 13, cap. 23, decidiu que os Clérigos e Beneficiados eram obrigados a alimentar seus filhos ilegítimos não só pelo seu patrimônio como também pelos réditos eclesiásticos.

E as *Ordenações*, liv. IV, tit. 92, declaram haver direito sucessório — o filho ilegítimo, quando for descendente de peão, isto é, de plebeu não nobre.

A lei n. 463, de 2-9-1847, modificou o direito anterior, nos seguintes termos: “Art. 1.º Aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que pela Ord., L. 4.º, Tit. 92, competem aos filhos naturais dos plebeus. Art. 2.º O reconhecimento do pái feito por escritura pública antes do seu casamento, é indispensavel para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo ele com filhos legítimos do mesmo pái. Art. 3.º A prova de filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes meios: escritura pública, ou testamento. Art. 4.º Ficam revogadas quaisquer disposições em contrário”.

Com esses elementos, que representam o direito applicavel, deve resolver-se a questão.

9. Essa lei n. 463 pretendeu modificar o direito anterior, tanto em matéria de alimentos como na de reconhecimento dos filhos naturais? TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, 5.<sup>a</sup> ed., nota n. 7 ao art. 212, REBOUÇAS, *Observação da Cons. das leis civis*, pag. 62-66, pela afirmativa; pela negativa, PERDIGÃO MALHEIRO, *Comentário à lei n. 463 de 2 de setembro de 1874*, pag. 14; CÂNDIDO MENDES, *Código Filipino*, v. 2, pag. 987, nota 5; LAFAYETTE, *Direito de família*, nota XII; TARQUÍNIO DE SOUSA FILHO, *Investigação da paternidade natural na ação de alimentos*, in *O Direito*, 28/161; JOÃO LUIZ ALVES, *Da investigação da paternidade no direito pátrio*, in *O Direito*, 80/161; JOÃO MONTEIRO, *Universalização do direito*, p. 57 e nota; ESTEVÃO DE ALMEIDA, *Manual de Cod. Civ. bras.*, col. PAULO LACERDA, v. VI, pag. 150.

PERDIGÃO MALHEIRO assim se manifesta: “A lei alterou a prova da filiação natural para a sucessão paterna, reduzindo-a a *escritura pública e testamento*, nos termos dos arts. 2.º e 3.º; e, portanto, dependente da vontade do pai para esse fim. *Não inovou porém, a legislação anterior quanto a essa prova para outros efeitos de direito; entre os quais os alimentos, e o estado.* Nesta ação, pois, são admissíveis todas as provas, mesmo conjecturais, e nem se exige tanto rigor, como para a sucessão (omissis). Sendo assim, é consequência necessária que a sentença nela proferida, podendo fundar-se em outras provas, que não as únicas declaradas na lei, *embora valha para o efeito de alimentos e estado do filho, não vale para a sucessão*” (p. 14).

Retruca-lhe TEIXEIRA DE FREITAS: “Não entendo esse art. 3.º da lei de 1847 como o entendeu em seu coment. o sr. dr. PERDIGÃO MALHEIRO (omissis). Declarando o art. 3.º da citada lei, que a prova da filiação natural (note-se bem) — *nos outros casos* — só pode ser feita por escritura pública, ou testamento, é de evidencia que refere-se a mais de um caso, e portanto compreende alguma coisa mais do que o caso oposto ao excetuado no art. 2.º. Por outra, esse art. 3.º não diz simplesmente que a filiação natural só pode ser provada por escritura pública ou testamento, quando não

concorreram à herança paterna filhos legítimos do mesmo pái; o que diz é que — *em todos os outros casos* — a filiação natural deve ser provada por um dos mencionados meios” (p. 154-155).

Em a nota XII, de seu *Direito de família*, LAFAYETTE opinando a respeito, adota a opinião de PERDIGÃO, pelos seguintes argumentos: 1.º) A prova de filiação natural, para o efeito de sucessão, deve ser mais completa e rigorosa do que para alimentos; 2.º) A inteligência em sentido contrário importaria, para os filhos naturais não reconhecidos, a privação do direito de pedir alimentos, e isso somente podia resultar de disposição expressa; 3.º) A disposição do art. 3.º” a prova de filiação natural *nos outros casos* só se poderá fazer por um dos seguintes modos: “escritura pública ou testamento” não tem nem gramatical, nem logicamente o sentido que se lhe tem querido dar. A frase *adversativa* “nos outros casos” é contraposta à disposição do art. 2.º. Este artigo prescreve que o reconhecimento, na hipótese a que alude (para os reconhecidos concorreram à herança com os legítimos do mesmo pai) não possa ser feito senão por escritura pública. “Nos outros casos” (art. 3.º) quer dizer a lei: nos casos em que os naturais não tenham de concorrer à herança com os legítimos, o reconhecimento pode ser feito por escritura pública ou também por testamento” (1).

O objetivo da lei n. 463 foi unicamente alterar a *Ord.* que se refere ao direito sucessório. O projeto primitivo tinha apenas um artigo, que dizia — “Fica derogada a *Ord.* L. 4.º Tit. 92, na parte em que estabelece distinção entre filhos naturais de nobres e de peões, em relação ao direito hereditário”. A esse projeto, SOUSA FRANÇA ofereceu a seguinte emenda aditiva: “Para que o filho natural possa partilhar a herança de seu pai conjuntamente com os legítimos, será necessário que obtenha dele o reconhecimento

---

(1) Os dois últimos argumentos não escaparam a TARQUÍNIO DE SOUSA, em seu citado trabalho, de 1881.

por escritura pública outorgada em época anterior ao seu casamento. Nos outros casos se fará a prova de filiação natural por escritura pública, ou por testamento exclusivamente; e neste último caso será a herança considerada a todos os respeitos como legado, podendo o pai natural reduzi-lo e impor-lhe as condições que lhe aprouver no mesmo testamento”. A justificação e a discussão do projeto e da emenda mostram que apenas do direito sucessório se tratou, não se tendo alterado, portanto, a *Ord.* do mesmo livro, tit. 99.

10. Como observa JOÃO LUIZ ALVES, em seu citado trabalho, “quando parecia estar firmado o princípio da livre pesquisa da paternidade, porque a lei de 1847 só o revogou para o exclusivo fim da sucessão, nova controvérsia surgiu em virtude das disposições do art. 7.º § 1.º *alin.* e art. 8.º do decr. de 24 de janeiro de 1890”. Esse decreto fala em prova da filiação natural paterna — por confissão espontânea, pelo reconhecimento em escritura pública, ou no ato do nascimento, ou em outro documento autêntico oferecido pelo pai.

JOÃO MONTEIRO já entendera que o dispositivo do decreto n. 181, referindo-se a impedimentos matrimoniais, não se deve estender a outras relações. A esse argumento, originado do fim da lei, JOÃO LUIZ acrescenta o de TARQUÍNIO-LAFAYETTE, em relação à lei de 1847, de que se não pode dar à lei uma inteligência que prive de direito os filhos naturais não reconhecidos, e de que, a entender-se revogado, pelo decr. de 1890, o direito anterior, a respeito do reconhecimento forçado da filiação, força seria concluir pela revogação do diploma de 1847, quanto ao reconhecimento que confere direito sucessório aos filhos naturais — o que ninguém sustenta, e conclui: “... a investigação da paternidade foi sempre permitida em nosso direito, mediante qualquer gênero de provas.

Depois de se referir à controvérsia, ESTEVÃO DE ALMEIDA (2) assim conclui: “Do expendido resulta esta síntese do direito vigente antes do Código, quanto ao reconhecimento forçado: mediante qualquer gênero de prova, era permitida a investigação da paternidade, tanto dos filhos naturais como dos espúrios, restrita, porem, em seus efeitos, à obtenção *de alimentos e do estado*, depois da lei de 1847, e, vigorando esta, quanto à sucessão, tornado por ela dependente de voluntário reconhecimento do pái, limitado aos filhos naturais em espécie e feito só por escritura pública ou testamento”.

PAULO DE LACERDA, porém, sustentava, em 1906: “O decr. 181, de 24 de janeiro de 1890, ampliou os modos de reconhecimento da filiação natural paterna (*omissis*). E nada mais acrescentando, não alterou, senão pela ampliação dos modos de reconhecimento o direito vigente. E isso, não que pelas fórmulas de reconhecimento admitidas, além daquelas da lei de 1847, deixem de ser atribuídos direitos sucessórios, como diz o emérito CLOVIS, *Direito da família*, § 169; mas que elas são outras tantas portas abertas ao filho natural para entrar na família paterna sob o império e em toda a plenitude do direito existente ao tempo do decr. 181 de 1890, e até hoje inalterado”. E reporta-se à interpretação de COELHO RODRIGUES, autor da lei, na *Revista mensal*, 9/110.

Do que se expôs resulta não haver o decr. n. 181 revogado o direito anterior, com referência ao direito dos filhos naturais. Aliás, de suas próprias palavras — “... a filiação natural paterna *tambem* pode provar-se...” — se verifica que o objetivo foi *ampliar* os meios de prova.

11. A ação de investigação de paternidade é prejudicial, para as de *alimentos* e de *petição de herança*.

A ação de investigação de paternidade é uma ação pessoal, de estado, no direito de família puro. As ações de

---

(2) *Manual do Cod. Civ.*, col. Paulo de Lacerda, v. VI, p. 150.

(3) Parecer in *O Direito*, 100/457.

alimentos, de petição de herança, teem essa ação de estado como pressuposto. Não se admite ação de alimentos ou de petição de herança, sem que ou antes, ou na mesma ação, se vindique o estado de família.

Por isso, as ações de estado são chamadas *prejudiciais*. Sobre elas, escreveram CORREIA TELES, *Doutrina das ações*, § 3.º, e JOÃO MONTEIRO, especialmente na *Doutrina das ações*, ps. 55 e seguintes.

São deste os seguintes conceitos:

— “Não menos decisivo é o caso figurado no fr. 8, de *agnoscendis et alendis* (XXV, 2). Em ação de alimentos, o réu nega que é pai ou filho do autor: o juiz não deve dar ou negar os alimentos pedidos sem que primeiramente se prove ser o autor filho ou pai do réu” (p. 59).

— “Vindo a questão prejudicial com a contestação ao libelo, indubitavelmente a sentença, se ela proceder, lhe há de ligar o efeito lógico de deixar sem base a ação; e assim, consoante os princípios informativos do processo, com menor esforço se obterá o máximo resultado” (p. 60).

— E, citando a GLÜCK: “Em se tratando do estado de uma pessoa, não é possível julgar dos direitos e obrigações que dele derivam, sem que antes se haja assegurado o estado mesmo; porquanto, da decisão sobre o estado depende contemporaneamente a de muitas outras que lhe são dependentes” (p. 62).

Nem pode haver dúvida que, à semelhança das questões prejudiciais, no processo penal, quando cumulada a ação de investigação à de alimentos ou à de petição de herança, não é possível conceder aqueles, ou deferir esta, sem que previamente tenha o juiz se pronunciado sobre o estado da pessoa. Com efeito, como deferir a herança a alguém, como filho, sem preliminarmente ser apurado se o é?

Daí a decisão in *Revista do Direito*, 99/93: A ação de investigação de paternidade é prejudicial para a ação de petição de herança. Para poder exercitar esta ação, é mister poder exercer a primeira, visto o carater prejudicial desta. A ação de petição de herança pode vir depois da de

investigação, ou cumulada com esta; nunca, sózinha. Isso evidencia a dependência em que a petição da herança está da investigação.

Portanto, prescrita, a primeira ação, não poderá ser exercida a segunda.

12. Se o filho podia intentar a ação de investigação de paternidade anteriormente ao Código Civil, não pode a prescrição da mesma começar a correr da vigência dessa lei. Correrá a partir da data em que ele houver atingido a puberdade, nos termos das *Ordenações*, Livro IV, tit. 79, alin. 2, e de acôrdo com o ensinamento de GOELHO DA ROCHA (4): “Todas as obrigações, ou, o que vale o mesmo, todos os direitos, e ações correspondentes podem ser extintos pela *extintiva*, exceto aqueles que a lei declara imprescritíveis”. E o prazo da prescrição das ações pessoais era de trinta anos, como se vê no mesmo tit. 79, citado, e como diz a ementa de ac. do Tribunal de Apelação de S. Paulo (5).

13. Assim se alicerçam as seguintes conclusões:

1.<sup>a</sup>) A ação de investigação de paternidade é prescritível;

2.<sup>a</sup>) O prazo da prescrição, em relação aos nascimentos ocorridos anteriormente ao Código Civil, conta-se da data em que o filho atingiu a idade da puberdade legal.

---

(4) *Instituições de dir. civ. port.*, v. 2, p. 43.

(5) *Revista dos Tribunais*, 21/201.

# Estabilidade e reintegração

S. Soares de Faria

1 — Discorrendo a legislação trabalhista, desde a pioneira, que foi a lei 4682, de 24 de janeiro de 1923, até a mais recente, não vislumbraremos nenhuma lei que tenha, implícita ou explicitamente, feito referencia à *reintegração* do empregado com direito à *estabilidade*, que haja sido demitido, a despeito e contra a proibição legal.

O art. 42 da lei 4682 estatuiu simplesmente que, depois de dez anos de serviços efetivos, o empregado das empresas ferroviárias só poderia ser demitido

no caso de falta grave verificada em inquerito administrativo.

Não ha referencia alguma à *reintegração*, no caso de violação da lei. Tambem a ela se não referiu o art. 43 da lei 5109, que tornou extensivos às empresas de portos e navegação os favores consubstanciados na lei 4682.

2 — Ao revez do que vem sido afirmado, o decreto 20465 de 1.º de Outubro de 1931 não consignou *explicitamente* a reintegração, no caso de ser o empregado demitido. Pêvio hipótese diversa, que com a demissão se não confunde. Aqui se trata da possibilidade de ser o empregado *suspense*, enquanto se processa o inquérito para que se apurem as acusações contra ele aguidas.

Determina o § 2.º que, no caso de reconhecer o Conselho Nacional do Trabalho

a não existência de falta grave, fica a empresa obrigada a readmiti-lo ao serviço e a indenisá-lo dos salarios durante o período da *suspensão*.

Observe-se que o inciso não fala em *demissão* e *suspender* é um ato de mero afastamento, determinado pela acusação, pondo a mira em não criar dificuldades ao andamento da perquirição. A suspensão é ato preliminar, que não implica em desligamento definitivo do empregado, sobre cuja conduta se arguiram faltas graves. A demissão é ato definitivo, que importa em radiar o acusado do quadro dos servidores da empresa.

Não reconhecida a culpabilidade, cessam os efeitos da suspensão. O acusado reassume o cargo, do qual fora temporariamente afastado, que não de modo definitivo. A falta de técnica do contexto é evidente, quando fala em *readmissão*, pois, na hipótese nele prefigurada, não se cogitára de afastamento definitivo. O acusado mantinha-se no cargo, uma vez cessado o motivo do seu afastamento, como se nunca dele se houvera separado. A lei em apreço cogitou tão somente de *suspensão*, afastamento temporário, e não de *demissão*, que são conceitos diferentes e diversos, de sorte que em *reintegração*, no caso de demissão, a lei, no passo invocado, silenciou por completo.

3 — As que se lhe seguiram, não discrepam da sua orientação. O art.º 89 do decreto n.º 22872, de 29 de junho de 1933, que creou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, nem sequer se referio à *readmissão*, apenas garantindo o direito à efetividade no cargo, sem prever a hipótese de *demissão*, e muito menos a de *reintegração*.

O art.º 15 do Dec. n.º 24615, de 9 de julho de 1934, que determinou a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários, ao tratar da *estabilidade* dos empregados, também não foi *explicito* a respeito, por ter cogitado, apenas, do caso de *suspensão*, como o fizera o dec. 20465.

O Decreto n.º 24273 de 22 de maio de 1934, que mais de perto nos interessa, por ser o instituidor, para os comerciários, das regalias a outras classes já atribuídas, no seu art.º 33, dispoz que

a demissão, ou redução de vencimentos dos empregados e operarios que contarem mais de dez anos de serviço efetivo na mesma casa comercial, só será permitida, depois da publicação deste decreto, por motivo de falta grave, desobediencia, indisciplina ou circunstâncias de força maior devidamente comprovada.

Não se referiu à suspensão, nem à *reintegração*, não cogitando nem assegurando ao comerciaro a estabilidade completa, vale dizer o direito ao cargo, mesmo contra a vontade do empregador, pois, no § unico a esse artigo, presuppõe a demissão, com o sujeitar o patrão às sanções do art.º 13 do decreto n.º 19770 de 19 de março de 1931, ou seja à pena

de pagar a indenisação correspondente ao salario ou ordenado de seis mezes.

Assinale-se, de relance, que esse decreto, no § invocado, distingue perfeitamente o caso de *demissão* do de *suspensão*, átos que, na verdade, não podem ser confundidos, e ainda põe de manifesto que a *demissão* é possível, mesmo no caso

de operario ou empregado garantido pelo direito de vitaliciedade,

caso em que se não dará a *reintegração*, mas se resolverá em uma indenisação

correspondente a cinco anos de salario ou de ordenado.

E' o que está e, agora sim explicitamente, consignado no § 2.º ao mesmo artigo. A demissão, mesmo contrária ao mandamento legal, não implica em *reintegração*, mas converte-se em uma pena ou em uma indenisação. E' a orientação do nosso direito, que a legislação trabalhista adotou.

4 — Essa determinação permaneceu em vigor, não tendo sido afetada pelo decreto 183 de 26 de Dezembro de 1934, que aprovou o regulamento para o Instituto de Aposentadoria e Pensões para os Comerciantes. Ao contrário, em passo algum do regulamento se observa qualquer rebeldia, o que seria, si houvesse, inaceitável, ao disposto naquele diploma. Nem pela lei n. 62, tanto assim que, só em 1937, com a promulgação da lei 502 de 11 de setembro, foi aquele preceito expressamente revogado.

5 — A lei n. 62 não discrepa das anteriores. Reproduziu mesmo os seus dispositivos, no que se refere ao assunto, sem qualquer modificação. O preceito do seu art.º 10 é o mesmo que as outras proclamaram, pois estabelece a proibição, sem cogitar *explicitamente* da *reintegração* do demittido. E, não o tendo feito, certo é que se não afastou da orientação vigente, que, proibindo a demissão, fóra dos casos legais, admitia a convalidação da transgressão em pena pecuniária, vale dizer não impunha a *reintegração*, mas a compensava pela forma estatuida.

6 — Até aqui, perlustrando a legislação trabalhista, puzemos inteiramente de manifesto que nenhum dos seus diplomas estatuiu a *reintegração*, de modo *explicito*, como consequencia da demissão do empregado, já no gozo da estabilidade, contravindo a proibição legal. Nem *implicitamente* se poderá desumir essa garantia, porque, no que tange aos comerciantes, esteve em vigor o princípio oposto, isto é, o de poder o empregador fugir à estabilidade, mediante indenisação, de modo expresso e irrefragavel, por força da

remissão do § unico do art.º 33 do Decreto n.º 24.273, pelo menos até 1937, quando foi declarado revogado aquele dispositivo.

7 — Os argumentos invocados, em contrário, não convencem. Porque a lei, vedando a demissão do empregado, não estatuiu, como consequencia inelutavel, a reintegração; ao contrário, previo a substituição por uma indenisação equivalente a seis mezes de ordenado ou de salarios. Esbarrando-se, assim, o argumento que se ergue, tendo por sucedaneo a nulidade da demissão, porque foi a propria lei que cominou uma pena especial, que esteve em vigor, até ser revogada em 1937.

8 — A invocação do disposto na letra *f* do art.º 137 da Constituição Federal não altera a situação. Si aquele dispositivo estabeleceu, como parece a alguns propugnadores da teoria do direito ao cargo, e não a de um direito à indenisação, perfeita e clara distincção entre a *estabilidade* e a indenisação proporcional aos anos de serviço, certo é que relegou à lei ordinaria a competente regulamentação. E, enquanto não vier essa lei, vigorarão os preceitos anteriores, porque a Constituição assim o quiz, com o não determinar que aquela regra entrasse desde logo em vigor. Si outro fosse o pensamento do legislador, por certo o teria abertamente declarado, como o fez, por exemplo, nos casos dos arts. 156 e 160.

9 — Muito menos socorre, aos adversarios da indenisação como sucedaneo da condenação, a similitude que procuram estabelecer com o que se passa, nas repartições administrativas, pois, o funcionario demitido ilegalmente não tem direito ao cargo, mas aos proventos correspondentes. E' certo que a Constituição de 1934 tomou rumo diverso, contrariando a orientação do nosso direito, mas o preceito do art.º não se transplantou para a Constituição de

1937, e a teoria, que lograra infiltrar-se naquele inciso, teve direção efemera.

E' a lição do douto TITO PRATES, como se vê dos trechos seguintes de sua obra "Direito Administrativo":

"A tendencia do direito administrativo moderno é no sentido de não reconhecer ao funcionario administrativo um direito subjetivo — pessoal — ao exercício do emprego ou cargo. O funcionario ilegalmente afastado de suas funções terá direito a indenisação, a ver respeitados os seus direitos patrimoniais: não, porem, à reintegração ao exercício do seu cargo. A maiorabilidade é prerrogativa dos magistrados. (ob. cit. n.º 94).

E logo adiante

"A dominante deve ser o interesse publico, e não o direito do funcionario ao *exercício* do cargo. No Brasil, com a supressão do dispositivo contido no art.º 173 da Constituição de 1934, que mandara reintegrar o funcionario, cujo afastamento tivesse sido invalidado, e destituia de plano o que houvesse sido nomeado em seu lugar, e com a disponibilidade estatuida pelo art.º 157 da Constituição de 1937, parece que o direito caminha para uma concepção diversa da anterior, enquanto ao direito ao emprego é à consequente obrigação de manter a administração o funcionario no exercício do cargo".

10 — O fato de ter o direito privado consignado várias modalidades de cumprimento compulsorio de obrigação pessoais, não significa a subversão do principio geral que nos herdou o direito romano e foi consagrado uma nova legislação civil. A regra geral subsiste. As execuções não a

invalidam. Ademais, quer na renovação das locações commerciaes, quer nas vendas de terrenos adquiridos a prazo, como em outras hipóteses, que possam enquadrar-se no art.º 1006 do Cod. de Processo Civil, não se trata de uma prestação pessoal de serviços, mas de uma obrigação que pode ser executada, independentemente da intenção do obrigado, cessando as relações por força da coação judicial. Não ha, evidentemente, consimilhança nas hipóteses.

A recusa em reintegrar o empregado transforma-se na obrigação de indenisar, nos termos do art.º 880 do Codigo Civil.

11 — Ficam, por essa forma, desfeitos, um a um, os argumentos do parecer do consultor jurídico do Ministerio do Trabalho, (Legislação do Trabalho n.º 551, pag. 518) que determinou a mudança de orientação do Ministro a propósito do assunto, apartando-se de decisão anterior, seguramente fundamentada. A verdade está, no entanto, com a primeira attitude. Não se comprehende a imposição de recolher o empregador o empregado que, bem ou mal, desmereceu da sua confiança. A prevalencia dessa orientação ocasionaria tantos maleficios à marcha regular das organizações commerciaes e industriaes, que os seus propugnantes teriam de render-se à evidencia inalmogavel dos fatos. Si, como já se evidenciou, o Estado, em relação a seus funcionarios, pode não submeter-se à reintegração, como impor às empresas particulares essa medida, sem deixar-lhes a possibilidade de evitar os seus precalços, pelo meio legal da indenisação?

A lição que nos oferece a Hespanha, a respeito do assunto, deve ser objeto de larga meditação. A legislação trabalhista daquele país impoz a reintegração forçada, sem recurso à indenisação, embora o tivesse feito tão somente em relação a poucas categorias de empresas. Durou pouco, porem, a imposição, pois o criterio não prevaleceu e, por decreto de 20 de Dezembro de 1934, completado por disposição de 12 de Janeiro de 1935, foi restabelecido o direito

de opção dos patrões, entre readmitir o empregado indesejável, ou livrar-se dele pagando-lhe a indenisação fixada pela lei. (Gallar y Folch., pg. 86).

12 — À vista do exposto, impõe-se esta conclusão: No estado atual da legislação, não ha preceito que, explicita ou implicitamente, obrigue o empregador a readmitir, contra sua vontade, o empregado injustamente despedido, mesmo que conte mais de dez anos de serviço. A sua obrigação resolve-se em outra, na de indenisar, e essa indenisação, na hipótese, é a prevista no art.º 33 § unico do decreto 24273, de 22 de maio de 1934, ou a prevista em leis subseqüentes.

São Paulo, 11 de julho de 1942.

# Regimes adequados ao cumprimento das penas de reclusão e detenção — Estabelecimentos de prisão provisória

*Basileu Garcia*

A futura reforma penitenciária do Brasil há de assentar-se nas diretrizes já estabelecidas pelo moderno Código Penal de 1940. Os reformadores não poderão, ainda, perder de vista a excelente contribuição que resulta de um projeto de Código Penitenciário, que muito honra os nossos fóros de cultura. Redigiu-o a comissão constituída pelos snrs. CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, LEMOS BRITTO e HEITOR CARRILHO. Perpassando-lhe as páginas, somos agradavelmente impressionados pelo seu humanitarismo e pela preocupação de dar à pena, primacialmente, o escopo da regeneração do delinquente.

Evidentemente, esse projeto já não poderá, hoje, ser, de olhos fechados, transformado em lei, visto que entre a sua elaboração e a quadra atual medeiam quasi dez anos. Acontecimentos novos sobrevieram. As bases há anos esboçadas já não se harmonizam com o novo Código Penal. Cumpre lembrar que foi organizado tendo em vista o projeto de Código Criminal então em estudos, da lavra de VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA.

As suas minuciosas disposições cogitam de variados estabelecimentos penitenciários, e a variedade de estabelecimentos penitenciários é requisito primordial de uma boa réforma. Não escapou à previsão dos seus elaboradores a necessária criação de sanatórios penais para presidiários tuberculosos. Sabe-se como o cárcere é propício à “peste

branca”; como, especialmente nas cadeias não servidas de instalações adequadas, o contágio do terrível “morbus” se manifesta facil e frequente. Uma boa organização penitenciária não se poderia descuidar de sanatórios penais para os presos portadores desse mal.

Referindo-se a penitenciárias, não se esqueceu o projeto de prover à criação de reformatórios, estabelecendo diferença entre os reformatórios propriamente ditos e as penitenciárias. Nos primeiros, o regime seria muito mais suave, dirigindo-se naturalmente a detentos mais susceptíveis de correção moral.

Adiantado se revela ainda o projeto no cuidado com que trata da organização e da preparação técnica do pessoal das instituições penitenciárias, ponto de grande relevância em qualquer reforma que se faça no assunto. Sem pessoal habilitado em perfeita técnica, escolhido através de rigorosos critérios de seleção moral e científica, fracassará todo esforço tendente à regeneração dos criminosos.

E’ imprescindível uma cuidadosa interpretação dos preceitos do Código Penal que dizem respeito ao cumprimento das penas de reclusão e detenção para, num panorâmico golpe de vista, prevermos o que serão as prisões do futuro no Brasil.

O nosso Código não adotou totalmente o sistema progressivo, dominante nas nações modernas. Em expressão feliz, o professor ROBERTO LYRA, que é um dos autores intelectuais do Código Penal de 1940, declara que o nosso Código seguiu *um* sistema progressivo, querendo assinalar ter admitido certas peculiaridades que o distanciam da forma tradicional do sistema aperfeiçoado pelo insigne CROFTON.

#### REFLEXOS DO MOVIMENTO ANTI-CELULAR

A primeira peculiaridade que nos salta à vista, ao estudar o sistema progressivo brasileiro, é, por certo, o fato de que se caminha, no Brasil, para a exclusão, tanto quanto possível, da cela ou célula. Deixou-se influenciar o legislador brasileiro de 1940 pelo movimento anti-celular de que

é legenda a famosa frase de FERRI, sempre repetida: “A cela é uma das aberrações do século XIX”.

Quando FERRI assim se manifestava, cuidava dos horrores da segregação celular absoluta, tal como a concebia o sistema de Filadélfia ou pensilvânico. Era o preso enclausurado como uma fera, quasi sem ar, sem luz, sem poder avistar outras criaturas humanas. Imaginava-se, com isso, subtraí-lo ao contato corruptor de companheiros mais pervertidos do que ele, ou tão pervertidos como ele, porque a convivência dos maus é sempre perniciosa. O que se conseguia, entretanto, era transformar o sentenciado numa criatura fora da substância humana, diferente dos homens comuns, não regenerado, mas gravemente prejudicado em sua saúde, do corpo e do espírito, pressuposto indispensável do melhoramento moral.

Realmente, a cela, utilizada com esse rigor, constituia uma demonstração de impiedade, e bem se compreende o movimento filantrópico de reação que se lhe opôs. Já no sistema de Auburn passou a ser o que na verdade deve ser: o dormitório do recluso, em que ele, subtraído à promiscuidade nefasta, permanece apenas de noite segregado, após o labor em comum durante o dia. E assim continuou a ser a cela entendida no regime progressivo ou irlandês, com a restrição de que foi julgado necessário um inicial período, não pequeno, de isolamento absoluto. CROFTON, entendendo ser excessivo o lapso inicial de segregação celular absoluta que esse sistema estabelecia para o sentenciado, reduziu-o a nove meses.

Observamos, no art. 30 do nosso Código Penal, que o isolamento celular absoluto se circunscreve ao lapso de três meses: “No período inicial do cumprimento da pena de reclusão, se o permitem as suas condições pessoais, fica o recluso também sujeito a isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses”. Não é estabelecida, porém, essa segregação em caráter de inflexível obrigatoriedade. Há, no texto, uma ressalva benevolente, ao dispor-se que a providência dependerá das condições pessoais do sen-

tenciado. Cabe à administração penitenciária dispensar do período de isolamento, em certos casos de reclusão, aqueles cujas condições pessoais sejam infensas à medida, que na verdade representa dura provação, ainda quando se evite como tal encará-la.

Com efeito, destina-se esse período de segregação absoluta à observação direta do sentenciado. No seu isolamento, é ele visitado pelos órgãos competentes da administração penitenciária, encarregados do seu minucioso conhecimento. Recebe assistência moral. E, através de todos esses cuidados, se colhem elementos para a determinação do conveniente tratamento penal que posteriormente lhe será imposto. E' natural que esse período seja restringido ao estritamente necessário para tais fins. Só se compreenderia a segregação absoluta com prazo fatal, se o seu objetivo fosse o castigo.

A esse respeito, é notável o progresso representado pelo novo Código Penal, relativamente ao sistema do anterior, que preceituava perdurasse o período inicial de segregação absoluta por vezes até dois anos, em correspondência à duração da pena.

O isolamento celular é dispensado na pena de detenção. E esse é um dos traços característicos que distinguem as penas de reclusão e detenção, em nosso Código. De outro traço característico tratarei mais adiante, mas a ele acenarei desde logo: refere-se à qualidade do trabalho penitenciário. O trabalho do recluso não está subordinado à sua eventual preferência. Quanto à pena de detenção, permite-se que o detento, dentro das possibilidades materiais do estabelecimento, escolha o trabalho penal, contanto que tenha fim educativo.

Que representa um progresso a restrição ao uso da cela, não há dúvida. O moderno direito penal foge cada vez mais à antiga preocupação expiatria e punitiva. Independentemente, porém, de tal consideração, mesmo para aqueles que insistem em ver na pena a retribuição do mal pelo mal, ainda se justifica essa tendência a evitar a cela. O

Código Penal italiano ainda muito tem em apreço o caráter aflitivo da pena. Reiteradas manifestações nesse sentido encontramos nos relatórios ministeriais de Rocco, não só a propósito do Código Penal como acerca do Regulamento Penitenciário. Entretanto, pondera Rocco, o seguinte, ao justificar o reduzidíssimo emprego da cela no sistema inovado em seu país: “Acreditava-se que a solidão forçaria o homem à meditação e a um recolhimento quase místico, mas teve-se de reconhecer que ela reforçava as tendências anti-sociais do condenado, tornando mais penosa e mais difícil a sua readaptação à vida social”.

Também na Bélgica se cogitou de excluir, quanto possível, a cela, na grande reforma penitenciária realizada sob os auspícios do cientista VERVAECK.

Observa-se no Código Penal brasileiro não haver mais a antiga referência, constante da legislação revogada, à obrigatoriedade do silêncio a partir do segundo período de cumprimento da pena privativa de liberdade. O Código não recomenda o silêncio, nem expressamente o exclue. A omissão, todavia, nos leva a crer que o legislador considera a obrigatoriedade do silêncio como inconveniente ao processo de ressocialização do delinquente.

Em São Paulo, no regime da lei anterior, que determinava que o preso permanecesse em silêncio no trabalho em comum, não era cegamente obedecida a advertência legal. Tolerava-se, com bom senso, certa relatividade, deixando-se de exigir, do sentenciado, o silêncio absoluto, que poderia concorrer para prejudicar o tratamento penitenciário.

#### AS PENITENCIÁRIAS AGRÍCOLAS

O que, entretanto, mais nos deve preocupar na análise dos novos textos, encarados como diretrizes para a futura reforma penitenciária, é a matéria da qualidade e variedade dos estabelecimentos convenientes ao cumprimento das penas privativas de liberdade. Procuremos interpretar o

Código Penal, conhecer-lhe o espírito e ver quais devem ser, no futuro, as prisões no Brasil. E a nossa mente é, desde logo, levada a apreciar o vivíssimo debate que se trava acerca das penitenciárias agrícolas.

Muito se fala, em nosso país e no estrangeiro, de alguns anos a esta parte, acerca das virtudes das penitenciárias agrícolas. E a propósito se faz inevitável e lógica remissão às vantagens do labor ao ar livre. O trabalho “all’aperto”, segundo a expressão tradicional em ciência penitenciária, era um dos postulados fundamentais da Escola Positiva, uma das preocupações máximas de FERRI, que entendia, com toda razão, que o contato do delinquente com a natureza é benéfico à sua regeneração. Benéfico do ponto de vista moral, quando não o fosse (e o é realmente) do ponto de vista físico e fisiológico, dando solução a inúmeros problemas oriundos da confirmação de seres humanos dentro de muros que lhes tolhem a liberdade infinitamente mais do que é preciso.

Ora, não podemos desconhecer as virtudes das penitenciárias agrícolas. Já NOÉ AZEVEDO, em magistral palestra, fez o histórico do notável presídio de Witzwill, na Suíça, realizado pela pertinácia de KELLERHALS, que o construiu sobre um pântano drenado pelo esforço dos reclusos. Modelar se tornou esse estabelecimento penitenciário, que se mantém com os próprios recursos, originários da diuturna faina dos sentenciados, tendo constituído sólido pecúlio, em palpável prova da boa orientação econômica, além da excelente orientação reeducativa, dos métodos ali praticados.

Esse exemplo frutificou no mundo todo. Os Estados Unidos copiaram Witzwill, edificando um presídio que até no nome se inspirou na penitenciária suíça: o “Indianawitzwill”. A “State Farm Prison” também aplica o sistema suíço das colônias agrícolas. Em 1934, a “Revista Penal y Penitenciária”, de Buenos Aires, publicava, acerca desse modelar estabelecimento presidiário, um relatório-reportagem do professor ANCHORENA. O ilustre catedrático de Direito Penal mostrava, com exuberância, o seu entusiasmo

pelo que vira, no ano anterior, no presídio de Witzwill. Pois bem, em 1940, é o mesmo professor ANCHORENA quem pronuncia o discurso de inauguração da Colónia Penitenciária de Las Pampas, na Argentina, a primeira das construídas naquela republica, apesar de se tratar de um país intensivamente agrícola. Em Portugal notabilizou-se, entre os presídios, a Colónia Penal Agrícola de Sintra, à qual se refere com elogios ARÍ DOS SANTOS, no livro “Como nascem, como vivem e como morrem os criminosos”. No Brasil, é para nós todos motivo de orgulho o surto admirável da Penitenciária Agrícola de Neves, em que se nota uma vida de relativa liberdade, tanto quanto é possível permitir-se a homens que devem cumprir uma pena de privação da liberdade. E em São Paulo, onde notáveis iniciativas em matéria penitenciária se vêm verificando, graças aos esforços do Sr. Secretário da Segurança e diretor geral efetivo da Penitenciária, dr. ACCÁCIO NOGUEIRA, também possuímos hoje a Penitenciária Agrícola de Taubaté, que se destina ao cumprimento do terceiro estágio da pena, constituindo, portanto, um prolongamento da Penitenciária Central, da Capital.

#### NECESSIDADE DAS PRISÕES FORTES

Essa direção ao campo é acertada. Não se podem contestar as virtudes do trabalho ao ar livre, como processo de regeneração do delinquente. Não nos enlevemos, porém, excessivamente, pelas seduções dessa modalidade de estabelecimentos penitenciários, tão excessivamente que nos esqueçamos da necessidade das prisões fortes, que devem ser mantidas, também, para o cumprimento das penas privativas de liberdade. Devem estas começar pelo aprisionamento nas sólidas construções presidiárias fechadas, em que seja possível a observação imediata e meticulosa do delinquente, num contato mais direto e mais íntimo com os órgãos competentes, para os estudos técnicos e científicos. Nem se poderia, desde logo, confiar, levianamente, em indivíduos que se não conhecem, dando-lhes, no trabalho rural,

a facil possibilidade de fuga, que desmoralizaria inteiramente a organização repressiva.

O próprio CROFTON, ao aperfeiçoar o sistema irlandês, colocou a penitenciária agrícola numa determinada fase do processo regenerador do delinquente. Entendia que no mínimo por seis meses todo preso devcria ser encaminhado à faina rural, mas isso depois de haver cumprido parte da pena em penitenciária industrial. E recentemente, em artigo publicado na “Rivista di Diritto Penitenziario”, o penitenciarista DVORZAK acentuava que o trabalho agrícola não deve ser concedido a todo e qualquer sentenciado, mas como um prêmio a seu esforço no sentido de obter o aperfeiçoamento moral.

Todos os grandes estabelecimentos agrícolas do mundo — e isso é capital para bem nos orientarmos — mantêm secções industriais. Assim é em Witzwill, onde tudo se fabrica de que têm necessidade os reclusos: camas de ferro, moveis, vestuário, etc.. Antes de serem encaminhados ao trabalho “all’aperto”, são os sentenciados observados cuidadosamente, durante tempo mais ou menos prolongado, na labuta industrial a que se dedicam.

E mesmo Neves não é exclusivamente um presídio agrícola. Na “Revista Forense” foi publicado um artigo do pranteado desembargador paranaense HUGO SIMAS, relativo à visita que teve oportunidade de fazer à Penitenciária de Neves. Alude, com fervorosa admiração, àquela semi-liberdade em que vivem os sentenciados no trabalho ao ar livre.

A vigilância é realizada por presidiários que se confundem com os companheiros, dispensando-se a presença de funcionários. Duas vezes por dia um caminhão transporta a Belo Horizonte (Neves se encontra a quarenta quilómetros da Capital mineira), produtos agrícolas do estabelecimento, e traz de Belo Horizonte os suprimentos necessários. Esse transporte é feito pelos sentenciados. Mas Neves também possui prisões fortes e oficinas mecânicas, em que são empregados, nos primeiros tempos da pena, os sentenciados que para ali vão ter.

### CONJUGAÇÃO DE ESFORÇOS

Nas linhas mestras que nos nortearão em matéria penitenciária, é interessante o preceito do art. 29 § 3.º do Código Penal: “As penas de reclusão e de detenção impostas pela justiça de um Estado podem ser cumpridas em estabelecimentos de outro Estado ou da União”. A possibilidade de conjugarem diversas unidades federativas os seus esforços para fundar instituições de execução da pena, que sirvam a todas, muito concorrerá para a solução do problema penitenciário em nosso país.

A reunião de diversos estabelecimentos num só lugar foi aventada na Itália, em cuja capital, de uns anos a esta parte, se organiza a Cidade Penitenciária. A Cidade Penitenciária de Roma, como foi projetada, conterà toda a variedade de estabelecimentos presidiários, desde os destinados à prisão provisória até os de cumprimento das penas privativas da liberdade, quer para homens, quer para mulheres, havendo evidentemente, como é essencial, a mais completa separação entre sentenciados do sexo masculino e do sexo feminino.

No Brasil não seria facilmente praticável a criação de cidades penitenciárias para atender às necessidades de vários Estados, em matéria repressiva. A vastidão territorial seria, para isso, um obstáculo. Difícil seria, senão o próprio transporte do condenado, pelo menos a realização das visitas periódicas das pessoas amigas e da família, elemento que se não deve excluir ao objetivar-se a reintegração social do delinquente. Feita essa ressalva, deve-se reconhecer que o sistema de centralização é economicamente vantajoso, pois se tornam mais acessíveis as instalações técnicas custosas e possibilita-se mais estreito intercâmbio entre as administrações penitenciárias, o que é de real valia para o aperfeiçoamento dos métodos.

## OS REFORMATÓRIOS

Depois de haver declarado que, se o permitirem as suas condições pessoais, o preso ficará segregado na cela durante o tempo máximo de três meses, estipula no § 1.º o art.º 30 do Código Penal: “O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou em obras ou serviços públicos, fóra dele”. E prossegue o parágrafo imediato: — “O recluso de bom procedimento pode ser transferido para colónia penal ou estabelecimento similar”. Não se diz “colónia penal agrícola”; mas “colónia penal” é expressão que nos induz a pensar nas colónias agrícolas, visto que colónias penais são quasi sempre as colónias agrícolas. Parece, portanto, que o nosso legislador cogitou da colónia penal agrícola como um terceiro período de cumprimento da pena privativa da liberdade.

Observe-se a alusão a “estabelecimento similar”. Deixou aquí o legislador brasileiro margem de iniciativa para que outros tipos de estabelecimentos presidiários se construam em nosso país. Interessante experiência a fazer, não para o cumprimento de um só estágio da pena, e visando-se determinadas categorias de sentenciados, especialmente os condenados à pena de detenção, seria tentarmos o sistema dos reformatórios norte-americanos.

Em 1896, surgiu nos Estados Unidos o célebre reformatório de Elmira. À sua frente, encontrava-se, e ali permaneceu por 24 anos, o grande BROCKWAY. Conseguiu ele verdadeiros milagres nesse instituto, depois imitado por outros numerosos estabelecimentos daquele país. Seriam princípios fundamentais da sua organização, em primeiro lugar, a rigorosa seleção dos sentenciados submetidos ao seu tratamento penal. Só deveriam ser recebidos os delinquentes primários, em relação aos quais houvesse fundada esperança de correção moral. Em segundo lugar, ali se applicaria a pena indeterminada. Encaminhado para Elmira, o sentenciado só poderia sair do reformatório depois de demons-

trada a sua regeneração. Havia, realmente, um limite (e por isso se deve dizer que a pena não era absolutamente indeterminada e sim relativamente indeterminada), fixado na duração máxima da pena, abstratamente cominada na lei para o crime praticado. Mas, sem falar nesse limite extremo da pena, estava ao alcance do recluso, pela persistência no bom procedimento, a obtenção da almejada liberdade. A sentença indeterminada produziu ótimos resultados.

O regime, em Elmira, não era, como se pode desprevenidamente supor, excessivamente mitigado e sentimental. Quando se fala em reformatório, imagina-se um estabelecimento em que a mansidão e a suavidade sejam as únicas normas. Não, BROCKWAY teve ocasião de dizer que o sentimentalismo era como que uma viga podre em um edifício, pois — explicava — carcome as outras vigas e provoca a ruína. Tão severo era o diretor de Elmira e tantas vezes teve ocasião de empregar os castigos corporais, que, certa vez, sofreu rude campanha dos jornais de Nova York, e foi preciso que, para apaziguar os ânimos, uma lei declarasse que os castigos corporais eram necessários naquele reformatório, a juízo do seu diretor.

Não era, portanto, um regime de franca benevolência. Mas em BROCKWAY havia um grande empreendedor. Ele era, como devem ser todos os administradores de prisões, um profundo conhecedor da natureza humana, provido de admirável senso psicológico, de um poder de intuição que muito o auxiliava no revigoramento dos sentimentos morais embotados daqueles que tinha sob a sua providencial tutela.

Com esse cuidado voltado à seleção do pessoal penitenciário, do ponto de vista intelectual e moral, se devem organizar as nossas prisões.

Uma das características interessantes do sistema de Elmira era a sua militarização. Os reclusos constituíam um completo regimento, em que se efetuavam promoções e degradações à vista do público, para que cada vez mais se esti-

mulasse o senso de dignidade dos que se haviam abastardado na prática de um crime.

No Brasil, bem poderíamos tentar o sistema dos reformatórios, restrição feita, como facilmente se compreenderá, à possibilidade do emprego dos castigos corporais, contra os quais decididamente me insurjo. O sistema desses reformatórios era, em última análise, o que se aplica à correção dos menores delinquentes. Por que não tentar, em relação a homens que delinquiram pela primeira vez, métodos cabíveis a menores que se estream no crime?

### O LIVRAMENTO CONDICIONAL

A sentença indeterminada, nós não a possuímos, em suas formas típicas, como a definem os doutrinadores. Entretanto, a sentença penal, em nosso meio, não é rigidamente determinada, dada a aplicação que fazemos do instituto do livramento condicional. A frase de GARRAUD de que “o livramento condicional dá ao preso as chaves da prisão” é uma verdade no Brasil, cujo Código Penal estabelece que após o cumprimento de mais de metade da pena pode o recluso reconquistar condicionalmente a liberdade.

O êxito da nossa futura organização penitenciária muito dependerá dos cuidados que dirigamos à execução desse instituto. Não deve o livramento condicional ser concedido automaticamente. E' preciso que ele constitua realmente um prêmio à boa conduta. O atual Código já não se satisfaz, como acontecia com o anterior estatuto, com sinais de regeneração. Peremptoriamente exige a demonstração de haver cessado a periculosidade do sentenciado. E' mister que os Conselhos Penitenciários, que, por expressa disposição de lei, devem sempre opinar acerca de cada pedido de livramento condicional, sejam providos dos mais amplos e eficazes meios de conhecimento da pessoa do sentenciado, para que só seja beneficiado com a medida legal aquele que realmente a mereça.

São Paulo encontra-se, a esse respeito, na vanguarda. Existe em nossa Penitenciária o Instituto de Biotipologia Criminal.

O movimento científico para o conhecimento da pessoa do sentenciado nasceu com a iniciativa de VERVAECK, empreendida na Bélgica desde 1907. Ali começaram a aparecer os anexos psiquiátricos, as clínicas de estudos antropológicos, biológicos e psicológicos da pessoa do sentenciado. E depois espraíram-se esses institutos para a Baviera, para a Prússia e foram ganhando terreno nas mais adiantadas nações do mundo.

O Brasil não permaneceu indiferente a esse movimento. A nossa Penitenciária organizou também o seu laboratório de Biotipologia, que, destinando-se a estudar o indivíduo criminoso, fornecerá ao Conselho Penitenciário muitos dos dados de que carece para continuar na individualização administrativa da pena, através da conveniente aplicação do instituto do livramento condicional.

Em três aspectos se desdobra a tarefa da individualização da pena. Individualiza-se a pena na fase legal ou jurídica, quando a lei a comina em maior ou menor intensidade para cada modalidade criminosa encarada em abstrato. Individualiza a pena o magistrado criminal, quando a impõe, tendo em atenção as condições peculiares do delinquente. Mas aí não deve parar a individualização da pena. Deve prosseguir no cárcere, através de constante observação do sentenciado. E deve prosseguir, ainda, no momento em que, através de um processo consciencioso de seleção, se distinguem e premeiam aqueles que merecem o livramento condicional.

Entendo mesmo que esse trabalho de observação da pessoa do sentenciado deve ainda continuar fora do cárcere, depois que lhe seja concedido o livramento condicional.

Nos Estados Unidos existem os fiscais da liberdade condicional, que, ao lado da ação protetora, de assistência, dos patronatos, seguem de perto a vida extra-carcerária daquele que, às vezes mal aparelhado para a liberdade, acaba de

sair do cárcere. Não convem deixar o condicionalmente liberto sem qualquer fiscalização. Devemos procurar certificar-nos da maneira pela qual ele usufrue o benefício que lhe é concedido, para impedi-lo de voltar ao crime, para trazê-lo, se preciso, ao cumprimento integral da pena, se não se conduzir como bom cidadão na vida social. Nem esperemos que torne a delinquir. Impeçâmo-lo de fazê-lo, coibindo-lhe para isso as oportunidades, através da ação desses fiscais que eu prevejo convenientes à boa execução do livramento condicional.

### O TRABALHO PENAL

Entre as diferenças fixadas na legislação brasileira acerca das penas de reclusão e detenção, está a de que o detento tem a faculdade de escolher, evidentemente segundo as possibilidades dos estabelecimentos penitenciários, o trabalho penal.

O trabalho é uma imperiosa necessidade no cárcere. Os ingleses têm um provérbio que judiciosamente informa: “a mente desocupada é a oficina do demônio”. Para ser possível a regeneração do delinquente é preciso que ele se entregue a uma ocupação útil, que lhe constitua um meio de cura, impedindo-o de voltar aos seus antigos maus pensamentos, às suas diabólicas maquinações, e que lhe favoreça a obtenção de meios para viver honestamente depois que saia do cárcere. Na ociosidade, que é mãe de todos os vícios, está muita vez a razão dos crimes. E’ quasi sempre a relutância a entregar-se a um trabalho honesto que a certos indivíduos cria o ambiente moral propício a delinquir. O trabalho penal, visando a regeneração do delinquente, deve também colimar a sua ressocialização, no sentido de que lhe torne possível mais tarde uma vida proveitosa à sociedade, como elemento útil integrado à comunhão social.

Mas os presídios não devem ser um peso morto nos orçamentos do Estado. E’ preciso que sejam compensadoras as ocupações do presidiário. Pela sua natureza e pela apti-

dão que produza, deve o trabalho poder ser-lhe vantajoso de futuro, como arma eficaz de luta pela subsistência. Deve ainda proporcionar-lhe equitativa remuneração, com a qual paulatinamente se forme o seu pecúlio, disponível e de reserva, segundo a técnica usual, adotada em nossa Penitenciária. Essas modestas economias servirão às suas necessidades imediatas e de sua família. E quando o presidiário reconquistar a liberdade, serão um elemento de probabilidade da sua vitória sobre as primeiras vicissitudes.

Cumpre, por outro lado, que o trabalho penal, sendo compensador, permita às prisões viverem por si próprias. Os ingleses, dotados de muito senso prático, querem que as prisões se subordinem ao princípio do “self-supporting”. Com esse pressuposto, têm empregado sentenciados em grandiosas obras públicas, fazendo-os construir diques, portos, edifícios públicos, etc.. Nos Estados Unidos, tem sido praticado o sistema das prisões federais em forma de acampamento, graças ao qual importantes obras públicas têm sido realizadas.

O trabalho penal, na futura organização penitenciária do Brasil, atendendo, como deve atender, a esses alvitreiros da experiência penitenciária, terá ainda de atentar à distinção, que a lei estabelece, entre as penas de detenção e reclusão. Deve ser bastante variado, em suas modalidades, o trabalho penitenciário, para que bem se individualize o tratamento penal, que se realiza, na sua maior parte, através do exercício de sãs ocupações. E não só: também para que, na medida do possível e como quer a lei, se faculte ao detento — o que sofre a pena de *detenção* — escolher o trabalho que lhe seja mais atraente e proveitoso.

#### ASPECTOS DA PRISÃO PROVISÓRIA

A prisão provisória é a ante-câmara do cárcere definitivo. Poderá ser também a ante-câmara da liberdade, uma vez que, preventivamente preso, para fins processuais, pode ser inocente o indiciado.

E' esta mesmo uma das razões pelas quais tanto se combateu em todo o mundo o instituto da prisão preventiva. Eu a encaro, neste momento, "lato sensu", como sendo toda e qualquer prisão realizada antes de sentença condenatória transitada em julgado. E' evidente que, muitas vezes, a prisão preventiva representa grave injustiça, como limitação ao direito individual à liberdade. No interesse social, é o cidadão lesado nesse importante bem jurídico, que é a liberdade corpórea, porque se vai fazer a investigação de um crime e se recia a sua fuga ou que de outro modo perturbe a ação da justiça.

ORTOLAN, em frase sempre lembrada, acentuou que a prisão preventiva é uma fatal necessidade. E como necessidade, os processualistas se têm esforçado em restringi-la o máximo possível, em circunscrevê-la a precisos limites.

Esses limites, ditados pela necessidade, devem ser observados não só na predeterminação dos casos excepcionais em que será permitido ao magistrado criminal decretar a prisão para fins processuais, como também através da maneira pela qual se deve ela executar. O que significa que os estabelecimentos de prisão provisória, a que chamamos vulgarmente "cadeias públicas" e hoje, nas capitais, "casas de detenção", devem evitar todo rigor que não seja absolutamente imprescindível à disciplina.

Sob esse princípio norteador se devem organizar as casas de prisão provisória.

Convem chamar a atenção para a impropriedade atual do nome "casa de detenção", visto que a detenção é, no vigente direito penal brasileiro, uma pena, e tais estabelecimentos não se destinam essencialmente ao cumprimento de pena. A meu ver, poder-se-ia dar-lhes o nome que têm na Itália — prisões judiciárias; ou então: estabelecimentos de prisão provisória ou presídios provisórios, evitando-se, como quer que seja, o nome "casa de detenção", que dá idéia de instituto para o cumprimento da pena intitulada *detenção*.

Não é, porem, o nome o que mais importa. Não nos esqueçamos, nos regulamentos adequados a tais estabeleci-

mentos, de evitar demasias de severidade, incompatíveis com a sua destinação, como ficou frisado.

Interessante paralelo se encontra, num artigo publicado na “Revue de Droit Pénal e de Criminologie”, entre o sistema da Bélgica e o da Itália. Na Itália — bem ao contrário das tendências verificadas naquele outro país — veemente reação se faz sentir contra o mundial liberalismo a propósito da execução da prisão preventiva, e medidas draconianas foram adotadas, as quais o ministro Rocco procura justificar em seu relatório que precede o Regulamento Penitenciário. Basta, de relance, salientar que o próprio advogado do preso, para avistar-se com o seu constituinte, precisa de autorização do juiz. A correspondência do indiciado deve ser submetida ao “visto” do magistrado à cuja disposição se encontra. E a lei nem sequer faz ressalva expressa, como seria razoável fizesse, acerca do indispensável direito que deve ter o advogado de corresponder-se, a todo e qualquer momento, por escrito, senão verbalmente, com o seu constituinte. Parece, dada a omissão, que a correspondência do advogado também não se livra do “visto” do magistrado.

O trabalho é imposto ao preso durante determinadas horas, que quase lhe tomam o dia todo. Se não lhe tomam o dia todo, é porque parte do tempo disponível é aplicado na obrigatoriedade da frequência à escola, quando se trate de pessoa iletrada.

Dir-se-á que o trabalho é vantajoso, que a instrução é um benefício. Mas não é justo forçar a um e a outra indivíduos cuja culpabilidade não foi ainda comprovada legalmente, e que por isso não devem sofrer, como obrigação imposta, restrição além das verdadeiramente imprescindíveis. E’ de se não esquecer que todo esse tempo retirado à reduzida parcela de liberdade que sobra ao preso provisoriamente, ele não pode empregar no preparo da sua defesa, nos cuidados que deve votar ao processo-crime em que figura como protagonista principal.

Quaisquer medidas que possam prejudicar o direito de defesa devem ser declaradas nocivas e imediatamente proscritas. A prisão provisória requer, sem dúvida, ordem. As restrições disciplinares são, às vezes, imprescindíveis, mas devem pautar-se por estrita moderação.

### O IDEAL DA REGENERAÇÃO

O nosso Código Penal não se manifestou de forma peemptória, nem lhe cumpria fazê-lo, sobre este grave problema doutrinário: se a pena é um castigo, se a pena é principalmente ou exclusivamente um meio de regeneração. Isso não impede, entretanto, que o interpretemos de acordo com as suas diretrizes progressistas. A pena não deve ser encarada como um castigo. Por certo, aquele que a sofre como tal a receberá. Não tenhamos, porem, a preocupação de lha fazer sentir como um castigo, como a retribuição do mal pelo mal. Procuremos, na medida das nossas possibilidades, humanizá-la cada vez mais, na convicção de que assim prestaremos valioso serviço à coletividade.

É, em primeiro lugar, um dever de seres civilizados que vivem no século XX. É, além do mais, salutar cautela de carater preventivo. Porque a cura daquele que delinuiu interessa muito mais à defesa coletiva do que a sua punição.

Assim, inspirêmo-nos sempre no ideal da regeneração do criminoso. Não desesperemos de conseguí-la. Alcemos como lema da nossa futura organização penitenciária aquele que LÉON BELYN, eminente pênitenciarista belga, quis colocar à frente dos institutos penitenciários do seu país: “Espoir, toujours!” Tenhamos a infatigável esperança de conseguir a readaptação social dos delinquentes.

# O Contratualismo — Posição de Rousseau e Kant

*Miguel Reale*

O contratualismo, a explicação da ordem jurídica como simples resultado de um encontro de vontades, constitui, ainda hoje, um tema inexgotado e, sob vários aspectos, uma questão aberta, tais e tantas são as divergências entre os mais sagazes intérpretes do pensamento de ALTRUSIO, GRÓCIO e seus continuadores.

Não conheço, e penso mesmo que ainda não foi escrita, uma obra, que nos ofereça das várias teorias contratuais uma síntese poderosa e, ao mesmo tempo, viva, pela riqueza dos particulares e a justa compreensão de cada autor em face de seu tempo e no conjunto do processo histórico.

Um trabalho dessa natureza está nos fazendo grande falta para compreensão melhor do movimento ideológico-sentimental que constituiu uma das tendências fundamentais daquela que, pomposamente, se denominou “cultura moderna”.

Realmente, impossível seria penetrar na essência do pensamento jurídico post-renascentista sem a análise aprofundada do contratualismo, cujas raízes se prolongam até ao mundo helênico (1), mas que só chegou a representar a

---

(1) Como já foi posta em dúvida esta minha afirmação, aliás banal para os conhecedores de História da Filosofia do Direito, lembro aqui estas máximas de EPICURO: “A justiça não tem existência por si, mas existe sempre nas relações recíprocas, onde quer que haja um pacto de não se fazer e de não se sofrer dano. Entre os animais, que não puderam estipular contratos para não fazer nem sofrer danos, não se verifica o justo ou o injusto; e assim também entre os povos que não quiseram realizar acórdos para não se

nota dominante das concepções jurídico-políticas depois da Idade Média, desde quando se procurou explicar a sociedade em razão do *indivíduo* e, especialmente, em razão de sua vontade.

De tal ordem é a preeminência dessa doutrina, que não será exagêro dizer que a história do contratualismo é a história mesma da cultura jurídica individualista burguesa. Representando, de início, uma simples justificação, muitas vezes implícita, da origem e da autoridade do Governo (*pactum subjectionis*), a idéia do contrato social veio se transformando, aos poucos, na explicação originária da própria sociedade e do Estado (*pactum unionis civilis*), à medida que o individualismo se afirmava como tendência peculiar da época. Ao mesmo tempo, esse potenciamento da doutrina exigia explicações mais refinadas e sutis, de sorte que o primitivo contratualismo, que repousava sôbre a crença na historicidade do “estado de natureza” (*contratualismo de carater histórico*, que ainda é o de GRÓCIO e de LOCKE) se converteu em uma explicação racional da ordem jurídica sôbre um pressuposto de ordem psicológica (*contratualismo como pressuposto psicológico*, tal como nô-lo apresentam HOBBS e ROUSSEAU), para, afinal, sublimar-se em um méro pressuposto lógico, em uma ficção racionalista (*contratualismo de ordem lógica*, de KANT e FICHTE).

Côm isto, ao sabor dos acontecimentos, segundo múltiplas e contraditórias conjunturas políticas, religiosas e econômicas, o contratualismo veio assumindo sentidos diversos, ora pessimista sôbre a natureza humana nas conclusões estatistas de HOBBS, contemporâneo dos STUARTS autoritários, ora otimista quanto aos indivíduos, mas desconfiado do poder dos Governos na obra de LOCKE, contemporâneo de GUILHERME DE ORANGE, o primeiro monarca constitucional... E, assim, cinco séculos seguidos, ao influxo das mutações da história moderna, mal podemos acompanhar essa aventura e desventura de um conceito.

---

prejudicar. O direito segundo a natureza é sinal da utilidade de não se fazer nem receber dano”. Cfr. *Massime Capitali*, 31, 32, 33, trad. BIGNONE.

Nem se diga que KANT e FICHTE concluem a curiosa e irregular trajetória. O século XIX, à primeira vista tão infenso ao contratualismo, não o abandona de todo, pois, se repele as suas premissas por ilógicas, não quer se separar das últimas conclusões que delas resultaram. Como foi bem observado por JELLINEK, todo o Estado Moderno foi influenciado pela teoria contratualista da maneira mais profunda. As sentenças fundamentais dos partidos liberais, políticas e econômicas, foram elaboradas sob a sua inspiração, mas não deixaram de ser, depois, paradoxalmente defendidas pelos mais apaixonados destruidores das premissas contratuais...

Não é só. A própria idéia ressurgiu sob roupagens novas, atuando no bojo de teorias que lhe pareciam ser de todo em todo contrárias. Em minha tese sobre os “Fundamentos do Direito”, penso ter mostrado as inegáveis ligações existentes entre o contratualismo e a Escola Histórica de SAVIGNY, notando a atualidade do néo-contratualismo de BIERLING. Fiz ver o caráter especialíssimo da doutrina da *crescente contratualização da sociedade* exposta por SUMNER MAINE e SPENCER, a qual transfere o contrato, do início para o fim da vida social, de sorte que aquilo que, antes, era fonte de juridicidade passa a ser termo final do processo evolutivo (*contratualismo “in fieri”, de processo*) (2).

Eis aí algumas notas perfunctórias, porém, bastantes para nos convencer da ousadia de quantos vêm no contratualismo um simples “equivoco” felizmente desfeito, um mau sonho de filósofos esquecidos das verdades elementares que condicionam todo fenômeno de convivência. O curioso é que aqueles que mais desdém manifestam pelo estudo das teorias contratualistas são, em geral, os que mais se mantêm fieis às conclusões das esquecidas premissas..

A que se deverá atribuir essa desconfiança contra o contratualismo, especialmente por parte de “contratualistas que se ignoram”, a ponto de não o estudar com carinho

---

(2) Cfr. MIGUEL REALE — *Fundamentos do Direito* — São Paulo, 1940, pg. 9 e segs. e 49 e segs.

e simpatia? A pergunta é cheia de indagações e de motivos profundos.

Terá sido causa da sub-estima de tão grande tema a feição paradoxal e quasi mitológica do contratualismo na obra de ROUSSEAU, — vítima, aliás, de interpretações superficiais e, não raro, tendenciosas — ou, mais genericamente, a aversão preconcebida por todos os trabalhos da chamada Escola do Direito Natural, condenada com tanto mais veemência quanto mais era ignorada? Ou devemos buscar, antes, a causa dessa inadvertência na própria pequenez da especulação filosófico-jurídica da época do primado dos “técnicos do Direito” e dos pretensos redutores da Filosofia Jurídica a um conjunto de dados sociológicos?

E’ por esses motivos e, também, porque de certas teorias não temos consciência enquanto vivemos sob a sua influência, com a mesma atitude espiritual que as tornou possíveis. Hoje que o individualismo não constitue a nota dominante do mundo jurídico, quando somos, quasi que por índole, contrários a toda explicação da sociedade apenas “a parte subjecti”, estamos em melhores condições de compreender o contratualismo, a teoria característica de uma forma de cultura que, embora confusamente, já sentimos não ser mais a nossa. Para exato julgamento dos grandes assuntos relativos ao destino do homem e da sociedade é necessário isto: entrar neles para os compreender com simpatia, e sair deles para dominá-los.

Ninguém sente mais a necessidade de refutar a teoria contratualista do ponto de vista histórico e sociológico, sendo, porém, já tempo de reconhecer que, dentro do sistema cultural burguez e individualista, ela representou a mais importante e “natural” justificação do Estado. Posta a exigência de explicar o fenômeno estatal sob o ângulo visual do indivíduo, era lógico que se recorresse, como caminho mais plano, à idéia de que o Estado é méro resultado de um encontro de vontades individuais. Demonstrado que a sociedade política resultara de um ato dos próprios indivíduos, concientes da necessidade da ordenação comum,

resolvido ficava o problema da obediência às leis, com a redução do problema do fundamento da autoridade ao da “auto-obrigação dos governados” (3).

Dava-se, dess’arte, conforme às tendências fundamentais da cultura burgueza, solução a um dos problemas primordiais e apaixonantes da Filosofia Jurídica, que é o da relação entre *autoridade e liberdade*, concretizado no mais particular de saber como se justifica o poder de fazer as leis e se impõe o correspondente dever de obedecê-las.

Visando explicar a relação “autoridade-liberdade”, — que, à primeira vista, parece redundar em uma antinomia, comparavel, na tela limitada do Direito, àquela que aparentemente se põe, na Filosofia Geral, entre sujeito e objeto, ou, se quizerem, entre “eu” e “não-eu” — os pensadores da “cultura moderna” apegaram-se à idéia de um contrato originário, variando as suas condições e consequências segundo os fins que tinham em mira, em função de variáveis exigências históricas. Isto é, de certa forma, explicavel quando se pensa que as doutrinas filosófico-jurídicas não são quadros separaveis do sistema cultural em que floresceram, não são meros paineis que valham por si mesmos, por conterem, no conjunto harmônico de suas linhas e côres, a “sua” realidade total, mas são, antes, expressões de vida, cujo valor se afere pela sua consonância ou correspondência com os fatos, visto serem sempre — referimo-nos, é claro, às concepções jurídicas que, como complexos de

---

(3) “Para a Escola do Direito Natural, nota GUSTAV RADBRUCH, o contrato era, como se sabe, o fundamento de todo o Direito, fornecendo a solução do problema básico da Filosofia Jurídica individualista — isto é, o problema de saber como é possível que o Direito, que foi inventado para servir exclusivamente os indivíduos, pôde também obrigá-los e vinculá-los ao mesmo tempo. Fundar o Estado, com todo o seu poder jurídico soberano, sobre a idéia dum contrato celebrado entre os seus membros, pareceu ser o suficiente para poder apresentar, em última análise, toda obrigação como uma auto-obrigação. Julgou-se encontrar, assim, na idéia de contrato social o meio que permitia reconduzir com pleno exito toda a *heteronomia* a uma *autonomia* e, dêste modo, resolver todo o direito público no direito privado”. RADBRUCH *Filosofia do Direito*, trad. de CABRAL DE MONCADA, São Paulo, 1937, pg. 207.

idéias-fôrça, atuam efetivamente no destino de um povo, — visto serem sempre momentos de história, abstrações, cujo exato e rico significado não se revela ao estudioso que as não saiba situar segundo as coordenadas do espaço e do tempo.

Era natural, por conseguinte, que a tese contratualista — de cunho individualista sempre, por fazer resultar a autoridade do fictício querer harmônico dos obrigados — encontrasse o seu clima propício na época da ascensão do individuo, cujo interesse foi posto no ápice da vida da sociedade e do Estado, como sua medida e exclusiva razão de ser.

\* \* \*

Se a concepção contratualista se harmoniza com as múltiplas tendências individualistas — e de HOBBS já se disse que ele foi tão individualista que chegou, paradoxalmente, à negação do individuo como “pessoa” para salvar e garantir a sua esfera de interesses — se o contratualismo se adaptou, com espantosa flexibilidade, às contingências dos tempos, é justo reconhecer que foi na França do século XVIII e, mais especialmente, na obra de ROUSSEAU, que a doutrina encontrou o seu filão mais fecundo e, por assim dizer, mais autêntico.

ROUSSEAU representa o ponto extremo do contratualismo na sua função fundamental de instrumento de reforma dos maus governos: depois dele, desde KANT e FICHTE, a teoria perde a fôrça propulsora, para desempenhar mais a missão lógico-explicativa da essência das sociedades bem governadas.

Na pena de ROUSSEAU, o “contrato social” é uma idéia, que não se põe como pressuposto lógico de filósofo, mas como arma de reformador político. Daí a necessidade que ele sente de argumentar dando visos de historicidade ao que é apenas conjetural, pintando o “estado natural” primeiro e o “contrato social” segundo o que psicologicamente estava mais de acôrdo com as aspirações e as necessidades

coletivas de sua época. Daí também o êrro em que incidiram quantos lhe atribuíram a infantilidade de pretender reconstituir, como historiador tresloucado, os primórdios da convivência humana.

Felizmente para ROUSSEAU e a cultura, já vái longe o tempo em que se indagava, em impagavel desafio, em que tabelião se firmára o célebre contrato...

Nada é, com efeito, tão ingênuo como atribuir ao pensador genebrino a ingenuidade de acreditar na origem contratual da sociedade. Assim como não se desconhece a poderosa força pragmática que a noção de “contrato social” assume no pensamento de ROUSSEAU, como meio eficiente de que ele lança mão para revelar os vícios do “Ancien Regime” pelo contraste com uma ordem jurídica idealizada, assim também é preciso convir que ele próprio não dá caráter histórico à sua teoria (4).

Nêsses pontos pode-se dizer que reina acôrdo entre os mais concienzosos intérpretes de suas obras. As divergências hoje em dia versam sôbre questões mais sutís, concernentes ao exato valor dado ao “contrato social”, confessadamente aceito como hipótese ou conjectura.

Segundo alguns autores, como STAMMLER, RENOUIER, LIEPMANN, HAYMANN e DEL VECCHIO, (5) o contrato é, na doutrina de ROUSSEAU, uma simples “hipótese explicativa”,

---

(4) E' o que vemos claramente afirmado logo no início de seus *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, onde se encontra esta advertência, infelizmente só muito tarde atendida: “Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question. Il ne faut pas prendre les recherches dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels, plus propres à éclaircir la nature des choses qu'à en montrer la véritable origine, et semblables à ceux qui font tous les jours nos physiciens sur la formation du monde”. (Oeuvres complètes, Paris, 1826, tomo I, pg. 36).

(5) Cfr. STAMMLER, *Economia y Derecho*, trad. de W. ROCES, Madrid, 1929, pg. 153 e segs.; JELLINECK, *La dottrina dello Stato*, trad. de M. PETROZZIELLO, Milão, 1921, pg. 417; RENOUIER, *Science de la Morale*, Alcan, I, pg. 325 e segs.; DEL VECCHIO, *Su la teoria del contratto Sociale*, 1906; SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Vol. I da *Filosofia del Diritto Privato*, Turim, 1939, pg. 111 e segs. e MIGUEL REALE, *Fundamentos do Direito*, cit. pg. 7 e segs..

de puro valor racional e lógico, sem nenhum significado empírico, não constituindo nem uma *realidade histórica* (fato sobre o qual, como dissemos, não há mais divergência) nem mesmo uma *realidade psicológica*.

Outros autores, e entre eles se destacam HÖFFDING e SOLARI, concordam com a falta de “historicidade” na construção contratualista de JEAN JACQUES, mas contestam que a sua explicação seja puramente racional e lógica. Se ROUSSEAU, dizem eles, não acreditava ingenuamente na origem da sociedade mediante um contrato, por outro lado, nunca pôs em dúvida a verdade e a realidade psicológica de sua concepção. Para ele os homens, no estado de natureza, não poderiam ser senão como ele os concebia e, o seu “homem natural”, longe de ser um produto da fantasia, sintetizava, a seu ver, da maneira mais perfeita, as tendências essenciais e puras da natureza humana.

Dentre os partidários da primeira interpretação talvez seja DEL VECCHIO o mais extremado. Não obstante algumas restrições, atendendo ao temperamento emotivo de ROUSSEAU e ao grande papel que o sentimento representa em sua vida e em sua obra, o mestre peninsular nos apresenta o criador da “Nouvelle Héloïse” como um kantista “avant la lettre”. É verdade, observa DEL VECCHIO, que o “Contrato Social” é uma obra que, pela sua estrutura extrínseca e por certos modos de dizer particulares, se insere, de um modo coerente, na escola do *jus naturae*; mas essa afinidade com a “mitologia pseudo-histórica do passado ideal” é bem mais aparente do que real.

“A representação mítica de um estado originário de liberdade e de igualdade, escreve o antigo catedrático de Roma, serve a ROUSSEAU tão somente como meio para afirmar a *validade absoluta dos princípios que lhe eram sugeridos, fóra de toda e qualquer observação ou noção histórica, pela voz categórica da consciência*” (sic) (6).

---

(6) Cfr. DEL VECCHIO, *Justice-Droit-État*, Paris, 1938, pg. 259 e, em geral, todo o ensaio intitulado “*Des caractères fondamentaux de la philosophie politique de ROUSSEAU*”. — O grifo no texto é nosso.

Com semelhante interpretação, porém, o contrato rousseauiano perde a sua força de doutrina política assente em dados emotivos indispensáveis à exigida revisão do *fato social*, para se esfriar, permitam-nos o termo, em uma concepção explicativa, “post factum”, como se entre o “Contrato Social” de ROUSSEAU e a “Doutrina do Direito” de KANT não se tivesse verificado o advento do *grande fato*, a Revolução Francesa, que o primeiro contribuiu a preparar e o segundo tentou compreender em seu significado universal.

Um escreve sôbre o Direito e o Estado *antes*; o outro, *depois* da Revolução: uma doutrina sucede à outra, não resta dúvida, desenvolvendo-se ambas no mesmo ciclo histórico, mas cada qual conserva um significado especial. Dir-se-ia que a primeira é mais força propulsora, mais pensamento em ação; a segunda é mais pensamento concentrado em si mesmo, como que posto acima do fato, dominada a ação pela análise serena e objetiva dos imperativos racionais.

ROUSSEAU prepara e antecipa, sob certos aspectos, a KANT, mas entre a teoria jurídico-política de um e a do outro ha uma experiência curta, violenta e decisiva, que os olhos já cansados do crítico insuperavel acompanharam, cheios de entusiasmo e de apreensão, tentando, à luz do que lhe parecia universal segundo os ditames de sua ética, penetrar nas linhas do novo equilíbrio contido no âmago do fato revolucionário. (7).

Apresentarmos o contratualismo de ROUSSEAU como uma concepção puramente lógica-explicativa é, pois, cousa que equivale a fazer um salto na história. Apriorista, hipoté-

---

(7) De fato, como observa CASSIRER, se KANT hauriu em ROUSSEAU a expressão teórica (*theoretischen Ausdruck*) de seu pensamento político, a sua visível eficácia prática (*ihre sichtbare praktische Wirksamkeit*) ele a encontrou na Revolução Francesa, na qual via a promessa da realização de um puro direito racional. (*Er sieht in der französischen Revolution die Verheissung der Verwirklichung des reinen Vernunftrechts*). Cfr. ERNST CASSIRER — *Kants Leben und Lehre*, Berlim, 1921, pg. 398. Escrevendo em 1793, KANT não podia deixar de interpretar a “teoria” de ROUSSEAU, sem levar em conta a “prática” revolucionária.

tico, conjectural, é, por certo, o contratualismo rousseauiano, mas tais afirmações não autorizam a afirmar, como faz DEL VECCHIO, que para ROUSSEAU o contrato social é algo comparavel ao imperativo categorico de KANT, não recebendo a sua validade do assentimento tácito ou expresso dos obrigados, por ter uma validade objetiva e universal, que independe do fato puramente psicológico da consciência, simples meio da manifestação dêsse valor absoluto.

“Assim, conclue o illustre jurista-filósofo, a máxima do contrato tem para ROUSSEAU um sentido eminentemente regulativo ou *deontológico*: o contrato fornece o tipo universal da constituição política revelado pela razão como estando em harmonia com a essência do homem, e serve, por isso, de critério para apreciar as constituições existentes. As proposições jurídicas positivas são, relativamente aos princípios fixados nessa máxima, o que são os objetos a medir para a unidade de medida”. (8)

Como já tive ocasião de afirmar, tambem penso que o contratualismo de ROUSSEAU tem um sentido deontológico, mas tal conclusão não implica na transformação do pensador francês em um precursor do formalismo ético de KANT.

No fundo, é essa a opinião dos já citados HÖFFDING e SOLARI. Este illustre mestre da Universidade de Turim, um dos mais penetrantes pesquisadores da História da Filosofia do Direito, contesta essa pretensa antecipação do imperativo categorico de KANT, mesmo porque para ROUSSEAU a verdade, antes de ser conhecida pelo intellecto, é intuita pelo sentimento.

“No meu modo de ver, observa SOLARI, o homem e o estado de natureza não são, no pensamento de ROUSSEAU, nem hipóteses fantásticas, nem postulados lógicos. A retórica e a fantasia, a que ROUSSEAU se abandona, referem-se mais à forma do que à substância da doutrina. Por outro lado, a aversão de ROUSSEAU pela razão e as construções puramente metafisicas, o valor teorético e prático reconhecido ao sen-

---

(8) Cfr. DEL VECCHIO, *Justice-Droit-État*, cit., pg. 262 e segs..

timento, as contradições mesmas em que ele se debate são incompatíveis com a interpretação lógica, formalística, unitária de seu pensamento, que não pode ser despido dos elementos empíricos em virtude dos quais adquire vida e significado histórico”. (9)

Negando, embora, o caráter lógico-formalístico do contratualismo de ROUSSEAU, e afirmando “a verdade e a realidade psicológica de sua concepção”, SOLARI não deixa de observar que o pensador genebrino é o primeiro a apresentá-la como uma *conjetura e uma hipótese*.

No mesmo sentido, mas de maior precisão, são as conclusões do eminente filósofo dinamarquês HARALD HÖFFDING no belo ensaio dedicado ao autor de “Emílio”.

Declara HÖFFDING que ROUSSEAU não teve a preocupação de conhecer uma fase histórica desaparecida, mas que, voltado para a observação de si mesmo, foi levado ao conceito psicológico da natureza. Abandonando a revelação e a história natural, ele mergulhou na contemplação do que se passa na alma humana afim de descobrir, dessa maneira, as potências e os instintos fundamentais do ser humano.

“Com isso, — declara o preclaro historiador da Filosofia Moderna — ele não visa se ocupar com uma era desaparecida; o que, antes, ele claramente percebe é que tal processo lhe permite alcançar o conhecimento de uma *hipótese psicológica* “*mais apta a lançar luz sôbre a natureza das cousas do que a mostrar a sua verdadeira origem*”. As tendências fundamentais do ser humano se manifestam mais ou menos claramente em todos os tempos. Quando ROUSSEAU denomina *estado natural* o estado no qual essas tendências essenciais chegam à sua perfeita eclosão, ele quer, com esse termo, indicar, (como ele mesmo o diz), “*un état qui n'existe plus, qui n'a peut-être point existé, qui probablement n'existera jamais, et dont il est pourtant nécessaire d'avoir des notions justes pour bien juger de notre état pre-*

---

(9) G. SOLARI, *Filosofia del Diritto Privato*, vol. I (Individualismo e Diritto Privato), Turim, 1939, pgs. 111 e seg.

sent” (Prefácio dos *Discours sur l’Origine de l’Inégalité*). Devemos, pois, nos servir de sua *hipótese psicológica* como de uma medida”. (10).

De qualquer forma, quer se considere a idéia do contrato social na obra de ROUSSEAU uma *hipótese lógica* ou uma *hipótese psicológica*, quer se interprete a sua concepção levando-se em conta os elementos de ordem afetiva, que me parecem dela inseparáveis, quer seja ela reduzida a méra criação apriorística da razão, o certo é que estamos sempre diante de uma hipótese e, o que cumpre notar, de uma hipótese valorativa, de uma *médida de valores sociais e humanos*. É esse significado deontológico dado ao contratualismo que coloca o nosso pensador em uma posição nova, de que EMANUEL KANT soube depois se utilizar para a mais clara fundamentação do Direito da época individualista. (11).

Em suma, a concepção de ROUSSEAU não pôde ser apreciada no plano da pura criação lógica, nem a idéia do contrato social como hipótese explicativa deve ser considerada resultante de uma atitude inicial de crítica de nossa faculdade de conhecer.

---

(10) HÖFFDING, *Jean Jacques Rousseau et sa philosophie*, trad. de De. Coussange, Paris, 1912, pg. 110 e seg. Em nota, na pg. 111, o autor lembra, muito a propósito, que, mais tarde, ROUSSEAU, em uma carta a USTERI, se queixou por não terem querido compreender que ele concebia o estado de natureza como uma hipótese e não como um estado real.

Mais adiante, HÖFFDING completa o seu pensamento, dizendo que para ROUSSEAU é *hipótese psicológica* tanto o “estado de natureza” como o “contrato social”. “ROUSSEAU, diz ele, considera o estado de natureza e o contrato original mais como normas, aptas a nos fazer aquilatar da normalidade da evolução social, do que como fatos históricos” (pg. 155). Note-se como HÖFFDING caracteriza, admiravelmente, o valor *deontológico* da concepção rousseauiana, dominante mas não exclusivo, reconhecendo ainda a fundamentação mais *psicológica* do que *lógica* da hipótese contratual. Não se trata, com efeito, para ROUSSEAU de uma hipótese fantástica, mas de uma conjectura assente no estudo da natureza humana.

(11) Observe-se, pelas passagens acima citadas, como tanto DEL VECCHIO como HÖFFDING consideram o contrato social uma “*unidade de medida*”, uma norma de aferição de valores no plano da ordem jurídico-social. E’ essa, na realidade, a inovação genial de ROUSSEAU.

Se ROUSSEAU não crê nas ilimitadas possibilidades da razão, não descrê do conhecimento pelas vias mais imediatas do sentimento. O “estado de natureza” e o “contrato social”, tal como ele os concebe, são expressões daquilo que, à luz pura do sentimento, lhe parece constituir a realidade humana e social autêntica, despida de todo o artifício forjado através de uma existência esquecida da espontaneidade natural.

Na época do mais impressionante desprezo pela história; no século em que VOLTAIRE sorria, sarcasticamente, do passado, vendo nele apenas “*les erreurs et les préjugés se succèdent tour à tour et chasser la vérité et la raison*”; no momento em que as poderosas hipóteses cosmológicas, como a de NEWTON, enchiam os grandes espíritos de respeitosa admiração, nada de estranho que ROUSSEAU — homem plenamente integrado no “climax” intelectual de seu tempo — almejasse lançar uma grande hipótese explicativa nos domínios da Política e do Direito, condenando, ao mesmo tempo, como inúteis e prejudiciais, os fatos históricos, como se estes não fossem a condição primordial do acerto da hipótese. (12)

Compreende-se, dess’arte, o motivo pelo qual, no citado trecho dos “Discursos sôbre a Desigualdade”, ele fala na necessidade de “*écarter tous les faits*”, e de partir de uma hipótese “*semblable à ceux qui font tous les jours nos physiciens sur la formation du monde*”. (13) Compreende-se, também, por que o “Contrato Social” se abre com um ataque violento contra GRÓCIO, acusado de recorrer frequentemente ao fato para explicar o Direito. Invocando uma passagem do marquês d’ARGENSON, ROUSSEAU diz que esse é “o método mais favorável aos tiranos”, e que é por isso que o

---

(12) Vide em meu livro *Formação da Política Burguesa*, São Paulo, 1934, o capítulo “A religião da natureza e a anti-história”.

(13) Cfr. nota 4 supra. Não entendo por que se costuma citar a referida passagem dos “Discursos” suprimindo-se a referência às hipóteses cosmológicas, tão densa de significado.

direito público não passa, geralmente, de “*l’histoire des anciens abus*”. (14)

Como se vê, o apriorismo de ROUSSEAU, a abstração dos dados históricos, e a sua preferência por argumentos conjecturais baseados em elementos intuitivamente alcançados, tudo é apenas o caso particular e, digo mesmo, *exponencial* de uma atitude generalizada do espirito na França do sec. XVIII: no século anti-histórico por excelência ele fez “*tabula rasa*” da história social, transformando a velha idéia do “contrato social” em uma hipótese explicativa da ordem humana, análoga às concebidas pelos físicos para a explicação da ordem cósmica.

\* \* \*

A prova mais convincente de que a forma cultural do século das luzes era favorável à idéia de fundar a ciência política sôbre uma hipótese nos é dada pelos “Comentários sôbre as leis inglezas” de W. BLACKSTONE, obra reconhecidamente eclética e que, talvez, pelo seu ecletismo, clareza e moderação, tão poderosa e larga influência exerceu nos primórdios do constitucionalismo europeu e americano.

Pois bem, BLACKSTONE, que rejeita a formação histórica da sociedade mediante um contrato, sente a necessidade de aceitá-lo como um pressuposto “segundo a natureza e a razão”:

“Si bem que a origem das sociedades não provenha formalmente de convenções de indivíduos determinados pela necessidade e pelo medo, é, contudo, o *sentimento* de sua fraqueza e de sua imperfeição que *mantém* os homens em sociedade, que lhes demonstra a necessidade dessa união e que é, por conseguinte, o fundamento sólido e natural, assim como o cimento da sociedade civil. E é isso que nós entendemos por contrato social pri-

---

(14) Cfr. *Du Contrat Social*, in *Oeuvres Complètes*, cit. I pg. 323.

mitivo. Não existe, talvez, (sic) um só exemplo de ter sido esse contrato redigido na primeira instituição de um Estado: *mas, segundo a natureza e a razão, éle é pressuposto no fato mesmo da associação. .*" (15)

\* \* \*

É com KANT, e, quasi ao mesmo tempo, com FICHTE, que o contratualismo adquire um caráter especial, de inspiração rousseauiana, sem dúvida, mas com uma orientação original que se prolonga até aos nossos dias. (16)

Para melhor se aquilatar da inovação kantiana introduzida na doutrina contratualista, é necessário esclarecer,

---

(15) BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. de CHOMPRÉ, Paris, 1822, vol. I, pg. 71.

Os comentários de BLACKSTONE foram publicados em 1765, três anos depois do "Contrato Social", embora a primeira preleção tenha sido dada em Oxford em outubro de 1858. E' mais provavel, entretanto, a influência de ROUSSEAU sôbre o comentarista britânico do que a recíproca.

E' interessante notar que, já no prefácio dos *Discursos sôbre a Desigualdade*, JEAN JACQUES se refere ao estado de natureza como "*un état qui n'existe pas, qui n'a peut-être (sic) existé, qui probablement n'existera jamais*". Também no capítulo VI do "Contrato Social" ROUSSEAU emprega ainda a forma dubitativa relativamente às cláusulas do Contrato: "*Bien qu'elles n'aient peut-être (sic) jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues. .*"

(16) Diz JELLINEK (*op. cit.* pg. 417-419), que já em 1793, quasi quatro anos antes da "Doutrina do Direito" de KANT, J. G. FICHTE publicára uma obra juvenil, reclamando não só uma interpretação mais exata do contratualismo de ROUSSEAU, como também acentuando a sua natureza *exclusivamente racional*. Na realidade, porém, KANT expõe o seu pensamento, e com maior clareza do que na "Doutrina do Direito", exatamente em 1793, como veremos a seguir.

Sôbre as relações entre KANT e ROUSSEAU, vejamos, entre outros, FOUILLÉE, *L'idée moderne du Droit*, Paris, 1909, pg. 28 e segs. e V. DELBOS, *La Philosophie pratique de Kant*, Paris, 1926, pg. 115 e segs. JANET, *Histoire de la Science Politique dans ses rapports avec la Morale*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, Alcan, t. II, pgs. 584 e segs. e 610 e segs.. Segundo DELBOS, "conviria talvez mais a ROUSSEAU do que a HUME a atribuição famosa de ter acordado KANT de seu sono dogmático" (*loc. cit.*).

primeiro, a posição do filósofo em face da Escola do Direito Natural.

Nada me parece tão falho como colocar, sem maior exame, o filósofo das três críticas entre os continuadores do Jusnaturalismo, isto é, na Escola do Direito Natural fundada por GRÓCIO ou ALTÚSIO. De fato, se KANT nos domínios da filosofia jurídica não foi tão grande inovador como o foi na Lógica e na Ética, não é menos certo que a sua *mudança de atitude* em face do problema do conhecimento implicou em uma orientação de fecundos resultados, não só no plano da especulação filosófica, como na tela da Ciência Positiva do Direito, como se pode ver, por exemplo, nas obras de um HUGO e de um THIBAUT (17).

Circunscritos que fiquemos, porém, à análise da doutrina jurídica de KANT, deve ser entendida em seus devidos termos a afirmação generalizada sôbre a reduzida inovação por ele feita nos domínios de nossa ciência.

“Na Filosofia do Direito, KANT não foi um grande inovador”, assevera entre outros DEL VECCHIO: “limitou-se tão somente a aperfeiçoar, a depurar e a dar fôrma mais clara, ao antigo processo da Escola do Direito Natural, corrigindo

---

(17) A poderosa influência do kantismo (note-se que me refiro às conclusões da filosofia crítica, e não à obra especial dedicada ao Direito) nos trabalhos de HUGO e de THIBAUT é fato hoje perfeitamente esclarecido. Aliás, quando HUGO, no seu *Tratado de direito natural como filosofia do direito positivo*, reclamou uma nova metodologia para o estudo do Direito, aplicando os princípios da crítica kantiana, FRIES, com muito acêrto, notou que a sua atitude era “de um kantismo mais consequente do que o do próprio KANT”, o qual, em verdade, não se mantivera “consequente” no estudo do Direito. (Cfr. RENATO TREVES, *Il problema dell'esperienza giuridica e la filosofia dell'immanenza di G. Schuppe*, Milão, 1938, pg. 97 e segs., e SOLARI, *Filosofia del Diritto Privato*, t. II, (Storicismo e Diritto Privato), Turim, 1940, pgs. 15 e segs. De THIBAUT não se pôde dizer que haja sido “kantista” *im ganz ähnlichen Sinne wie Hugo*, como afirma LANDSBERG, mas é inegável que o seu jusnaturalismo sofreu forte correção em virtude de elementos do kantismo e das exigências do *método histórico*. (Cfr. SOLARI, op. cit., pg. 29 e segs.). A opinião corrente que vê em THIBAUT apenas um discípulo de SAMUEL PUFFENDORF, como faz, por exemplo, ALEXANDRE CORREIA (*A Concepção Histórica do Direito*, São Paulo, 1934) não dá ao grande adversário de SAVIGNY o exato lugar que lhe compete.

o seu método de um modo rigoroso. Esta Escola havia afirmado, certamente, um princípio exato, a saber, que a base do Direito está no homem; porém, havia dado — pelo menos aparentemente — um significado histórico àquilo que era só um princípio racional; havia representado como processo empírico o que era unicamente um processo ideológico” (. . . ) “KANT, na Filosofia do Direito, tem o mérito de haver desfeito a confusão entre o *histórico* e o *racional*, afirmando o valor puramente ideal (regulador) dos princípios do Direito Natural.” ( . . . ) “Costuma-se designar essa correção de método, dizendo-se que *com KANT acaba a Escola do Direito Natural* (Naturrecht) e começa a do *Direito Racional* (Vernunftrecht). O Direito natural torna-se Direito de razão”. (18).

Ora, basta ler atentamente as palavras acima para se concluir que não foi tão pequena a inovação de KANT na doutrina jurídica, abstração feita daquela que, como já dissemos, resultou da aplicação das conclusões do criticismo ao estudo do mundo do Direito por parte de “kantistas mais consequentes”, antigos e contemporâneos. Parece-me que só essa distinção entre o *histórico* e o *racional*, essa atribuição de um valor puramente *regulador* aos preceitos do Direito Natural, bastou para marcar uma orientação de profundo significado, sendo pois justo assinalá-lo dizendo que KANT deu início à *teoria do Direito Racional*, que não se confunde com o Jusnaturalismo.

São, por esse motivo, de uma admirável precisão estas palavras de SOLARI:

“Identificando o direito natural com o direito racional (*Vernunftrecht*) KANT se distinguia nitidamente dos jusnaturalistas, os quais, se eram racionalistas no método (*ratio cognoscendi*), assim não podiam ser considerados quanto ao princípio (*principium cognoscendi*) do qual deriva-

---

(18) DEL VECCHIO, *Filosofia del Derecho*, trad. de RECASENS SICHES, t. II, pgs. 150-151.

ram o Direito. Este era chamado Direito Natural por ser originado da natureza humana empiricamente considerada; mas também quando — na construção do mundo jurídico — partiam, não do sentido, mas da razão, esta era entendida em um significado psicológico e não lógico. Segundo KANT, a ordem jurídica não resulta do homem como *ser vivo*, mas é uma construção “*a priori*” da razão pura.” (19).

Pois bem, essa mudança de atitude teve como resultado imediato a separação da concepção contratualista, não só de todo dado histórico — o que já havia sido realizado por JEAN JACQUES ROUSSEAU — mas também de todo *elemento psicológico*. O contratualismo de KANT desenvolve-se, de fato, exclusivamente no plano lógico, adquirindo uma expressão formal, sem nenhuma referibilidade à realidade concreta, histórica ou psicológica.

Neste ponto, julgo oportuno transcrever, aqui, as considerações feitas por DEL VECCHIO, nas suas claras “Lições de Filosofia do Direito”, não só porque fixam bem a posição de KANT, como ainda porque, de certa forma, reconhecem, mais do que nos ensaios do mesmo autor acima lembrados, as diferenças entre a doutrina do filósofo germânico e a de ROUSSEAU:

“Em Filosofia, ROUSSEAU não foi um técnico, mas sim um romântico. No seu desprezo pelas sutilezas escolásticas e pelo tecnicismo dos filósofos profissionais, falou mais sob o influxo dos sentimentos do que por reflexão sistemática. Por esse motivo, cái, às vezes, em contradições aparentes, por não ter chegado a formular, com todo o rigor, a sua doutrina. O mérito dessa formulação

---

(19) SOLARI, *Individualismo e Diritto Privato*, cit. pg. 210. (O grifo é nosso).

precisa cabe a KANT. Efetivamente, lendo ROUSSEAU, podemos ter, talvez, a impressão de nos encontrarmos ante uma narração mitológica, porquanto, na realidade, os homens jamais se uniram mediante um contrato expresso, e a sociedade é, especialmente em suas origens, independente de toda livre escolha. ROUSSEAU, porém, quer apenas exprimir um princípio de avaliação (*valutazione*), isto é, que em todo Estado se deve pressupor o consentimento e o acôrdo livre de seus componentes. É isto que KANT explica claramente, suprimindo todo equívoco quando diz que o Estado *deve ser* (não que *foi*) constituído *segundo a idéia* de um contrato social”. (20).

Melhor será, entretanto, dizer que KANT dá pura expressão racional e lógica a um pressuposto que para ROUSSEAU ainda tem base de ordem psicológica.

ROUSSEAU, aliás, não podia conceber algo de racional em si, separado do real, pois, consoante precisa observação de HÖFFDING, “é tão somente com KANT que se chega à compreensão crítica da *diferença que existe entre um ponto de vista ou idéia diretora e uma realidade dogmática, cuja existência seja pressuposta*”. (21).

Posta no plano lógico, a idéia do contrato adquire na doutrina de KANT um valor absoluto: não vale em virtude e em razão do consentimento dos obrigados, (o que seria dar um fundamento *empírico* à vida do Direito), mas vale exclusivamente por si, por ser a expressão do supremo imperativo de conduta.

A sociedade, não podendo subsistir sem “o acôrdo da vontade de cada um com a vontade de todos segundo uma lei geral de liberdade”, deve, necessariamente, ser concebida *como se* tivesse resultado do consentimento de todos,

---

(20) DEL VECCHIO, *Filosofia del Derecho*, cit., pgs. 163-164.

(21) Cfr. HÖFFDING, *op. cit.*, pg. 111 e seg.

quando, de fato, esse imperativo da razão prática é superior às vontades individuais e independente delas.

“Acôrdo é contrato, observa FARIAS BRITO. Trata-se, pois, no fundo da idéia do contrato social. Mas em KANT esta idéia se transforma, porque o acôrdo não é estabelecido propriamente por livre consentimento, não resulta de um contrato, mas ao contrário tem o seu fundamento na organização mesma do espirito. Quer dizer: há uma lei que impõe o acôrdo das vontades na comunhão social. Esta lei é um princípio *a priori* nas mesmas condições que a lei de causalidade: é uma lei transcendental, um *imperativo categórico*; e como tal não é aceito de convenção, mas imposto de necessidade”. (22).

À vista dessas palavras do pensador pátrio, pôde parecer, entretanto, que o contratualismo de KANT esteja apenas implícito em sua doutrina, só resultando da interpretação de seus escritos, quando, na realidade, se trata de um contratualismo expresso, que o autor tem o cuidado de fixar de maneira clara e precisa, como elemento essencial que é de sua teoria do Direito e do Estado.

“Contrato social” e “estado natural” são dois conceitos fundamentais na concepção jurídico-política de KANT, cuja definição de Direito é, aliás, de cunho eminentemente pactista, eis que o considera um conjunto de condições mediante as quais o arbítrio de cada um pôde se acordar com o de todos segundo uma lei geral de liberdade.

A idéia de “estado de natureza” alia-se, por outro lado, na doutrina kantista, à de “comunidade originária de terras e de bens” (*communio possessionis originaria*), a qual, tanto como a primeira, não apresenta, no dizer do próprio KANT, senão uma realidade juridicamente prática, sem se confundir com a de *comunidade primitiva*, méra invenção destituída de valor normativo.

Essa noção de “*communio possessionis originaria*”, indispensável à compreensão do direito privado de KANT, não

---

(22) F. BRITO, *A verdade como regra das ações*, pgs. 106-107.

é — para empregarmos as palavras mesmas do filósofo em seus “*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*” — um conceito empírico, nem dependê de condições de tempo, como o conceito imaginário e indemonstravel de uma “*communio primaeva*”, que é uma *invenção* (23): trata-se, ao contrário, de um *conceito racional prático* (ein praktischer Vernunftbegriff) que contém *a priori* o princípio mediante o qual tão somente é dado ao homem servir-se de seu lugar sôbre a terra segundo as leis do Direito, porquanto a possibilidade da aquisição originária do sólo e, por conseguinte, todo o sistema da propriedade privada, assenta na idéia de uma “*communio possessionis originaria*”, no sentido de que, inicialmente, nenhuma vontade estava excluída da posse de algo. (24).

Ora, assim como a idéia de comunhão originária de posse justifica a propriedade privada e é um dos elementos condicionantes do Direito Privado kantista, da mesma forma a idéia de *contrato social* condiciona — sempre como um conceito racional prático, e não empírico — o seu sistema de Direito Público.

Com efeito, o “*contrato social*” é para KANT o fundamento da vida social e política. “O ato, escreve ele, mediante o qual o povo se constitue por si mesmo em Estado, ou melhor, *a simples idéia desse ato*, mediante a qual uni-

---

(23) Preferimos dizer “*invenção*”, porque KANT — como se lê à pg. 53 do vol. VII da magnífica edição das “*Immanuel Kants Werke*” de CASSIRER, (Berlim, 1922) — emprega o termo *Erdichtung* em sua acepção mais genérica. A tradução de BARNI (Cfr. “*Elements Métaphysiques de la Doctrine du Droit*, Paris, 1856, pg. 74) não se nos afigura, nesse ponto, de todo fiel. *Ficção*, no sentido de algo pressuposto por exigência da razão prática, seria antes a “*communio possessionis originaria*”.

(24) Cfr. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit. §§ 6 e 13. Como nota RUYSSSEN, dessa idéia decorre que o direito de propriedade não pôde senão resultar da vontade coletiva de todos os individuos, e que não existem direitos privados originários (“*Kant*”, Paris, 1929). ROUSSEAU, ligando o aparecimento da propriedade ao trabalho e à agricultura, dá mostra de compreensão mais realista do problema. Cfr. *Discours*.

camente se pode conceber a legitimidade desse Estado, é o *contrato originário*, pelo qual todos (omnes et singuli) no povo renunciam à sua liberdade exterior para retomá-la, logo a seguir, como membros de uma comunidade, isto é, do povo enquanto Estado (universi)”. (25)

Como se vê, não o ato, mas a simples idéia do ato (*eigentlich aber nur die Idee desselben*) da realização de um contrato constitue o princípio da organização político-jurídica.

Estamos, não ha dúvida, em face de uma pura idéia de razão, que, no dizer do filósofo não contém nenhum elemento empírico. E’ por esse motivo que ele afasta de sua teoria contratual toda e qualquer conjetura sôbre a formação histórica das sociedades, afirmando ser inutil procurar as origens históricas desse mecanismo, por ser impossivel remontar ao ponto de partida da sociedade civil, (*Der Geschichtsurkunde dieses Mechanismus nachzuspüren, ist vergeblich, d. i. man kann zum Zeitpunkt des Anfangs der bürgerlichen Gesellschaft nicht herauslangen*). (26).

Esses trechos dos “Elementos Metafísicos da Doutrina do Direito” bastam para demonstrar o carater puramente racional que o contrato social assume na doutrina kantista, mas, pelo menos quanto ao objeto deste estudo, penso que assiste razão a FRIEDRICH PAULSEN quando assevera que a teoria do Estado e do Direito das Gentes de Kant, mais do que na obra acima citada, deve ser buscada em seus ensaios anteriores. (27)

Na matéria de que tratamos, é de decisiva importância um estudo que o mestre de Königsberg escreveu em 1793, intitulado “Sôbre o dito (Gemeinspruch): Isto pode ser certo em teoria mas não vale nada na prática”.

Na segunda parte dessa monografia, dedicada à crítica

---

(25) KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 47.

(26) KANT, op. cit., § 52.

(27) Cfr. PAULSEN, *Kant*, trad. ital. de Bernardo Sesta, Ed. Sandron, pg. 322.

de HOBBS, KANT esclarece, de maneira cristalina, a espécie de seu contratualismo, nos seguintes termos:

“Eis aí um *contrato originário*, sôbre o qual tão somente se poderá fundar entre os homens uma constituição civil e, por conseguinte, inteiramente jurídica, instituindo-se uma entidade comum. Esse contrato especial, denominado *contractus originarius* ou *pactum sociale*, como coalisão de todas as vontades particulares e privadas de um povo em vista de uma vontade comum e pública, no escopo de uma legislação puramente jurídica (*zum Behuf einer blosz rechtlichen Gesetzgebung*), não precisa, porém, ser absolutamente pressuposto como um fato (*ist keinesweges als ein Faktum voraussetzen notig*), o que, aliás, seria impossível, como se, antes de mais nada, fosse necessário provar, à luz da História, que um povo, em cujos direitos e obrigações nós entramos como posteridade, haja realmente concluído outrora um ato dessa natureza, dele nos deixando, oralmente ou por escrito, uma notícia ou documento que nos permita julgarmo-nos ligados a uma constituição já existente.

“Essa não é, pois, senão *uma pura idéia de razão (eine blosze Idee der Vernunft)*, mas uma idéia que possui a sua realidade prática incontestável: realidade no sentido de que ela obriga todo legislador a ditar as suas leis de maneira tal que elas poderiam ter sido emanadas da vontade coletiva do povo todo; e ainda no sentido de que cada súdito, enquanto quiser ser cidadão, ha de se considerar como se (*als ob*) tivesse concorrido com os demais para a formação dessa vontade. Porque essa é a pedra de toque da legitimidade de todas as leis públicas”. (28)

---

(28) KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in “I. Kants Werke”, cit. vol. VI, pgs. 380-81. Cfr. ainda, à pg. 386 do mesmo volume, como KANT, contestando uma afirmação de DANTON, reafirma que a idéia de contrato social deve ser apreciada “*nicht als Faktum ( . ) sondern nur als Vernunftprinzip der Beurteilung aller öffentlichen rechtlichen Verfassung überhaupt*”.

Como já dissemos, no mesmo ano de 1793, FICHTE publicou uma obra juvenil, *Considerações sôbre a Revolução Francesa*, na qual ele explica que não se deve entender o Contrato Social em um sentido

Depois dessas considerações bem pouco ha a acrescentar: o “contrato social” é uma pura idéia de razão, um princípio racional de ordem prática, uma pedra de toque (*Proberstein*), uma unidade de medida para a justa apreciação da legitimidade dos Governos, da conformidade ou adequação da ordem jurídica positiva à ordem social justa.

O carater *deontológico* do contrato social resulta assim provado com evidência, pois não é apenas uma medida semelhante às empregadas no plano fisico, mas uma *medida* que implica em um imperativo de conduta, em uma ordenação da razão prática. É, nesse sentido, aliás, que tanto DEL VECCHIO como HÖFFDING comparam, igualmente, a idéia de contrato social de ROUSSEAU a uma “unidade de medida”, como vimos na nota 11 supra, não sendo demais notar que, em significativa coincidência, também CASSIRER considerar o *Sozialkontrakt* de KANT “*ein Maszstab*” (29).

A diferença entre a concepção de ROUSSEAU e a de KANT está, por conseguinte, não no significado *deontológico* do contrato, que é comum, mas na maneira em que ambos os pensadores situam esse *valor de aferição*.

Na concepção kantista a distinção entre “ser” e “dever-ser” é sempre precisa, como duas ordens irreduzíveis: o conceito de “contrato social” é posto tão somente no plano do *dever ser*, do *Sollen*, sem nenhuma referência a dados empíricos do mundo do *Sein*. Como bem observa JANET, é, de algum modo, a *forma a priori*, sem a qual não podemos

---

histórico, e que ROUSSEAU mesmo não entendeu de outra forma: esse contrato, escreve o grande filósofo idealista, não é senão uma idéia, considerada como tipo e como regra que as sociedades devem seguir; não é de fato mas de direito que as sociedades civis repousam sobre um contrato. Cfr. FICHTE — *Considerações sur la Révolution Française* — trad. de BARNI, Paris, 1860, pg. 100.

(29) Cfr. CASSIRER, *Kants Leben und Lehre*, cit. pg. 329. Se insisto sobre esse ponto é porque a idéia de buscar algo de racionalmente posto para a aferição da justiça de um ordenamento legal ficou sendo como que um “leit-motiv” das doutrinas de inspiração kantista. Basta lembrar, por exemplo, a preocupação de STAMMLER na determinação dos elementos de uma “comunidade pura”, para padrão da legitimidade ou valoração de uma ordem jurídica positiva. Cfr. MIGUEL REALE, *Fundamentos do Direito*, cit. pgs. 142 e segs.

pensar um Estado, qualquer que seja a sua origem empírica (30).

Já em ROUSSEAU essa separação radical entre *o que é* e *o que deve ser*, entre a realidade e o ideal — que se harmoniza com todo o formalismo filosófico de KANT — não a encontramos. ROUSSEAU seria incapaz, por temperamento, de conceber algo, destinado a explicar a vida, sem referência aos valores concretos da vida; de apresentar como pura forma lógica o que é destinado a falar ao sentimento e a preparar a ação.

Na sua imaginação criadora *o que deve ser* de certa forma *já é*. Ele antecipa o ideal, injetando-o na realidade, que adquire a aparência e a fôrça de um mito. Ele não diz como KANT: “eis o que a Razão Prática ordena, cum-prí;” mas sim: “eis o que seria a realidade se a ordenação da razão fosse cumprida”.

Moralista, KANT vê antes a norma. Doutrinador político, ROUSSEAU vê antes a reação psicológica em face da norma. É por isso que o filósofo alemão plana alto no mundo das puras idéias de razão, ao passo que o genebrino as anima com o seu sentimento, preferindo a sedução de uma *realidade idealizada* (em que “ser” e “dever ser” se fundem) ao traçado lógico-geométrico das condições da legitimidade jurídica.

ROUSSEAU não tem um sistema em que deva enquadrar logicamente a sua concepção do Direito. Quando ele concebe o contrato como uma hipótese não se preocupa com a necessidade de afirmar a seu valor “a priori”, como condição de sua universalidade, mas prefere ver, com os olhos da imaginação, a realidade ideal, em uma antecipação rica de fôrça poética.

Ele sabe que a sociedade “deve ser” constituída “como se” resultasse de um contrato, mas, para tornar mais palpável e sedutor o imperativo da razão, imagina a sociedade

---

(30) JANET, *Histoire de la Science Politique*, cit., vol. II, pg. 611.

“como se” o contrato ideal já fosse realidade, descrevendo os seus momentos e as suas cláusulas.

No fundo, ROUSSEAU talvez seja mais coerente do que KANT. Este pretende ter chegado ao princípio do “contrato social” sem referibilidade a elementos empíricos, partindo tão só de imperativos racionais, quando, na realidade, a sua concepção contratualista está assente em uma consideração especial da natureza humana.

A análise da natureza humana é, na doutrina de ROUSSEAU, um ponto de partida expresso; na de KANT é um elemento implícito, subentendido, da qual êle pretende, em vão, subtrair-se, tendo em vista a sua tese de que só é universal o que é “a priori” e só é “a priori” o que é formal.

Analizando-se, porém, a obra de KANT, vê-se que a sua concepção do homem é a concepção mesma de ROUSSEAU, mais racional talvez, e sem devaneios, mas sempre a concepção dominante no século XVIII.

Não será demais dizer algo sôbre tão importante matéria.

\* \* \*

Tanto KANT como ROUSSEAU são otimistas em relação ao homem. Não se pense, porém, que ambos só enxergam no homem expressões de santidade, como parece resultar do forçado perfil que MARITAIN nos deu do autor do “Emilio”. Ao contrário, ambos reconhecem que o homem é capaz de fazer o mal, de empregar a violência e de agir com cega paixão, mas — e é aqui que reside o seu otimismo — se isso acontece e constitue um fato, não é dito que não se possa reformar a vida social, sôbre outras bases de mútuo respeito, segundo os ditames da bôa razão.

Não se esqueça, em verdade — e este ponto tem sido muito facilmente olvidado — que na obra de ROUSSEAU se contrapõem dois contratos sociais, um falso e o outro verdadeiro: um é o *contrato leonino* ou *histórico*, o pseudo-contrato da desigualdade e do arbítrio, se é que se pode denominar *contrato* o que é méro resultado da fôrça; o outro é

o *contrato ideal ou racional*, que é o da liberdade e do consenso mútuo. A *História* nos apresenta uma sociedade fundada na violência e na opressão, na desigualdade dos bens e das dignidades; a *Razão* nos aponta uma sociedade fundada na Justiça e no respeito humano. O que se deve fazer é proclamar o primado da *Razão* sobre a *História*, sobrepor o *contrato social racional* ao *contrato social leonino* que se diz maliciosamente implícito nos desmandos dos mais fortes e na subserviência dos débeis.

O século XVIII, com toda a sua incompreensão pela História — e na França, nem mesmo MONTESQUIEU chegou a constituir uma clara exceção nessa falta de senso histórico, da qual, fóra da França, apenas BURKE realista e o genial VICO se libertaram — está todo aí nesse contraste, nessa oposição, nesse choque entre a realidade e o ideal, norteando o contratualismo da época revolucionária.

Quando se afirma, pois, que ROUSSEAU prégou a volta ao estado de natureza se comete um erro por omissão, perdendo-se de vista o real significado de suas duas obras construtivas, o “Emilio” e o “Contrato Social”.

Digo que o “Contrato Social é uma obra *construtiva*, porque penso ser impossível compreendê-la sem referência à que foi escrita em 1755, ou seja, 7 anos antes, os “Discours sur l’Origine et les Fondements de l’Inégalité parmi les hommes”, que é um trabalho de *crítica*, e, até certo ponto, de demolição.

Nos “Discursos sobre a Desigualdade”, o pensador genebrino não pretende, como já foi observado, reconstituir uma época remota da história humana. A sua é uma concepção hipotética, de base eminentemente psicológica e que visa responder a esta pergunta: “Dados os instintos naturais do homem, as suas tendências e inclinações, ou seja, dada a natureza humana, quais as prováveis causas da formação da sociedade atual, baseada na desigualdade?” Sob a aparência de uma reconstrução histórica, temos uma sondagem, uma penetração nos refolhos da alma humana. É por isso que ROUSSEAU, quasi ao terminar os *Discours* tem o cuidado

de reafirmar o caráter eminentemente conjectural de sua obra: “*J’ai tâché d’exposer l’origine et le progrès de l’inégalité, l’établissement et l’abus des sociétés politiques, autant que ces choses peuvent se déduire de la nature de l’homme par les seules lumières de la raison*” (31).

À luz da razão, ROUSSEAU compreende o homem no estado de natureza como um ser substancialmente bom, gozando da mais ampla liberdade, sem o mal das desigualdades e privilégios. Entretanto, essa vida livre é também uma vida sem garantias, quase instintiva, de sorte que os homens são levados naturalmente a sair dela para o desenvolvimento de suas faculdades e o progresso de seu espírito. Pois bem, o que a história nos mostra não é o estabelecimento de uma constituição que, mantendo a liberdade primitiva, creasse condições de garantia ao desenvolvimento do espírito humano: ao contrário, a organização civil se fez em vantagem de poucos, estabelecendo-se um acôrdo leonino entre os mais fortes e os mais fracos. A conclusão dos *Discours* é exatamente esta: as desigualdades existentes não resultam da natureza humana, mas de um desvio das inclinações naturais, de um abandono das tendências inatas, pelo predomínio da força e do arbítrio.

Em verdade, é o próprio ROUSSEAU quem nos dá, em claro resumo, a conclusão de seu trabalho: “*Il suit de cet exposé, escreve ele, que l’inégalité, étant presque nulle dans l’état de nature, tire sa force et son accroissement du développement de nos facultés et des progrès de l’esprit humain, et devient enfin stable et légitime par l’établissement de la propriété et des lois*” (32).

Ora, estabelecida essa conclusão e admitida a bondade fundamental do homem, era natural e lógico que ao espírito de ROUSSEAU se apresentasse a segunda questão, relativa às condições de uma ordem social justa entre homens livres. O “*Contrato Social*” é a resposta a essa segunda pergunta.

---

(31) ROUSSEAU, *Discours*, ed. cit., vol. I, pg. 53.

(32) ROUSSEAU, *Discours*, ed. cit., vol. I, pg. 53.

E' por esses motivos todos que não vejo contradição, nem antagonismo entre os *Discours* e o *Contrat*: se na primeira obra se demonstra, à luz da razão, que a sociedade atual, baseada no privilégio e na desigualdade, é fruto de um desenvolvimento falso das faculdades humanas, na segunda se demonstra como deve ser racionalmente organizada a sociedade; se a primeira é a explicação de um contrato, ou melhor, de um pseudo contrato que consagrou, pela malícia e pela fôrça, os abusos dos mais fortes, a segunda obra é a exposição do contrato verdadeiro e autêntico.

Em última análise, o que ROUSSEAU pretende não é absolutamente a volta ao estado de natureza, porquanto, se a ordem social atual é injusta, ela não deixa, entretanto, de apresentar vantagens evidentes quanto à garantia recíproca e ao aperfeiçoamento das faculdades do espírito humano: o que importa é conservar o que ha de bom na sociedade civil, mas sem sacrificio da liberdade natural.

Dess'arte, o "Contrato Social" é, logicamente, a obra complementar dos "Discursos sôbre a Desigualdade", não existindo entre esses dois trabalhos nem a separação que BEROLZHEIMER aponta, nem a contradição que WAHL assinala (33).

O juízo que KANT faz dos homens não é diverso do de ROUSSEAU. Também para o filósofo do idealismo transcendental o ser humano é substancialmente bom, capaz de progredir no sentido do que é ditado pela razão, desde que sejam afastados os obstáculos que se opõem externamente ao espontâneo desenvolvimento natural (34).

---

(33) No sentido de uma íntima relação entre as duas obras se pronuncia SOLARI (op. cit., vol. I, pg. 117) e, em linhas gerais, HÖFFDING (op. cit., pg. 97). Para DEL VECCHIO não existe senão uma relação lógica e formal entre os dois trabalhos, ao passo que BEROLZHEIMER claramente os separa. Cfr. BEROLZHEIMER, *Sistema di Filosofia del Diritto e dell'Economia*, trad. de D'EUFEMIA, Napoles.

(34) "KANT, escreve DELBOS, participa da confiança de ROUSSEAU na bondade primitiva da natureza humana". O ilustre professor francês lembra, a propósito, estas significativas palavras de KANT: "Dizem na medicina que o médico é o servidor da natureza;

Admitindo embora a bondade natural do homem, KANT acentua, porém, de tal fôrma a atuação das inclinações inferiores e reconhece com tanto realismo a existência de lutas entre indivíduos e grupos que um crítico sereno e comedido como PAULSEN chega ao extremo de compará-lo a HOBBS.

“KANT — escreve PAULSEN, expondo-lhe a doutrina sôbre a origem do Estado — segue aqui, nos pontos essenciais, o pensamento de HOBBS, não obstante se intitular “Contra HOBBS” o trabalho sôbre o Direito do Estado, que faz parte da coletânea “Sôbre o dito comum etc”. O Estado é feito resultar essencialmente dos impulsos egoistas e anti-sociais da natureza humana: se não aparece a expressão *bellum omnium contra omnes*, existe, porém, o pensamento a ela correspondente. Aliás, também KANT diz uma vez de modo expresso: “o dito de HOBBS *status hominum est bellum omnium in omnes* tem um único defeito; deveria ser transformado neste outro: *est status belli*” (35).

PAULSEN adianta mesmo que não existe divergência substancial entre a doutrina de KANT e a de HOBBS, visto como também o filósofo britânico dava ao contrato social um méro valor hipotético.

Não resta dúvida — e sôbre este ponto muitos são os de opinião idêntica — que HOBBS, tanto como ROUSSEAU e KANT, nunca pensou na realidade histórica da origem contratual da convivência humana, mas daí a concluir pela identidade fundamental das doutrinas vái distância longa e intransponível.

A primeira divergência que existe entre o contratualismo de HOBBS e o de ROUSSEAU e KANT decorre da concepção diferente que eles têm da natureza humana. Para os pensadores da Alemanha e de Genebra, o homem é um sêr essencialmente bom, que, por desvio de suas tendências natu-

---

mas a mesma máxima vale na moral. Afastai sómente o mal que vem de fóra: a natureza tomará por si mesma a direção melhor”. Cfr. DELBOS, op. cit. pgs. 120 e seg..

(35) PAULSEN, op. cit. pg. 326.

rais, vive em um estado de desigualdade e de guerra, sendo, porém, capaz de se libertar dessa ordem irracional para assentar a vida social sôbre novas bases postas pelas exigências da razão. Para HOBBS, ao contrário, o homem seria incapaz de pôr um termo à luta violenta de uns contra os outros, sem que o próprio interesse individual exigisse o aparecimento de um poder mais alto, capaz de impôr o equilíbrio e garantir a cada um a sua esfera particular de ação, e isto por não admitir a bondade natural dos homens.

Na doutrina de HOBBS a constituição da sociedade civil resulta, por assim dizer, da sublimação da força individual em uma força super-individual que é representada pelo monarca absoluto. Este não intervém, como parte, na estipulação das clausulas contratuais: resulta, ao contrário, do acôrdo das vontades individuais, como uma “solução personificada”, como único recurso bastante para compôr os antagonismos e garantir a todos ordem e estabilidade. Não sendo possível, a seu ver, uma organização social puramente racional, dada a natureza humana, HOBBS transforma o problema da realização de uma “*ordem justa*” no problema, mais prático e utilitário, da realização de uma “*ordem garantida*” (36).

Outro ponto em que KANT se afasta de HOBBS resulta da idéia do *fim* que os homens devem naturalmente se propôr, pois, enquanto o primeiro assenta o contrato sôbre a idéia de *felicidade*, o segundo o fundamenta na idéia de *liberdade*.

São de admiravel precisão as seguintes considerações de DELBOS em sua clássica monografia sôbre a filosofia prática de KANT:

---

(36) Como tem sido observado por abalizados intérpretes do pensamento hobbesiano, não deixa HOBBS de ser racionalista, a seu modo. Note-se que é a razão que, afinal, se impõe aos imperativos do interesse, quando estes se refreiam para alcançar uma garantia mútua. Sôbre estes pontos, cfr. MIGUEL REALE, *Formação da Política Burgueza*, cit. pgs. 168 e segs., e *Teoria do Direito e do Estado*, cit., pgs. 199 e segs.

“Em materia de direito político KANT é de opinião que a tese da contradição entre a teoria e a prática foi enunciada por HOBBS, quando este, no *De Cive*, (VII, § 14) sustentou que o chefe de Estado não assume, pelo contrato, obrigação alguma em relação ao povo e que, por mais que ele faça o que entender, não poderá jamais cometer injustiças contra os cidadãos. Essa proposição tomada em sua generalidade é aterradora. Porque, pelo fato do súdito ofendido não ter nenhum direito de coerção sobre o soberano, ela estabelece que perante este aquele não possui direito algum. Essa confusão HOBBS a teria evitado se tivesse bem compreendido os princípios do direito político. O contrato, que constitue a sociedade civil, não repousa sobre a idéia do fim que os homens naturalmente se propõem, ou seja, sobre a *idéia de felicidade*, mas sobre a *idéia de liberdade* concebida nas relações exteriores dos homens entre si” (37).

Da diversidade do fim proposto resulta, claramente, uma diferença na natureza do contrato, que, na doutrina kantista tem um valor puramente formal e lógico, e na de HOBBS um fundamento empírico.

Quanto à passagem do “estado de natureza” para o de “sociedade civil” ainda é notável a diferença entre o escritor do *Leviathan* e o da *Crítica da Razão Pura*.

Neste ponto se parecendo mais com ROUSSEAU, HOBBS explica a passagem do estado de natureza para o estado jurídico da sociedade mediante o exame das prováveis exigências sentidas por todos os indivíduos, fazendo resultar a convivência civil da pressão das necessidades reveladas pela experiência. Para KANT, ao contrário, como é sutilmente notado pelo já citado DELBOS, a ordem jurídica não é a con-

---

(37) DELBOS, *op. cit.*, pgs. 692 e seg.

sequência empírica das necessidades da vida humana, mas se apresenta “como uma obrigação que resulta analiticamente da noção mesma do direito”.

Por outras palavras, segundo KANT a ordem jurídica se constitui porque entre os indivíduos existe sempre a potencialidade da luta: é esse o sentido real da afirmação “*est status belli*”, que tanto impressionou a PAULSEN. A ordem jurídica surge, como um imperativo de razão, porquanto o estado de natureza é um estado de justiça simplesmente negativa, no qual, se um direito fosse controvertido, não existiria nem a lei determinada, nem o juiz competente para pronunciar a sentença justa, de sorte que, sob uma aparência de justiça, a violência responderia à violência.

O contrato social é, em suma, para KANT mais do que para qualquer outro pensador, a condição sem a qual o homem não poderia realizar o seu fim último. E’ isso que o filósofo do idealismo transcendental já havia afirmado, em 1790, em sua obra fundamental sobre a crítica do juízo, antecipando as conclusões de toda a sua doutrina do Direito e do Estado:

“A condição formal pela qual tão somente a natureza pode alcançar o seu fim último é uma constituição das relações dos homens entre si, na qual um poder legal, em um todo chamado *sociedade civil*, se oponha à lesão das liberdades respectivas em luta umas contra as outras, pois somente na sociedade as disposições naturais podem se desenvolver até ao mais alto grau possível” (38).

E’ por esses motivos todos que podemos dizer que o contratualismo alcança a sua expressão máxima, toda a expansão de sua força lógica, na doutrina de EMANUEL KANT, o mais profundo e criador interprete da cultura individualista.

São Paulo, novembro de 1942

---

(38) Vide todo o parágrafo 86 da *Kritik der Urteilskraft*.

# Dois professores

*J. Dalmo Belfort de Mattos*

## I

Foi em março de 1931, que vimos pela primeira vez o Prof. CARDOSO DE MELLO NETO.

Primeiro contáto com a vida academica. A *sala 2* repleta de rapazes, á espera do “vestibular”. Gritos confusos de veteranos, “troteando” calouros, por entre as arcadas do saguão. Um sól de outono pondo manchas de luz no soalho, três vezes centenário. As paredes de táipa da velha Faculdade, acolhendo mais uma turma de novos estudantes...

Estava quasi a findar a prova oral. Um nervosismo latente ameaçava explodir, turvando conceitos e idéias. . Faltava, entretanto, o exame de História. Onde deveríamos narrar o processo evolutivo da propaganda republicana, esmiuçar tramas da primeira Constituinte, do novo regimen.

Assunto que se prestava a discussões políticas, a agitar preferências, a desgostar o fundo afetivo do examinador .

Mal fitâmo-lo. E fomos desfiando, lentamente, os antecedentes do 15 de Novembro. Algumas perguntas aplainavam o caminho. E, embora divergindo por vezes, no exame das causas e efeitos, deixámo-nos cativar pela afabilidade do lente. E sentimo-nos quasi reconciliado com aquela Academia. Máu grado os hérros que vinham do pátio. E que presagiavam um “trote” a mais, para o “calouro”, recém-aprovado..

\* \* \*

Sete anos após, encontramos-nos de novo. Era ainda, um exame. O ambiente mudara. Sala “João Mendes”. Be-

cas cintadas de vermelho. Defesa de tese para livre-docência. E um nervosismo maior, a custo recalçado, e que apenas transparecia num vago sorriso. Quasi um “tic”...

Ainda uma vez, o Prof. CARDOSO DE MELLO, como presidente da banca, foi o último a arguir. E o debate resvalou, como outróra, para o terreno das idéias jurídico-políticas. A História da segunda Constituinte republicana...

E, uma vez ainda, o tacto do arguidor deixou uma simpatia mais funda em nosso espírito.

\* \* \*

Entre estas duas datas, porém, quanta mudança!

Foram, primeiro, as áulas de Economia Política, na velha sala 2. Fôra a análise imparcial e democrática das correntes e dos sistemas que, desde então, abalavam o mundo.

Foram as primeiras noções de Finanças. O estudo da moeda. A divergência com Macleod a concretizar sua estrutura e seu papel, na circulação da riqueza... O problema do crédito público e dos bancos de emissão...

Evitando a abstenção do liberalismo econômico, negando ao Estado a função de agente totalizador das energias. Fixando à atividade individual, o papel básico da produção das utilidades, o Prof. CARDOSO DE MELLO ia-nos ensinando a evitar as soluções extremadas. E a conservar o justo meio termo, entre o “Estado-gendarme” dos individualistas e o “Estado-Providência” dos intervencionistas imoderados.

Depois, sobressaindo no ambiente conflagrado das Arcadas, foi o constituinte que se revelou a pugnar, na “Bancada Paulista”, os verdadeiros rumos da nacionalidade...

Conhecíamos, então, o professor e o deputado. Anos após, era o administrador que se nos revelava, no govêrno do Estado. Procurando erguer inda mais alto o nome de S. Paulo. E aplicar, na realidade complexa dos fatos, os ensinamentos que difundira, ácerca da intromissão estatal na economia.

E, meses depois, o interventor, tentando salvaguardar os nossos interesses. E defender, até o fim, a nossa projeção dentro e fóra do País...

E, nesses longos meses de govêrno e de ação, em momentos particularmente difíceis, o Prof. CARDOSO DE MELLO jamais separou o lente do homem público.

Parecia meditar nas palavras com que, em 1939, haveria de saudar o Professor de Ciências de Finanças da Universidade de Lisbôa:

“Nada mais apropriado para orientar governantes e governados no caminho... do que, entre outros, o conhecimento da disciplina que ensinaiis.

Nela confere-se ao administrador os meios de desenvolver a atividade do Estado, progressivamente crescente, pela soma de serviços que, a beneficio geral, lhe vão ficando a cargo.

Tudo, porém, dentro daquele ótímo meio termo, entre o dever do Estado de coordenar e dirigir, e o direito inalienável da personalidade humana de pensar e agir por si”.

\* \* \*

Reinicia ele, mais tarde, seu magistério superior.

E então, decano do corpo docente, após 24 anos de atividade, assume a direção da Faculdade de Direito. E a Universidade expande, pela boca de seu Magnífico Reitor, o jubilo que este fato lhe cáusa:

“Nada vos falta para atingir ao apogeu da consagração. As demais passam com o tempo, e se somem com o tumultuar de paixões, mas, no cargo elevado a que acabais de subir, pelo vosso merecimento, permanecerá vossa ação sempre impressa, e para sempre, na alma, dos presentes e vindouros...”

## II

Nunca fomos discípulo do Prof. SPENCER VAMPRÉ. Tínhamos a guiar-nos, na síntese dificultosa da “Introdução à Ciência do Direito”, a inteligência polimorfa do Prof. Dr. JOÃO ARRUDA. Que nos ambientava, aos poucos, na matéria.

Às vezes, porém, aparecíamos mais cedo à Faculdade. E iam assistir, das 9 às 10 horas, às preleções ministradas à segunda turma de calouros.

E o Prof. VAMPRÉ nos levava até a antiga Babilônia, onde o Código de Hammurabi consolidava a primeira legislação escrita. Dalí seguíamos à Índia. E, com SUMMER MAINE punhamos em dúvida a antiguidade das leis de Manú e seus preceitos normativos...

O Prof. JOÃO ARRUDA dava-nos a visão panorâmica das Ciências do Direito, estudava o evolver das concepções, e a obra estruturante da técnica. O Prof. VAMPRÉ pendia mais para o estudo da “Enciclopédia Jurídica”, para a pesquisa das origens históricas dos institutos.

E nós, — calouros ainda pouco à vontade com o carater universitário das disciplinas, enfeixavamos as duas preleções num esbôço. Por vezes desprovido de unidade sistemática. Mas que nos ia preparando para incursões futuras no cipoal de Filomusi-Guelfi. .

Encontrámo-lo, depois, no curso prático de Latim, que ele mantinha, como introdução ao estudo do Direito Romano. E sob sua orientação, acompanhámos, de novo, o Cavalo de Tróia, através do 2.º livro da Enéida. E revimos os textos cantantes de VERGÍLIO...

E, com o correr do tempo, outras facetas de seu espírito se nos revelaram.

Era o jurista, que comentava os primeiros artigos do Código Civil.

Era o didata, a resumir, em súmulas perfeitas, o que havia de essencial na legislação vigente, em Direito de Família, e em Direito das Coisas.

Era o literato a evocar, nas festas de XI de Agosto, o “São Paulo de 1827”, com suas velas descendo no lançante das ladeiras, seus poetas e seus lentes universitários, boêmios e brigões, enchendo a Pauliceia com o rumor de antipatias burlescas...

Ele a evocava com o amôr de um ex-aluno pelo velho cláustro franciscano. Com o amôr que sempre revelara ao coligir-lhe as tradições e as narrativas, nas “Memórias para a História desta Faculdade”.

E encerrava seus discursos citando a peroração de LUCIO DE MENDONÇA á gléba paulista:

“Terra sagrada de homens honrados, terra a que devo, mais do que o nascimento, a educação cívica; berço de minhas crenças, formosa terra de S. Paulo!”

\* \* \*

Ainda uma vez nos encontramos, em 1938. Quando o Prof. VAMPRE dirigia a nossa Faculdade, mantendo, com grande onus para os cofres públicos, o “Curso de Doutorado”. Em que procurava desenvolver a cultura jurídica desinteressada. Mercê das pesquisas puras de Direito, longe da casuística forense e do tumultuar dos textos e das interpretações particulares.

\* \* \*

E hoje, que a Faculdade tributa, nas paginas de seu órgão oficial, a homenagem sincera e merecida aos seus dois mestres — aqui deixamos consignada nossa admiração e respeito. Sentimentos que vêm de longe. Desde 1931.

Quando, ha onze anos passados, ingressavamos para o Curso de Bacharelado. E que vêm crescendo, com o tempo. À medida que os acontecimentos vão revelando, progressivamente, aos nossos olhos, seus conhecimentos e suas realizações..

# Inconstitucionalidade das leis

*G. de Almeida Moura*

O problema da inconstitucionalidade das leis decorre da teoria das Constituições rígidas. Constituição rígida é aquela, cuja reforma, ou emenda, depende de processo especial, por ela mesma previsto, e, em regra, mais complexo que o das leis ordinárias. Para isso, deve o pacto fundamental traduzir-se em um texto escrito e solene.

As Constituições consuetudinárias ou não escritas são, por natureza, flexíveis. Formadas de monumentos legislativos esparsos, ou deles e de usos e costumes consagrados através de numerosos precedentes, nada impede que se lhes adicionem outras leis, e se reconheça o império de novos costumes, não derogando os anteriores, mas com eles coexistindo, em um regime de difícil apreensão. Aí, nem se pode falar em processo de emenda, ou de reforma da Constituição, porque só se reforma, ou se emenda aquilo que é conhecido e traça aos representantes populares os limites dentro dos quais podem legislar.

Filosoficamente, não ha diferença entre Constituição e lei ordinária. A Constituição é apenas uma lei maior, de conteúdo mais amplo e de mais vasto alcance. Eis porque passou a ser preferentemente escrita, na suposição de que mais facilmente se imporia à obediência geral e adquiriria maior estabilidade.

Se, no regime das Constituições costumeiras, o Parlamento legisla soberanamente, no das escritas se prende ao texto constitucional. Se o não fizer, transcende das regras de autorização a que está sujeito, exatamente como o mandatário que, na esfera civil, vai além das faculdades que lhe

foram outorgadas. Não queremos com isso equiparar um ao outro os dois mandatos, o de Direito Privado e o chamado mandato político, o qual, para nós, não existe, juridicamente falando. No entanto, assim como o mandante não responde pelos excessos do mandatário, assim também não tem valor a deliberação legislativa (ou o ato administrativo, de qualquer dos três Poderes), que contrariar dispositivo da Lei Básica, que é certa, conhecida, e se dirige imperativamente a todos, como manifestação suprema do Estado em nome do qual se exercem as funções governamentais.

Inconstitucional é, pois, a lei contrária a disposição da Constituição. Em boa hermenêutica, deve o julgador ser tardo em decretar a inconstitucionalidade, só o fazendo, quando for evidente, e não resistir a nenhum dos processos consagrados na interpretação do Direito Público. E' ainda uma homenagem ao princípio da inviolabilidade da Carta Magna, a presunção de que permite se tomem todas as providências condizentes com a manutenção e o desenvolvimento da ordem jurídica e social.

O problema da inconstitucionalidade das leis tem estado em foco no Brasil, terra de Constituições escritas.

A Constituição do Império apresentava, no entanto, uma anomalia que convem examinar. Rezava o seu art. 178: "E' só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos: tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias". A consequência é que ilustres comentadores, como PIMENTA BUENO (1) e RODRIGUES DE SOUZA (2) não vacilaram em reduzir a maior parte da Constituição a uma lei ordinária, desde que não podia conside-

---

(1) PIMENTA BUENO, Dr. José Antonio —, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857, p. 489.

(2) RODRIGUES DE SOUZA, Desembargador Joaquim —, *Análise e comentário da Constituição Política do Império do Brasil*, São Luiz do Maranhão, 1870, vol. II, p. 447.

rar-se “Constituição” o que não fosse “constitucional”. O equívoco era manifesto. O que a Lei Suprema devia ter dito (e não o disse, por falta, na época, de sistematização do Direito Público), é que a Constituição, embora escrita, era rígida em parte e em parte flexível. Rígida quanto aos alicerces do regime constitucional (separação dos Poderes, representação, direitos e garantias individuais), era, no demais, flexível, isto é, reformável por via ordinária. Tudo, porém, era “Constituição”. Tudo, “constitucional”.

Esse art. 178 foi traduzido, quasi literalmente, do projeto que CONSTANT redigira para a sua Pátria: “Tout ce qui ne tient pas aux limites et aux attributions respectives des pouvoirs, aux droits politiques, et aux droits individuels, ne fait pas partie de la constitution, mais peut être modifié par le concours du roi et des deux chambres” (3). O publicista francês observou que se havia inspirado na organização constitucional da Inglaterra, que é modelo de flexibilidade; fizera-o, no entanto, não por esse motivo, mas por lhe parecer que a Constituição não devia vir pejada de matérias que lhe não pertencem. Assim, pelo renome do grande francês, a sua proposta, tecnicamente defeituosa, e avessa ao constitucionalismo nascido da Revolução, foi acolhida logo depois, e sem maior exame, pelo nascente Império brasileiro.

Não censuremos os eminentes conselheiros de Estado, autores da Carta de 1824, nem a CONSTANT. Ainda no tempo de ROSSI, o primeiro que o lecionou em França, de 1835 a 1845, o Direito Constitucional não passava de uma espécie de História Política; a era da escola técnico-jurídica, de GERBER, LABAND, JELLINEK, PALMA, ORLANDO e seus discípulos, ainda estava por despontar.

Com a Constituição de 1891, o problema da inconstitucionalidade das leis e atos se nos apresentou em toda extensão, conformando-se com a doutrina e a jurisprudência

---

(3) CONSTANT, Benjamin de —, *Collection complète des ouvrages de —*, Paris, 1818, vol. I, p. 158.

norte-americanas. Assim, firmou-se, entre nós, a competência do Judiciário para conhecer da arguição de inconstitucionalidade. A lição de RUI BARBOSA (4) triunfou *in totum*, tanto que, com a Constituição social-democrática de 1934, rígida como a de 91, mas de conteúdo amplificado, prosseguiu o Judiciário na missão de dizer, inapelavelmente, o que era, e o que não era constitucional. A novidade da Constituição de 34 consistiu, quando muito, na atribuição em boa hora conferida ao Senado (art. 90 n. IV), de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, que houvessem sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Foi um meio termo entre a doutrina norte-americana e, entre outras, a da Constituição Francesa de 1852 (5). Pelo art. 25 desta, o Senado era “o guardião do pacto fundamental e das liberdades públicas”. No Brasil, o guardião era o Judiciário. O Senado, como Poder Coordenador, imprimia, no entanto, validade geral a decisões que, por provirem do Judiciário, só vigoravam entre as partes.

Em face da Constituição de 1937, é possível que alguém negue a existência do problema, argumentando que, mormente agora, nesta fase de transição, durante a qual o Presidente da República detém a plenitude do poder de legislar, em virtude do art. 180 da Constituição, tudo é constitucional, ou que nada é constitucional, o que vem a dar na mesma.

Não iremos, por desnecessária, renovar aqui a discussão sobre se pode, ou não, haver um Estado que não seja constitucional. Estado quer dizer organização jurídica. Por mais rudimentar que esta seja, está aí a sua Constituição. Já o sabia o velho ROSSI (6), e é o que, em nossos dias, torna

---

(4) BARBOSA, Rui —, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio, 1893.

(5) Cf. LABOULAYE, Édouard —, *L'État et ses limites, suivi d'essais Politiques*, Paris, 1863, p. 242.

(6) ROSSI, P. —, *Cours de Droit Constitutionnel*, Paris, 1866, vol. I, p. 6.

a ensinar SANTI ROMANO (7). No caso do Brasil, a juridicidade da Constituição de 10 de novembro é indiscutível: a) pelo reconhecimento tácito, ou expresso, do Estado Novo, por parte das potências estrangeiras; b) pelas modificações políticas e administrativas que pacificamente se introduziram no país, em virtude da Constituição (interventorias, departamentos administrativos etc.); c) pelo prosseguimento da tarefa legislativa; d) pela aplicação regular das novas leis, e pelo acatamento que lhes tem dispensado o Judiciário; e) por não ser novidade, na História, a ratificação plebiscitária de uma Constituição. As divergências, se houver, serão de cunho político, e não interessam a compreensão do *factum* constitucional.

O art. 180 da Constituição não confundiu o Legislativo com o Executivo. Atribuiu tão só as respectivas funções ao mesmo órgão, temporariamente, “enquanto não se reunir o Parlamento Nacional”. Conquanto a distinção seja teórica, dela decorre importante ensinamento. Não pode o Chefe de Estado “converter em lei a sua vontade específica” (8). É, cientificamente falando, um ditador, mas um ditador adstrito à Constituição. Quer dizer que, quando legisla, não lhe é permitido ir além do que nela se contém, sob pena de ser a lei inquinada de inconstitucional.

O próprio poder público assim o tem compreendido, desde que, até agora, teve a cautela de publicar leis especiais, que, emendando artigos da Carta, criassem para ele outras tantas fontes de autorização. Essas leis constitucionais são já em número de oito: n. 1, de 16-5-1938, emendando o art. 122 n. 13; n. 2, de 16-5-1938, emendando o art. 177; n. 3, de 18-9-1940, emendando os artigos 23 e 35; n. 4, de 20-9-1940, emendando o art. 20; n. 5, de 10-3-1942, emendando os artigos 122, 166 e 168; n. 6, de 13-5-1942, emendando o art. 143; n. 7, de 1-10-1942, emendando o art. 173; e

---

(7) ROMANO, Santi —, *Corso di Diritto Costituzionale*, Pádua, 4.<sup>a</sup> ed., 1933, p. 10.

(8) MONTE ARRAIS, *O Estado Novo e suas diretrizes*, Rio, 1938, p. 82.

n. 8, de 12-10-1942, esclarecendo os artigos 177 e 182 da Constituição. Sete leis de emenda, propriamente ditas, e uma, a última, que é uma Lei de Interpretação, a valer também como lei de emenda, desde que só o poder constituinte é capaz de esclarecer, autenticamente, a vontade do legislador constitucional. A objeção de que o texto da Constituição deve ser permanente, tem valor relativo, nas quadras em que a realidade desafia as mais arrojadas previsões.

As alegações de inconstitucionalidade continuam, pois, a ter cabimento. E é ainda aos tribunais que compete decretá-la, por maioria de votos da totalidade dos juizes respectivos. Não obstante, distanciâmo-nos da prática anterior, com instituir um sistema híbrido, que despojou o Judiciário das galas de intérprete último da Constituição.

Efetivamente, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderá ele submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. E' o que dispõe o art. 96 § único da Constituição.

Em teoria, nada mais natural que erigir a representação popular, por provocação do Presidente da República, em juiz derradeiro da questão. Acostumados ao uso do *judicial control*, estranhámos um pouco o novo sistema. Convenhamos, todavia, em que o assunto é controvertido, na doutrina e na legislação. Na Europa, principalmente depois da guerra de 1914, esteve em foco o tema dos tribunais constitucionais, não se tendo chegado, a respeito dele, a um acôrdo. A prática norte-americana não adquiriu prestígio universal. CARL SCHMITT foi mesmo entusiasta do Chefe de Estado, como guarda da Constituição. E é notavel que o eminente escritor haja desenterrado do pó dos arquivos, para elogiá-lo calorosamente, como cousa digna de ser revivida, o *pouvoir neutre, intermédiaire ou modérateur*, preconizado por CONSTANT e acolhido pela Constituição brasileira de 1824 e

pela Carta portuguesa de 1826 (9). Que muito é, portanto, que o Brasil haja instituído uma guarda constitucional triplíce, por parte do Judiciário, do Executivo e do Legislativo? (10).

O decreto-lei mais importante, fundado nesse assento constitucional, foi o de n. 1.564, de 5 de setembro de 1939, confirmando os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram a imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, e declarando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes que tivessem decretado a inconstitucionalidade desses mesmos textos. Ainda assim, a 31 de outubro de 1941, o Supremo voltava ao assunto, e, em declaração de voto, sustentava o ministro VALDEMAR FALCÃO que “não ha inconstitucionalidade nenhuma na cobrança do imposto de renda, sobre os vencimentos de magistrados ou funcionários estaduais, por isso que, não versando tal imposto sobre os “serviços” a que pertencem esses funcionários, mas, sim, sobre o “rendimento” que percebem por sua atividade econômica considerada como tal, não incide esse tributo na proibição constitucional do art. 32 letra c da vigente Constituição, da mesma forma que já não incidia no disposto pelo art. 17, n. X, da Constituição de 1934”.

A estranheza não é de ordem doutrinária. Quando o Parlamento estiver reunido, e puder debater as propostas nesse sentido feitas pelo Presidente da República, apreciaremos melhor a interessante novidade. O próprio Judiciário não se deve sentir diminuído por essa limitação constitucional. Contudo, desde que se não imagina a sua existência, a não ser em ambiente de majestoso respeito, é bem de ver que, por motivos evidentes, aconselha a prudência o mais exemplar comedimento, na cassação legislativa das suas decisões.

---

(9) SCHMITT, Carl —, *Der Hüter der Verfassung*, Berlim, 1931.

(10) Cfr. ESTELITA LINS, Augusto E. —, *A Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, Rio, 1938, págs. 13 e segs.

Feita dessarte a conciliação entre o passado e o presente, entre a doutrina e a prática, resta um ponto a examinar.

Se a nossa Constituição é escrita, e, pelo menos à primeira vista, rígida, desde que as suas emendas, modificações ou reformas hão de se nortear pelo processo do art. 174 e parágrafos, não se nega, em análise mais percuciente, que é igualmente flexível, *ex vi* da faculdade do art. 96 § único. De fato: qual a posição que ocupam, em nosso arcabouço jurídico, as leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário, mas revigoradas, agora pelo Presidente da República, como substituto do Parlamento, e, mais tarde, por este mesmo? E' claro que a de leis adicionais à Constituição, sempre reformáveis, porém, pela via ordinária. E' o que caracteriza as Constituições flexíveis. A Carta de 10 de novembro segue, dessarte, um sistema mixto, e dela se pode dizer que é, a um tempo, rígida e flexível. As Constituições flexíveis, como as da Inglaterra, e a da Hungria, se caracterizam mais pelos costumes, e pelos *precedentes*, que pelos textos expressos. A nossa Constituição, que é formada da Carta de 10 de novembro, das leis constitucionais de emenda e das leis ordinárias revalidadas, será sempre escrita. E' assim que o Direito Público se vai transformando diante dos nossos olhos. E é assim que os homens de boa vontade têm de estar sempre prontos a rever as cousas aprendidas, mesmo aquelas que lhes pareciam definitivamente assentadas e de longuíssima duração. A verdade inteira é que, à margem do diploma de 10 de novembro, divisa-se, como que em um mundo a sair de uma nebulosa, a estruturação de uma nova ordem, que pode não ser tão esquemática como as que se descrevem nos velhos compêndios, mas que, sem dúvida, é mais realista, mais consentânea com o deslocamento, em favor do Executivo, do centro de gravitação dos poderes políticos.

# Concepção sintética do Direito

(Notas á margem da obra de Spencer Vampré)

*Goffredo Junior*

*“Busquemos a verdade em nosso proprio jardim”*. (SPENCER VAMPRÉ, “As Leis fundamentaes da Evolução Juridica”).

*“Não ha direitos, mas, um direito”*, (SPENCER VAMPRÉ, “O que é o Codigo Civil”, “Considerações geraes sobre o Codigo Civil”, pg. 142).

A idéia destes apontamentos surgiu com a leitura das seguintes frases singelas: “Quando Newton formulou a lei da gravidade universal, sugerida pela maçã que deante dele caiu ao solo, colheu sem sair do seu jardim, a verdade fundamental que revolucionou a astronomia, a fisica e com ela toda a ciência humana. *Busquemos a verdade em nosso proprio jardim* observando em torno de nós, e induzindo dos fatos mais triviais as leis que revelam. Partamos da idéia de que em torno de nós, *ao alcance de nossos olhos, estão as leis que buscamos*” (1).

Ao alcance de nosso olhar! Oh, racionalistas impenitentes, martirizadores da inteligência! Juristas do intemporal, da quinta-essência, do noumenon! Foi para vós, que SPENCER VAMPRÉ escreveu estas linhas. Elas declaram que não ha necessidade de ir buscar os elementos do Direito entre os mistérios insondaveis do universo, e perquiri-lo na essência incognoscível das causas das causas. O Direito não

---

(1) SPENCER VAMPRÉ, “As Leis Fundamentais da Evolução Juridica”, in Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados, vol. VIII, ns. 1 e 2 (o grifo é nosso).

medra nas regiões estratosféricas da razão pura ou da pura fantasia humana. Porque ele é um simples e real reflexo da vida — da nossa desencantada e miserável vida terrena.

PICARD, com sua intuição poética, bem exprimiu esta verdade inicial, ao exclamar: “De tudo quanto vejo, edifícios, árvores, pavimentos das ruas, calçadas, veículos de todo gênero, cães, cavalos, vestimentas, mercadorias entulhando as vitrines, não ha nada, nada que não esteja preso na rede ao mesmo tempo flexível e colossal do Direito” (2).

O próprio SAVIGNY, depois de fundar o Direito na imprecisa, inconsistente e indefinível “consciência geral do povo”, sente, percebe, adivinha que sua doutrina não teria *realismo*, si não reconhecesse a existência objetiva e perceptível do Direito. Escreve ele: “A base do direito positivo tem sua existência e sua realidade na consciência geral do povo. Mas essa consciência, invisível por sua natureza, como a reconheceremos? Nós a reconheceremos *nos atos exteriores* que a manifestam, *nos usos, nos hábitos, nos costumes*” (3).

Ninguém se iluda: o Direito não póde ser *apenas* uma Idéia, uma Consciência. Tem inteira razão o preclaro AHRENS, ao dizer: “Toda idéia que seja dada como princípio de direito, mas que não se ajuste, em seus fundamentos essenciais, à *vida real*, não será sinão uma idéia falsa de direito” (4).

No prefácio de seu livro “Do Espírito das Leis”, desejando aumentar o poder de persuasão de sua doutrina, MOSTESQUIEU fez questão de assinalar: “Não tirei meus princípios de meus preconceitos, mas da *natureza das cousas*” (5).

---

(2) EDMOND PICARD, “Le Droit Pur”, Paris, Bruxelas, 1899; XXVI, pgs. 56 e 57.

(3) M. F. C. DE SAVIGNY, “Traité de Droit Romain”, trad. por M. Ch. Guenoux, Paris, 1855; Tomo 1.º, Cap. II, § XII, pgs. 33 e 34.

(4) HENRI AHRENS, “Encyclopédie Juridique”, trad. por A. Chauffard, Paris, ed. Ernest Thorim, 1880; 1.º Vol., Liv. 1.º, Cap. 1.º, § 1., pgs. 18 e 19.

(5) MONTESQUIEU, “De l’Esprit des Lois”, Paris, ed. Garnier Frères, 1869; Prefacio.

Mas, é SPENCER VAMPRÉ quem exprime, com mais simplicidade e beleza, esse pensamento fundamental: “Busquemos a verdade em nosso próprio jardim”, porque “ao alcance de nossos olhos, estão as leis que buscamos” (6).

Em sua aula inaugural de 1932, este suave jardineiro da cultura jurídica explica: “Perceberam os apaixonados da Natureza, que o só segredo de vencê-la consiste em lhe obedecer as leis, e por isso a primeira vaidade de que se despiram foi da soberba com que julgaram infinita a supremacia da razão. — Aprenderam a querê-la e estimá-la, na aparente desordem de seus fenômenos, mas na profunda unidade de seus princípios, e a amá-la entranhadamente, amando os progressos do espírito humano, não já com o orgulho envaidecido de quem julga tudo saber e poder tudo, mas na coragem obstinada e prudente de quem conhece os limites da humana sabedoria” (7).

Nessas proposições, em que o mestre já revela um importantíssimo princípio do método jurídico, acham-se esboçadas as bases de uma doutrina inteira.

O Direito não póde ser a criação artificial da razão humana. A Natureza — inclusive a Natureza humana — tem suas leis e exigências. Ignorar as leis da Natureza, ou tentar revogá-las com decretos da razão, é praticar ato de estulta vaidade. A razão humana só poderá, de certa forma, “vencer” a Natureza, si conhecer e aceitar as leis desta. A primeira lição, pois, de SPENCER VAMPRÉ, é uma lição de prudência e de modéstia.

Desde logo, afasta-se o grande mestre dos chamados “idealistas”, isto é, de todos os moralistas voluntariamente cegos, daqueles que, fascinados pelo poder da razão, embandejaram seus próprios olhos, para que a clara luz da vida não fosse uma sombra sôbre a luz pura de suas criações

---

(6) SPENCER VAMPRÉ, “As Leis Fundamentais da Evolução Jurídica”, in Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados, Vol. VIII, ns. 1 e 2.

(7) SPENCER VAMPRÉ, “O Papel do Jurista na Hora Atual”, São Paulo, 1932; pg. 12.

intelectuais. SPENCER VAMPRÉ é realista. Ele não crê no intuitivismo de WOLLASTON, COUSIN, PRICE, MALEBRANCHE e ROSMINI; de SCHAFTESBURY e BUTTER; de MORE e CLARK. Ele não aceita o ultra-intelectualismo de KANT e HEGEL, o desenfreado apriorismo de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU. Distancia-se, portanto, dos néo-kantistas, como RENOUVIER, STAMMLER, DEL VECCHIO, KELSEN, RADBRUCH, LEGAZ LACAMBRA, RECASENS SICHES e ADOLPHO RAVÁ; dos subjetivistas ultra-extremados, como ALESSANDRO LEVI, BENEDETTO GROCE, SANTI ROMANO, THON e MAGGIORE.

Ele é o jurista de olhos abertos, de olhos postos na natureza das coisas. Aconselha a observação dos fenômenos, porque, para ele, a lei da vida está na própria vida.

A seus alunos, ensina: “Como ao velho poeta do Lácio, nada de humano é estranho ao jurista contemporâneo; sonda, por isso, no horizonte as nuvens que se adensam, perscruta, no fundo das aguas, as correntes ocultas, para que a grande nau da justiça humana singre segura o porto de salvamento” (8).

Ele bem sabe que o “porto de salvamento”, isto é, o que mais convém ao homem, o bem ético, é o que for solicitado pela essência humana. Eis porque sustenta que o Direito positivo deve ser adequado à natureza do homem. Eis porque insiste na necessidade de *conhecer* tal natureza. Ora, só é possível vir a conhecê-la, pela observação da realidade.

Com isto, o mestre demonstra que o método jurídico é, inicialmente, indutivo. Concorda, portanto, com JEAN DABIN, que declara: “é incontestável que um bom método manda tomar por ponto de partida de toda investigação de filosofia jurídica... o fato histórico, tangível e concreto” (9). CATHREIN, em sua *Filosofia do Direito*, também escreve:

---

(8) SPENCER VAMPRÉ, “O Papel do Jurista na Hora Atual”, São Paulo, 1932; pg. 24.

(9) JEAN DABIN, “La Philosophie de l’ordre juridique positif”, Paris, ed. Recueil Sirey, 1929; p. II, n.º 2.

“Nós outros admitimos que nosso conhecimento começa com a experiência” (10).

Fiel a esse princípio, SPENCER VAMPRÉ afirma: “Não nos vereis improvisar constituições políticas com a despreocupação facil com que se comentam, num club, artigos de jornal, entre baforadas de fumo, ou goles de coqueteil. Não assistireis, nesta casa (na Faculdade de Direito), ao contristador espetáculo, em que ignorantes se deliciam, de propôr as mais arrojadas refôrmas de organização social, como si as nações não obedecessem a leis orgânicas de desenvolvimento, e como si os povos se pudessem nortear ao sabor de mareantes, que nunca navegaram, e ante quem os velhos lobos do mar se limitam a calar e a sorrir” (11).

O mestre procura evitar, assim, um dos perigos que ameaçam todos os povos, e que foram tão claramente assinalados por COGLIOLO. O primeiro destes perigos, na expressão do illustre professor italiano, é o de que “alguns sonhadores, transpondo com o pensamento as conjunturas de tempo e de logar, percam as forças em refôrmas ideais e conduzam a sociedade à inércia do impossivel ou ao frenesi do irrealizavel” (12).

SPENCER VAMPRÉ compreende todo o mal das inovações precipitadas, e declara: “Evoluamos para fórmas mais perfeitas, mas, possivelmente perfeitas, e não apenas sonhadas para um mundo encantado que não existe sinão na desvairada imaginação de sonhadores” (13).

Mas, ai! Terá o grande mestre negado ou desaconselhado a intervenção retificadora da razão na história humana? Terá ele se filiado, sem reservas e sem objeções, à Escola Histórica do Direito? JOSEPH DE MAISTRE

---

(10) V. CATREIN, “Filosofia del Derecho”, Madrid, ed. Reus, 1940; pg. 37.

(11) SPENCER VAMPRÉ, “O Papel do Jurista na Hora Atual”, São Paulo, 1932; pgs. 25 e 26.

(12) PIETRO COGLIOLO, “Filosofia do Direito Privado”, trad. por Eduardo Espinola, Baía, 1898; Liv. 1.º, § 1.º, pg. 8.

(13) SPENCER VAMPRÉ, “O Papel do Jurista na Hora Atual”, São Paulo, 1932; pg. 19.

sustentára que as instituições humanas são como as arvores: crescem, sem que seja possível saber, exatamente, quanto cresceram cada dia; a formação e o desenvolvimento das instituições não dependem do homem, pois tudo, na sociedade, se faz *sem* ele e, muitas vezes, *contra* ele. Para esse inspirado autor da Escola Histórica, nenhuma constituição de Estado, digna desse nome, pôde resultar de uma simples deliberação; as leis, que forem escritas pelos homens, não devem passar de títulos declaratórios de direitos anteriores, impressos, não no papel, mas na consciência universal, e dos quais só se pôde dizer que existem, porque existem. Já BURKE se havia referido à “natural operação das coisas, que abandonadas a si mesmas, geralmente entram em sua verdadeira ordem”. E’ BURKE, também, quem escreve: “Sendo a ciência do govêrno tão prática e visando tão práticos fins, requerendo experiência, e até mais experiência do que qualquer pessoa, por mais sagaz e observadora, pôde obter em toda a vida — é com infinita cautela que qualquer homem deve se aventurar a demolir um edifício, que tenha atendido, toleravelmente, durante muito tempo, às conveniências comuns da sociedade, ou a construí-lo de novo, sem ter, diante dos olhos, modelos e patentes de comprovada utilidade”. E SAVIGNY proclamára o princípio de que o Direito é gerado, em toda parte, por forças internas e silenciosas, e não pelo arbítrio de um legislador (14).

Serão essas as idéias de SPENCER VAMPRÉ? Talvez não tenha o mestre dado ouvidos à acusação, feita por IHERING, de que tal doutrina “é um dos erros mais fatais que se pôde imaginar, porquanto vem aconselhar ao homem que espere, quando deve agir, com todas as suas forças e com pleno conhecimento de cáusa... incita-o a esperar, como se lhe dissesse que as coisas caminham por si mesmas, e que o melhor

---

(14) Sôbre o pensamento da Escola Histórica, vide ALEXANDRE CORREIA, “A Conceção Histórica do Direito”, São Paulo, ed. Livraria Editora Odeon, 1934.

a fazer é cruzar os braços, e esperar confiadamente...” (15). Talvez não tenha SPENCER VAMPRÉ dado atenção às observações de JACQUES LECLERQ: “Não é verdade que o homem seja, em tudo, como uma planta, submetido absolutamente, em todas as coisas, às necessidades das leis fisiológicas. O homem é um sêr livre, agindo de uma fôrma conciente e deliberada, capaz, em maior ou menor proporção, às vezes consideravelmente, como no caso de pensadores, de certos fundadores de religiões ou fundadores de impérios, às vezes imperceptivelmente, mas sempre numa certa proporção, de modificar o curso cego dos acontecimentos. — A historia é o encontro da fatalidade dos acontecimentos com a liberdade do homem” (16).

Ah! Bem sentimos que a alma vigorosa de SPENCER VAMPRÉ não se satisfaria com um princípio de méra contemplação. Porque, apesar de tudo, sua doutrina é de conciente otimismo. Ele confia no homem. Sabe que não é em vão que os homens se separam dos outros sêres, por suas nobres faculdades de pensar e de querer. Ele, que pregára a atenta observação da Natureza e que demonstrára que o método indutivo está na base de toda investigação jurídica, é ele quem declara: “Não procuremos os princípios do direito ao sabor de nossas conveniências políticas, ou do que parece serem as nossas conveniências políticas. *Ergamos os olhos para os princípios da justiça, que aí encontraremos o que é também soberanamente util. Cumpre não esquecer que justiça e utilidade são dois aspectos do mesmo conceito, são duas qualificações diversas do mesmo ato. Onde estiver a solução racionalmente justa e humana, aí está certamente o maior interesse nacional*” (17).

---

(15) R. VON IHERING, “A Luta pelo Direito”, trad. por José Tavares Bastos, Rio de Janeiro, ed. Livraria H. Antunes, 1936; pg. 12.

(16) JACQUES LECLERQ, “Leçons de Droit Naturel — Le Fondement du Droit et de la Societé”, Paris, 2.<sup>a</sup> ed., 1933; pg. 375.

(17) SPENCER VAMPRÉ, “O que é o Código Civil”, São Paulo, 1916; “O estrangeiro perante o Código Civil”, pg. 52.

Estas palavras têm o efeito de um jacto de luz. Toda a doutrina do mestre por elas se ilumina. Aqueles olhos que souberam contemplar a Natureza, bem conhecem sua exata função. SPENCER VAMPRÉ declara que não basta obter os dados da experiência; é preciso interpretá-los. Aquilo que nos *parece* útil, deve ser submetido ao juízo da razão, pois só é “soberanamente útil” o que fôr “racionalmente justo”.

Êi-lo, portanto, procurando evitar o segundo perigo, assinalado por COGLIOLO: o perigo de que “alguns míopes, sem fins elevados, se limitem à satisfação das necessidades próximas e urgentes, atrofiando o entusiasmo do progresso e vivendo, dia a dia, sem a esperança de grandes acontecimentos” (18).

SPENCER VAMPRÉ ensina que os dados da experiência, o “útil aparente”, devem ser interpretados à luz de superiores e imutáveis princípios de justiça. Imutáveis? Não teremos nós, com esta palavra, acrescentado, por nossa conta, alguma coisa ao pensamento do mestre? Não o cremos. Estamos seguros, pelo contrário, de que interpretámos, com fidelidade, a idéia do notável jurista. Pois, foi ele quem pronunciou a frase lapidar: “*Não ha direitos, mas, um direito*” (19)

Um só Direito. Isto é: inspirando todos os Direitos positivos, uma só noção do *justo*, do *bem juridico*.

Exprimindo este mesmo pensamento, FRANCISCO OLGATI escreveu: “Assim como os conceitos de *sêr* e de *vir-a-sêr* são imutáveis, embora mudem os sêres, assim não muda o conceito de *justo*, ou seja o conceito de *direito*, não obstante a sucessão incessante e sempre nova de novos direitos concretos” (20).

---

(18) PIETRO COGLIOLO, “Filosofia do Direito Privado”, trad. por Eduardo Espinola, Baía, 1898; Liv. 1.º, § 1.º, pg. 8.

(19) SPENCER VAMPRÉ, “O que é o Código Civil”, São Paulo, 1916; “Considerações gerais sôbre o Código Civil”, pg. 142.

(20) FRANCESCO OLGATI, “A Redução do Conceito Filosófico do Direito ao Conceito de Justiça”, Milão, ed. Giuffrè, 1932; pg. 95.

BECCARIA sustentára (embora com certa incongruência, relativamente a suas próprias idéias) que “a justiça humana, ou, si se quizer, a justiça política, não sendo sinão uma relação convencionada entre uma ação e o estado variavel da sociedade, póde variar tambem, à medida que essa ação se torne vantajosa ou necessária para o estado social” (21). Esta doutrina, tão superada pelo espírito claro de SPENCER VAMPRÉ, se resume no seguinte: A justiça humana, tambem chamada justiça política, não tem nenhuma relação com a moral, e existe em função dos interesses aparentes das sociedades. Seu objeto não é o *justo*, mas o *util*. Assim, o mesmo ato, em ocasiões diferentes, poderá ser qualificado pela justiça humana, como crime e como virtude. E’ evidente que tal doutrina, invertendo a ordem dos valores, conduz, não à justiça, mas à iniquidade sistematizada. MANOEL CARLOS FIGUEIREDO FERRAZ, em seus preciosos “Apontamentos sôbre a Noção Ontológica do Processo”, esclarece: “A idéia de *utilidade* exprime sómente uma relação de conveniência, que póde não coincidir com o honesto e com o bem, e é, portanto, insufficiente para informar a doutrina do direito” (22).

O *justo*, a que SPENCER VAMPRÉ se refere com tanta propriedade, é um aspecto particular do *bem*. Ora, a noção do *bem* não tem origem indutiva. O *bem* é aquilo para que os sêres livremente tendem (23). Esta proposição não é demonstravel, nem por via indutiva, nem por via dedutiva, porque ela é evidente por si mesma.

Quer nos parecer, pois, que SPENCER VAMPRÉ não se contenta com os dados fornecidos pelo processo indutivo. E’ claro que, ao fazermos esta afirmação, tomamos a expressão “processo indutivo” no sentido de *argumentação indutiva*, que constitue uma operação intellectual, e não no de

---

(21) BECCARIA, “Des Delits et des Peines”, trad. por Faustin Helie, Paris, 2.<sup>a</sup> ed., ed. Guillaumin et Cie., 1870; Prefácio, pg. 5.

(22) MANOEL CARLOS FIGUEIREDO FERRAZ, “Apontamentos sôbre a Noção Ontológica do Processo”, São Paulo, 1936; Cap. IV, pg. 74, nota 47.

(23) ARISTÓTELES, “Ética a Nicomaco”, Liv. 1.<sup>o</sup>, Cap. 1.<sup>o</sup>.

*indução psicológica*, que, sendo anterior a qualquer operação do intellecto, consiste na indispensavel passagem do conhecimento sensível para o conhecimento intelectual. Sem desprezar os referidos dados, conferindo-lhes, pelo contrário, sua exata importância, o mestre reconhece a necessidade de mais alguma coisa. Que coisa mais será preciso? E' preciso que a razão, *fundada em princípios superiores e evidentes*, reflita sôbre esses dados, decorrentes da experiência. Tal reflexão, como é obvio, ha de ser efetuada pelo processo dedutivo. E' assim que SPENCER VAMPRÉ aperfeiçoou a doutrina positivista do método jurídico, exposta pelo grande PEDRO LESSA e resumida na seguinte insustentavel proposição: "Todos os princípios e idéias fundamentais são resultados de induções" (24).

Ilustrando a tese de que existem supremos princípios de justiça, ditados pela natureza humana, o mestre cita as palavras de CÍCERO: "antes de compreender as leis, é necessário compreender a sociedade na sua formação; antes de applicá-las, é necessário conhecer bem o coração do homem" (25). E exclama: "*as leis do coração, mais fortes do que todas as leis humanas*" (26).

As leis do coração! Leis indemonstraveis, mas evidentes, de que o bem deve ser feito e de que o mal deve ser evitado. Princípios perenes, a cuja luz são interpretados os dados da experiência e as efêmeras leis positivas dos homens.

Assim como SPENCER VAMPRÉ se afasta, como vimos, do chamado "idealismo" jurídico, aparta-se, tambem, do puro "empirismo", isto é, dos moralistas que, exclusivamente fascinados pela natureza física e pelo mundo do fenômeno, esqueceram o poder creador da razão humana. Sendo realista, o mestre não deixa de confiar na liberdade dos sêres

---

(24) PEDRO LESSA, "Estudos de Filosofia do Direito", Rio de Janeiro, 1912; "Metodologia Jurídica", pg. 15.

(25) SPENCER VAMPRÉ, "A Arte de julgar nos Tribunais", in Revista Jurídica, 1.º Ano, n.º 7, 1916.

(26) SPENCER VAMPRÉ, "O que é o Código Civil", São Paulo, 1916; "O Código Civil e a Família", pg. 70.

racionais. É evidente, pois, que ele não pôde aceitar, sem restrições, o cego “vegetalismo” (27) de EDMUND BURKE, JOSEPH DE MAISTRE, JUSTUS MÖSER, FICHTE, ADAM MÜLLER, SAVIGNY, PUCHTA e STAHL. Não crê na imprecisa teoria dos “ideais sociais” de ARDIGÓ, nem no sociologismo de DURKEIM, de DAVY e de LEVY BRÜHL, nem na curiosa teoria do reconhecimento de BIERLING ou de DUGUIT. Não concorda com o utilitarismo de HUME, SMITH, BENTHAM, STUART MILL, DARWIN, HERBERT SPENCER, ROMAGNOSI e IHERING. Por conseguinte repudia as doutrinas etnológicas de GUMPLOWICZ e POST. Pelo mesmo motivo, não acolhe a Teoria Geral do Direito de MERCKEL, o exagerado positivismo de COMTE, o materialismo extremado de MARX, ENGELS e LORIA.

Equilibrado e sereno, SPENCER VAMPRE coloca-se numa posição intermediária, entre os exageros do “empirismo” e os excessos do “idealismo”. Dissemos “posição intermediária”, afim de que se tenha uma idéia imediata da situação de SPENCER VAMPRE, em relação às duas tendências “clássicas” do pensamento jurídico. Mas, em verdade, sua posição não é propriamente intermediária, pois sua doutrina não exclue as duas orientações referidas; antes, contém-nas e as supéra.

Desde logo, ressalta a beleza inconfundível dessa atitude intelectual.

O mestre, considerando o mundo do *ser* em função do mundo do *dever-sér*, soube reunir, em maravilhosa síntese, o *real* e o *ideal*. A tese e a antítese das teorias unilaterais, fundem-se em sua doutrina do Direito-Síntese.

Ninguém pense que sua bela afirmação de que “não ha direitos, mas, *um* direito”, possa conduzir à estagnação jurídica. A idéia de um Direito imutavel, longe de ser fator de inércia, é uma idéia-força, inspiradora constante das melhores refórmãs. Porque, esse conceito supremo não coincide jamais com os direitos positivos das nações, mas é o ideal cuja realização deve constituir o *leit-motiv* dos au-

---

(27) MIGUEL REALE, “Fundamentos do Direito”, São Paulo, 1940; Cap. II, n.º 11, pg. 45.

tênticos legisladores. A noção do *bem*, de que o *justo* é um aspeto particular, não obtida por argumentações indutivas ou dedutivas, mas apreendida imediatamente pelo coração do homem, provoca uma sêde insaciavel de perfeição.

Aliás, o próprio SPENCER VAMPRÉ, dando o exemplo, sempre proclamou as verdadeiras conquistas do Direito. Como jurista, tem sido um batalhador de primeira linha. Chega a justificar, em certos casos, embora raros, as revoluções feitas em pról do Direito. Diz ele que as revoluções são possíveis “quando uma nação se eleva ao choque elétrico das idéias; quando as idéias de um povo repercutem na mente de seus poetas, de seus pensadores, de seus soldados, de seus cidadãos, numa consonância de sentimentos, numa aspiração coletiva unica” (28). O que recomenda, porem, é que “amemos encarecidamente a pátria, mas, por isso mesmo, fujamos de martirizá-la como cobáia de laboratórios políticos” (29).

Seu ansêio de “ir para a frente” patenteia-se em seu desconsôlo, quando verifica que “o direito está infelizmente ainda na fase em que se achava a astronomia antes de NEWTON e de KEPLER; a química antes de LAVOISIER e BERTHELOT; a fisiologia antes de CLAUDE BERNARD e de PASTEUR; a história natural antes de DARWIN e CUVIER” (30).

Coerente com suas idéias, SPENCER VAMPRÉ nunca permaneceu nas cômodas retaguardas intelectuais. Ao se promulgar o Código Civil Brasileiro, invetivou, nos seguintes termos, os entravadores do progresso jurídico nacional: “Para os espíritos entorpecidos na rotina; para os que já uma vez estudaram e não sentem forças de reformar as próprias idéias; para os advogados envelhecidos na profissão que têm de reexaminar cada um de seus atos, outrora automáticos, e verificar si o Código os autoriza; para os juizes

---

(28) SPENCER VAMPRÉ, “O que é o Código Civil”, São Paulo, 1916; “O Código Civil e a Propriedade”, pg. 84.

(29) SPENCER VAMPRÉ, “O Papel do Jurista na Hora Atual”, São Paulo, 1932; pg. 19.

(30) SPENCER VAMPRÉ, “O que é o Código Civil”, São Paulo, 1916; “O Código Civil e as Sucessões”, pg. 125.

desanimados pela injustiça dos governantes, e pela ferrugem da longa judicatura, sem incentivos e sem esperanças; o Código é um hospede inoportuno, que lhes sofrerá todo o fêl das queixas” (31). O mestre afirma que, muitas vezes, a opinião dos passadistas não é produto do raciocínio. Tal juízo “é ditado pelo amor ao pretérito, pelo afêro às idéias antigas, pelo desprezo natural que têm os velhos às leis novas, pela presunção comum nos juristas de que os antigos pensaram, decidiram e escreveram melhor que os modernos”. E acrescenta: “Não esqueçamos que os *laudatores temporis acti*, os louvadores do tempo antigo, são os mesmos, desde as sátiras de HORACIO até hoje, e serão os mesmos até a consumação dos séculos” (32).

Tais palavras, pronunciadas em 1916, nunca foram mais oportunas do que o são nos dias atuais, em que vivemos.

O pensamento jurídico de SPENCER VAMPRE não conduz, portanto, à estagnação e à inércia. Pelo contrário: esse lúcido pensamento, fundado numa clara filosofia realista, é de entusiasmo, de esperança e de inextinguível mocidade.

Sim, de mocidade. Mocidade, no sentido em que o próprio mestre a ela se referiu, ao falar a seus discípulos: “sejam eternamente moços, da mocidade imortal do espírito...” “quanto mais envelheçam, mais remocem pelo ideal e pela fé, pelo amor ao Brasil, pelos ímpetos bons e cavaleirosos, que não conhecem castas, nem riquezas, nem poderes, nem raças, nem credos” (33). Mocidade, no mesmo sentido em que ele a compreendeu, quando proclamou: “aqui dentro (dentro da Faculdade) os velhos mestres rejuvenecem cada ano” (34).

Eis porque seus ideais jurídicos coincidem com as melhores aspirações do pensamento moderno.

---

(31) SPENCER VAMPRE, “O que é o Código Civil”, São Paulo, 1916; “Considerações Gerais sôbre o Código Civil”, pg. 141.

(32) SPENCER VAMPRE, “O que é o Código Civil”, São Paulo, 1932; “Considerações Gerais sôbre o Código Civil”, pg. 142.

(33) SPENCER VAMPRE, “Discurso de Paraninfo”, São Paulo, 1925.

(34) SPENCER VAMPRE, “O Papel do Jurista na Hora Atual”, São Paulo, 1932; pg. 29.

# Spencer Vampré

Octavio M. Guimarães

Conheço SPENCER VAMPRE desde a meninice, pois, embora nascido em Limeira, viveu ele essa quadra da sua vida em Rio Claro, minha terra natal. Fui tambem seu colega de Academia, na turma que iniciou o curso no ano de 1905 e se formou em 1909. E' justificavel, pois, que procure recompôr alguns traços seus e tente ressoar de novo alguns sons adormecidos da nossa vida comum.

O ensino de direito, no meu tempo, era, em regra, abstrato, isto é, o professor assentava desde logo o princípio juridico e depois desenvolvia o assunto, jogando quasi que exclusivamente com dados irreais.

O tema juridico se deslocava do plano concreto e vivo da realidade para o conceitual. Não atentavamos então no homem que era o precisado das regras jurídicas, mas nos movíamos num mundo imaginário, envolvidos num turbilhão de fórmulas e conceitos que mal deixavam pressentir que tudo aquilo haveria de ter, afinal, um objetivo prático, ou humano ou social.

Inquiria-se, por exemplo, em direito civil, da definição de ação no direito romano. À força de pesquisa e trabalho, os mais estudiosos podiam responder, e respondiam: — "*jus perseguendi in judicio quod sibi debetur*". Todavia o Lente não se satisfazia, e intervinha logo, arguindo essa definição de incompleta ou defeituosa. E argumentava, afirmando que o texto referia-se somente à ação pessoal, expressa na palavra *deberi*, quando existia ainda a ação real, resultante da propriedade. É claro que ao principiante a dificuldade se antolhava tremenda; e o pobre do arguido se

debatia então, misero e mesquinho, ante o enorme silêncio que esperava a sua solução.

Um ou outro, mais afortunado, lera por acaso a lição de JOÃO MONTEIRO sobre o assunto; e por isso trazia nas suas mãos a chave do mistério, e podia decifrá-lo, dizendo, como dizia, que o verbo *deberi*, conforme texto expresso, abrangia todas as ações: — “hoc verbum *deberi*, escrevera ULPIANO, *omnem omnium actionem comprehendere intelligitur*”; e depois era certo que a própria ação real se reduzia, enfim, a uma ação pessoal, quando o procedimento do prejudicado se endereçava contra o infrator do seu direito. A ação era real para lhe competir o poder de afetar qualquer transgressor. Verificada, porém, a transgressão, transmudava-se de indole, para abranger, então, somente o ofensor.

SPENCER VAMPRÉ não se conformava com esse método mais ou menos generalizado; não se afazia a esse ambiente de idealidade e palavras, e quis que o direito vivesse e passasse também pela carne e pelo sangue do homem. Mais tarde ele condensou essa rebeldia do seu espírito neste aforismo pedagógico: “o direito é um conjunto de princípios que unicamente adquirem vida em face dos fatos”.

Para nós, seus companheiros de classe, foi assombro e espanto, uma coisa nunca dantes vista nem imaginada, ver o menino que ele era então, levantar-se, e redarguir ao mestre, contradizê-lo abertamente, falando inextinguivelmente, nesse tom suave e quasi sussurante que ele conserva até hoje, como quem era dono de um mundo e fazia questão de revelá-lo.

Formulavam-se as objeções; as réplicas se cruzavam; a palavra lampejava ardente e inquieta; e, terminada a aula, SPENCER VAMPRÉ ainda estava dizendo, queria dizer ainda, com a boca cheia do que dizer.

A mocidade, às mais das vezes, não ama a superioridade do seu companheiro; não se conforma que um ou outro se sobreponha aos demais. Talvez essa tendência provenha do ímpeto das primeiras forças vitais, que ainda não têm nem pausa nem serenidade para lobrigar as diferenciações.

SPENCER VAMPRE se relevava, porém, com tão grande luminosidade, que essa sua projeção fulgurante havia de ser reconhecida e aceita, como foi.

Seria também esforço vão empanar um brilho que resplandecia com tamanha refulgência, ou diminuir o conceito de um nome que bravamente imposera a todos a sua grandeza.

Aliás ninguém se afoitaria a esse cometimento ingrato e máu, porque o menino que ele era, já trazia desde então o mesmo sorrir suave e bondoso, com que o homem de hoje enlaça e prende os corações.

Até nisso a natureza lhe foi dadivosa, adornando-o desse escudo com que os prendados rebatem e desarmam as antipatias e as hostilidades. Tem ele “o meio mais eficaz de apagar a inveja, que é, na frase de VIEIRA, repartir a felicidade”.

O menino que ele foi deu o homem que nós esperávamos. Essas primeiras forças robustas se multiplicaram; seu raciocínio se firmou e se alargou, e sua visão dos fatos e das coisas se estendeu por horizontes dantes pouco devassados, como testificam suas obras jurídicas que o Brasil inteiro conhece.

Seu primeiro trabalho jurídico foi o comentário sobre as leis das sociedades anônimas; uma empresa à altura do seu valor, pois então tal materia jazia quasi que inexplorada e desconhecida.

Seguiram-se depois, como um prelúdio das obras definitivas, suas conferências sobre o Código Civil, em que nós todos admiramos o destemor do seu pensamento e a linguagem onde tudo explende, desde a musica dos vocábulos, numerosos e expressivos, até a nitidez do conceito e a lógica inatacavel do raciocínio.

Vieram, em seguida, seus grandes livros — “Manual de Direito Civil Brasileiro” e “Tratado Elementar de Direito Comercial”; e várias monografias, onde o pensamento denso atesta mais veementemente a robustez do jurisconsulto.

Em vez de rastrear a particularidade, ou o caso singular, para se encaminhar em seguida à generalização, SPENCER VAMPRÉ estadeia primeiramente o princípio jurídico, para decompô-lo depois, analisando só então cada um dos elementos de que o conceito se entretém. Vemos todos, imediatamente, a idéia geral, embora obscura e incerta, e logo nos apossamos do seu sentido exato, assim que o expositor clareou todos os seus recantos. E' certo que toda idéia, ou todo conceito se constitue de uma multiplicidade de pesquisas de que por fim se abstrai, para que persista a conclusão. Mas é incontestavel tambem que os espíritos preparados preferem a visão do conjunto e sua particularização posterior, a um exame parcial e fragmentário do assunto até atingir ao seu conhecimento integral. O "Manual de Direito Civil Brasileiro", que ele escreveu em 1920, como "síntese elementar do direito e da legislação", foi o primeiro trabalho sistemático que se publicou sobre a matéria. Expõe-se aí a regra legal, ou o princípio jurídico, e desenvolve-se depois o tema dentro de algumas das suas particularidades, e sempre com qualquer explicação sumária acerca do fundamento filosófico da norma jurídica. Vêm os olhos o assunto, à primeira vista, na sua configuração essencial, e após as explanações sucessivas, a nossa intelligência compreende toda a matéria.

No ápice de sua carreira, se lhe fôra lícito pedir, pediríamos que refunda e amplie essa obra, escrevendo o livro que nos falta, as "Instituições do Direito Civil Brasileiro", e dando ao país o monumento que nós todos ainda esperamos dele e que erga seu nome à mesma immortalidade de LAFAYETTE e TEIXEIRA DE FREITAS.

Todos nós, no nosso instante de vida, somos responsaveis pelo que acontece; tudo o que nos rodeia se impregna da nossa pessoa.

Os aquinhoados de Deus, como ele foi, têm o dever de compartilhar com os outros homens os frutos dos seus dons. O individuo não pode encerrar-se no seu eu ou no seu canto, e viver, como vivem os inúteis e os egoistas, pois o sen-

tido divino da vida, o milagre da existência, a elevação da alma humana, todos esses sinais de altura indicam que os dias do homem não podem correr por onde correm seus interesses e comodidades, mas devem orientar-se mais alto, pelos deveres de solidariedade para com os seus semelhantes.

Para esse destino tem SPENCER VAMPRÉ todos os predica- dos: — a experiência que os anos dão; a compreensão do homem, das suas reações e das suas necessidades; capacidade invulgar de síntese e de clareza, sinal de idéias longamente inquiridas; e, por fim, essa poderosa inteligência capaz de vêr e expor os assuntos de seu pendor, desde as ramificações mais miudas e distantes até os cimos das supremas generalizações.

# Trabalhos de alunos

# A renovação do registro das marcas de indústria ou comércio (\*)

*Constantino de Campos Fraga*

## CONCEITOS PRELIMINARES

1. Quando VIVANTE analisou a monumental obra de KOHLER, um dos maiores méritos que nela assinalou, ao lado do vigor sistemático, foi a messe de princípios estatuidos pelo comercialista teuto, princípios estes “*capazes de defender energicamente a atividade comercial, contra a con-*

---

### (\*) FUNDAÇÃO PRÊMIO “CARVALHO DE MENDONÇA”

Três alunos da cadeira de direito comercial do curso de bacharelado candidataram-se, em igualdade de condições ao Prêmio “Carvalho de Mendonça”, de 1941: Egberto Lacerda Teixeira, João Pedro da Veiga Pacheco e Constantino de Campos Fraga. Sortenda, da lista de teses, aprovada pela Congregação dos Professores da Faculdade de Direito, nos termos do § 1 do art. 11 dos estatutos da fundação, a epigrafada “A renovação do registro das marcas de indústria ou comércio”, apresentaram os três, no mesmo dia que lhes fôra marcado, as suas dissertações sobre ela.

Justificam os três trabalhos, realmente, as notas distintas por eles alcançadas nos exames finais da matéria, nos três anos do curso. Exposições metódicas e serenas. Segura indagação legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre assunto relevante, que a escassez de tempo não permitiu lhes fosse explicada, senão referencialmente. Houveram-se, não obstante, com galhardia. Para ter idéia de como examinaram a matéria, no particular e no geral, basta percorrer o sumário de cada dissertação. Por coincidência, cada qual dividiu a sua em onze capítulos, um, mais sucintamente, João Pedro da Veiga Pacheco, em poucas páginas. Estendeu-se a de Constantino de Campos Fraga por quarenta e sete, afóra as de transcrições de julgados. Mais do dobro, setenta e oito, ocupou a de Egberto Lacerda Teixeira. Em verdade, nem sempre o maior número de páginas condiz com o merecimento do trabalho jurídico. Tal entretanto na hipótese não aconteceu. Se as duas últimas monografias revelam senso jurídico e de investigação doutrinária, suplantando, mesmo, pelo vigor e coragem da afirmação doutrinária, muitas das dissertações ultimamente apresentadas aos concursos de livre docência, a de Egberto Lacerda Teixeira lhe confere direito ao Prêmio “Carvalho de Mendonça”, de 1941. E’ ela, sem dúvida, a melhor das três, pela maior amplitude panorâmica do problema, visto por ângulo mais largo.

*corrência desleal*” (1). Anos depois, quando ALFREDO ROCCO se referiu à atividade magistral de VIVANTE no domínio do direito comercial, destacou, dentre as excelências de sua obra, “o mérito de ter formulado com precisão e haver fielmente seguido o preceito que põe, como *base de todo o tratamento jurídico no campo do direito comercial, o estudo da estrutura econômica e técnica dos institutos*” (2).

O exemplo dos mestres não deve ser deslembrado. Se desejamos bem apreender o conteúdo de um organismo do direito comercial, se queremos chegar ao conhecimento íntimo da engrenagem legislativa e judicial que o rege, faz-se mistér, além dos conhecimentos jurídicos, a observação atenta da realidade econômica.

Esta tem sido a orientação de nossos homens de governo, desde ha varios lustros, perfilhando uma tradição de cunho realista e patriótico, sempre mantida no correr de nossa existência como nação.

Já em 1875 a Comissão de Justiça Criminal da Câmara dos Deputados se norteava pela necessidade de proteger a indústria desabrochante (3), afirmando mais tarde as Ses-

---

Não lhe fica muito distanciada a de Constantino de Campos Fraga. Reunem-se nela tantas qualidades, que bem merece menção especial.

Sem entrar na crítica das doutrinas desenvolvidas e sustentadas pelos candidatos, os professores catedráticos da disciplina e diretores da fundação, são de parecer:

a) que o Prêmio “Carvalho de Mendonça” seja conferido ao melhor estudante de direito comercial do curso de bacharelado do triênio de 1939 a 1941, da Faculdade de Direito de São Paulo: o sr. Egberto Lacerda Teixeira. Consistirá o prêmio em diploma, expedido pelo exmo. sr. Diretor, e a ser entregue solenemente, em Congregação; num cheque de mil e quinhentos cruzeiros e numa coleção, encadernada, do “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, do saudoso patrono da fundação, cujos nome e obra jurídica ela consagra e perenemente rememora;

b) que, em consideração pelo merecimento da dissertação do sr. Constantino de Campos Fraga, lhe seja conferido, na mesma Congregação, o diploma de menção honrosa.

Em Congregação dos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aos 30 de novembro de 1942.

(1) VIVANTE, “*Trattato di Diritto Commerciale*”, p. 29, n.º 860, nota 16, vol. 3.º, 5.ª ed. reimpressa em Milão, 1935.

(2) “*Principios de Direito Comercial*”, p. 79, n.º 18, tr. C. DE MONCADA, S. Paulo, 1931.

(3) Parecer da Comissão de Justiça Criminal da Câmara dos Deputados, 19/3/1875, in BENTO DE FARIA — *Marcas de fábrica e nome comercial*, p. 35, n.º 8 — Rio, 1906.

sões reunidas no Conselho de Estado, ser “ao desenvolvimento dos recursos nacionais que o legislador deve principalmente atender” (4).

No decurso de nossas indagações, teremos sempre em vista os reflexos econômicos das diversas doutrinas que porventura analisarmos, sendo este um dos critérios aferidores de sua maior ou menor valia no quadro das realidades econômicas.

2. Este mesmo cunho realista, deve nos auxiliar no exame cuidadoso dos conceitos emitidos pelos grandes comercialistas, os quais, quando escreviam, nem sempre tinham em vista situação jurídico-econômica semelhante à nossa.

Não podemos desprezar o tesouro imenso de experiência científica acumulado nas páginas dos luminares do direito comercial. “A experiência alienígena é semelhante ao mapa de uma região que ainda estamos a explorar”, disse Z. CHAFEE JR., e como tal deve ser aproveitada (5).

Não esquecendo, portanto, de observar as coisas “brasileiramente”, dentro de nosso sistema jurídico, amoldado ao nosso meio econômico, estaremos aptos a tirar todo proveito da ciência estrangeira, sem correremos o risco de crear teorias como castelos no ar, sem apôio em nossa realidade jurídico-econômica.

3. Teremos sempre em mãos a jurisprudência de nossos tribunais, a qual, se hesitante e relativamente escassa na matéria que nos preocupa, nem por isso deixa de ser fonte riquíssima de ensinamentos. E’ nela que observamos a luta das teorias que procuram se adaptar às necessidades econômicas, ora satisfazendo-as, dando-nos a impressão de um instituto jurídico que atinge plenamente a sua finalida-

---

(4) Sessões reunidas do Conselho de Estado, in AFONSO CELSO (OURO PRETO) — Marcas industriais e nome comercial, p. 22, n.º 13 — Rio, 1888.

(5) ZECHARIAH CHAFEE JR. — Unfair competition, in Harvard Law Review, p. 1.321, vol. 53 — 1940.

de, ora debatendo-se em acórdãos dissidentes, em recursos inextinguíveis, fazendo saltar a nossas vistas a realidade econômica que se revolta contra a roupagem que se lhe quer ajustar.

#### AS MARCAS DE INDÚSTRIA E COMÉRCIO — SUAS FUNÇÕES

1. Dentre os diversos institutos de direito comercial, é sem dúvida o das marcas de indústria e comércio daqueles que mais intimamente ligados se acham ao desenvolvimento econômico da sociedade, nele poderosamente influenciando.

“A marca é a concretização do crédito mercantil e industrial: a reputação do negociante ou do produtor materializada num emblema visível”, disse magnificamente RUI BARBOSA (6).

As funções da marca são várias, decorrendo de sua natureza e não unicamente do caráter que porventura lhe atribua tal ou tal outra lei. Assim, não é sua função exclusivamente “assinalar os produtos industriais e os artigos do comércio, distinguindo-os de outros de procedência ou origem diversa”, como diz GAMA CERQUEIRA ser a noção decorrente de nossa legislação (7). Mesmo que a lei não o declare, exerce a marca funções outras de suma importância, decorrentes de sua própria razão de ser, das necessidades econômicas que é chamada a satisfazer.

Primariamente, tem a marca por função identificar o produto, indicando-lhe a proveniência. Disse VIVANTE, no estilo elegante que lhe é peculiar, servir a marca para trazer ao comerciante “il merito o la colpa del suo lavoro, come la spola lanciata dal tessitore che gli riporta tessendo i frutti della sua fatica” (8).

---

(6) “As cessões de clientela”, p. 75, n.º 54, Rio, 1913.

(7) “Marcas de Fábrica”, vol. II, p. 40, n.º 23, S. Paulo, 1930.

(8) Ob. cit., vol. 3.º, p. 28, n.º 858. No mesmo sentido POUILLET, “*Marques de fabrique*”, p. 14, n.º 5, Paris, 1898; BOSIO, “*Marchi e segni distintivi*”, p. 309, n.º 154, Turim, 1904; VIVANTE, ob. cit., vol. 3.º, p. 31, n.º 863.

Identificando a mercadoria com seu autor, é a marca uma garantia de sua reputação, um meio de lhe assegurar a própria clientela. Daí a função de “coletor de clientela”, de auxiliar preciosa do industrial no bom êxito da atividade econômica. Tal é sua importância, que um dos mais recentes tratadistas italianos sobre a matéria, GHIRON, chega a afirmar consistir a “*verdadeira* função da marca... na sua “*opera penetratrice*” junto ao público, ação com a qual se apressa o processo de formação da clientela” (9).

Mas, não termina aí o papel da marca na ordem econômica. Tendo auxiliado a conseguir a clientela, ela impede que os indivíduos acostumados a confiar em determinada marca, símbolo de um bom produto, sejam enganados, vindo a adquirir mercadorias inferiores, de outros fabricantes que usem do mesmo sinal distintivo. É a marca uma arma contra a concorrência desleal, uma barreira à ação do industrial ou comerciante sem escrúpulos (10).

“O orbe sedento quer cerveja, não explicações”, disse numa decisão judicial LORD MACNAUGHTER (11). Mas, é preciso que compre a cerveja que realmente pensa comprar. A marca é uma garantia, não só para o produtor, como também, e em grande parte, para o consumidor. Ela impede que o comprador incáuto, ou impossibilitado de conhecer à primeira vista a qualidade do produto, devido à própria natureza deste, seja enganado em sua boa fé. Permite-lhe que confiando num símbolo externo adquira a mercadoria que deseja, da qualidade que lhe convém.

Ora, um símbolo que identifica um produto, assegura a clientela, impede a concorrência desleal, impossibilita a

---

(9) “Corso di Diritto Industriale”, p. 8-9, § 77, 2.º vol., Roma, 1937.

(10) “A marca... é como que uma barreira levantada ao redor do produtor... para impedir que outrem invada, de qualquer maneira, seu campo de atividade”, CARNELUTTI, “Diritto al marchio e registrazione”, n.º 7, p. 345, de “Rivista del Diritto Commerciale”, vol. 10, parte 2.ª, Milão, 1912.

(11) MONTGOMERY v. THOMPSON, (1891) A. C. 217, 225 — “Harvard Law Review”, p. 1.297, vol. 53, 1940.

fraude aos consumidores, tem evidentemente interesse para a coletividade. “Si a prosperidade dos Estados depende da plena segurança e máximo desenvolvimento da iniciativa privada, nenhuma instituição merece mais o patrocínio da lei do que a das marcas industriais”, disse OURO PRETO (12). E, faz-lhe éco toda a corrente dos comercialistas, não só pátrios, como alienígenas, acordes em ressaltar o muito que ha de interesse geral na proteção às marcas de indústria e comércio (13).

2. Tendo ainda ante os olhos o quadro das funções exercidas pela marca, não nos devem surpreender as diferenças que encontrarmos entre a tutela jurídica destas e a que ampara o seu instituto vizinho, as patentes de invenção.

Com efeito, bem diversa é a situação. De um lado temos um símbolo que de tal maneira adere ao produto que qualifica, que a ele se incorpora, formando um tódo indivisível aos olhos do público acostumado a associar a mercadoria à marca que a caracteriza. E’ uma criação do produtor, fruto de seu trabalho, em cuja conservação e defesa têm interesse não só ele como toda a sociedade.

Doutra parte encontramos um direito de exceção, incentivando inventores por meio de um privilégio que é contra a natureza dos bens creados, e que por isso mesmo é, e não poderia deixar de ser, provisório. “A regra geral do direito” diz o célebre juiz BRANDEIS, “é que as mais nobres produções humanas — conhecimentos, verdades inegáveis, concepções, e idéias — se tornem, depois de comunicações vo-

---

(12) Ob. cit., p. 45, n.º 32.

(13) ASCARELLI, “Istituzioni di Diritto Commerciale”, p. 47, n.º 4, Milão, 1938; VIVANTE, ob. cit., p. 23-24, n.º 856, 3.º vol. e p. 29-30, n.º 861, ob. e vol. cit.; CARVALHO DE MENDOÇA, “Tratado de Direito Comercial”, p. 240-241, n.º 224, — vol. 5.º, 1.ª parte, Rio, 1919, e p. 242, n.º 225, vol. cit.; CARLOS DA SILVA COSTA, Parecer *in* Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, “Razões da Apelante”. p. 364, S. Paulo, 1940.

luntárias aos demais, livres como o ar, para serem por todos usadas” (14).

Dai o efeito diverso do correr dos anos quanto ao direito às marcas de indústria e comércio e às patentes de invenção. Enquanto as primeiras se consolidam de dia para dia, as segundas vêm o termo de seu direito se aproximar, inexorável, com o fluir do tempo.

Este reparo se fazia necessário, para que ao analisarmos os característicos do registro das marcas de indústria e comércio, e sua renovação, não nos impressionem comparações por ventura feitas com o registro das patentes de invenção.

#### REGISTRO DAS MARCAS DE INDÚSTRIA E COMÉRCIO, SUA FUNÇÃO. REGISTRO DECLARATIVO E REGISTRO ATRIBUTIVO

1. Sendo a marca instituto de suma relevância para o progresso e segurança econômicos, não poderia o legislador deixar de lhe dar amparo jurídico. Daí o registro, comprovante de que “determinado sinal se tornou de uso exclusivo daquele que o destina para assinalar o produto que manufatura ou a mercadoria que negocia” (15). Tem ele por finalidade, disciplinando o uso das marcas, garantir o produtor, o comerciante e o público contra os abusos da má fé e da concorrência inescrupulosa.

E’ pelo registro que o comerciante ou industrial adquire o direito ao uso exclusivo da marca, direito esse em que repousa não poucas vezes sua fortuna. Permitir que outrem o viole, que terceiro aponha em mercadorias diversas a marca que lhe pertence, é dar mãos à pirataria comercial,

---

(14) International News Service v. Associated Press, 248, U. S. at 250 (1918) in “Harvard Law Review”, vol. 53, p. 1318, 1940. No mesmo sentido, entre outros, INVREA, “Dizionario pratico del diritto privato” de V. SCIALOJA, voc. “Marchi di fabbrica”, vol. III, p. 808, ed. Valardi.

(15) CARVALHO DE MENDONÇA, ob. e vol. cit., p. 315, n.º 278. Neste estudo usaremos a palavra “registro” no sentido amplo que lhe assinala o grande mestre brasileiro, abrangendo o *depósito* e sua *publicidade* oficial.

à rapinagem econômica da pior espécie, a qual em pouco tempo, pela insegurança acarretada, trará prejuízos inestimáveis ao comércio e à indústria.

Por isso a legislação de países de grande desenvolvimento industrial, como os Estados Unidos, torna-se cada vez mais rigorosa, quotidianamente ampliando o campo de ação das marcas, apertando cada vez mais os anéis constrictores das leis que procuram sufocar a serpe nefasta da concorrência desleal. Na doutrina norte-americana vigorosamente repercute a orientação legislativa, afirmando CHAFEE JR. que, “quanto mais amplia o Congresso o raio de ação do registro, incluindo símbolos que não costumavam ser considerados tecnicamente como marcas, menores se tornam os perigos de uma zona propícia às cavilações do comércio desleal” (16).

Registrar u’a marca é garantir o próprio direito, e ao mesmo tempo contribuir para o desenvolvimento econômico da nação. Esta a finalidade do registro.

2. Mas, o registro se limita a amparar um direito preexistente, ou é ele quem dá origem à propriedade sobre a marca? Este é um dos mais tormentosos problemas que desafiam a argúcia do estudioso das marcas de indústria e comércio, em cuja solução divergem a doutrina e jurisprudência, tanto estrangeiras quanto pátrias.

a) Se pedirmos luzes à pleiade ilustre de comerciantes que se ufana de pertencer ao país que maior incremento deu aos estudos de direito comercial, à Italia, desde

---

(16) Ob. cit., rev. cit., p. 1301. Quanto aos característicos do registro; WALDEMAR FERREIRA, Parecer no caso Malzbier, Apelação civil, n.º 6.864, Razões da ré, p. 131, n.º 1, Rio, 1938; Conselheiro ANDRADE PINTO, voto divergente na Consulta das Secções reunidas dos Negócios do Império e da Justiça do Conselho de Estado, 1884, in OURO PRETO, ob. cit., p. 266; GAMA CERQUEIRA, ob. e vol. cit., p. 287, n.º 198; BRAUN, BISSOT e FAVART, “Précis des marques de fabrique et de commerce”, p. 127, n.º 89, Bruxelas, 1936; CARNELUTTI, ob. rev. cit., n.º 19, p. 360; GIOVANNI FONTANA, “La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti d’America”, p. 65, Milão, 1937; VIVANTE, ob. e vol. cit., p. 28, n.º 860 e p. 45, n.º 877.

logo nos resignaremos ao emaranhado das controvérsias que nesta matéria campeia, tanto no nosso quanto no direito italiano.

No início do século XIX expunha BOSIO de maneira sedutora a doutrina do registro declarativo de direito: “Uma cousa é o direito, outra a formalidade de seu registro. Querer subordinar a existência daquele a esta, equivale a fazer reviver o antigo conceito que considerava o direito ao uso exclusivo generosa concessão do príncipe. Também a lei civil prescreve que, no prazo de cinco dias, todo nascimento deve ser comunicado e inscrito nos registros do estado civil. Mas, se por qualquer motivo, esta formalidade não é cumprida, será que aquele individuo, cujo nome não figura no livro do estado civil, não terá existência real nem personalidade ante a lei? Será lícito a qualquer pessoa espancá-lo, roubá-lo ou matá-lo? Da mesma maneira que o depósito não crea o direito, não o póde suprimir a falta dessa formalidade” (17).

Para BOSIO, como para VIVANTE (18), NAVARRINI (19), e varios outros comercialistas, o registro não é atributivo da propriedade, a qual se adquire pelo uso da marca.

CARNELUTTI defendeu em interessante comentário de decisão judicial a teoria do direito à marca de natureza pessoal, doutrina típica do direito alemão, chegando, quanto à nossa matéria — o registro —, à mesma conclusão dos autores que vimos examinando. Para ele, o registro nada mais é que “una di queste debolezze del diritto al marchio” (20).

A doutrina do registro como formalidade meramente declarativa do direito, o qual se adquiriria pelo uso, mereceu

---

(17) Ob. cit., p. 337, n.º 164.

(18) Ob. e vol. cit., p. 46, n.º 878 e 879.

(19) “Diritto Commerciale”, p. 52-53; n.º 1.445-bis, vol. IV, ed. Fratelli Bocca, 1926. No mesmo sentido, GIAMBROCONO e GOZZANO, “La Marca”, p. 73, Milão, 1935.

(20) Ob. e rev. cit., n.º 16, p. 355. Aliás, já VIVANTE assinalára não levar a doutrina do direito pessoal a conclusões diversas da do direito pelo uso na esfera de nossas indagações. Cf., ob. e vol. cit., p. 29, n.º 860, nota 16.

a crítica de BRUGI que a considera, em sua maior parte “una dottrina da fare” (21) ao mesmo tempo que o próprio VIVANTE se refere aos “insolúveis processos sobre a prece-dência no uso das marcas” (22).

CARNELUTTI é mais concludente quando em rápidas li-nhas sintetiza a teoria do registro atributivo de direito, do que quando expõe sua própria doutrina: “As normas já citadas subordinam ao registro a *exclusividade do uso*; mas, não há direito à marca sem *faculdade de fazer dela uso exclusivo*... O interesse de quem usa a marca é de que outros não a utilizem, isto é, não caracterizem suas merca-dorias com a mesma marca, gerando a confusão que ela procura evitar, é portanto, interesse quanto ao uso exclusivo da marca. Este *interesse* torna-se direito desde que o ga-rante a ordem jurídica; assim, a tutela da marca só pode consistir na garantia à exclusividade do seu uso” (23).

Defende ardentemente esta doutrina GHIRON, para o qual o caracter do registro na nova lei italiana de 1935 é nitidamente atributivo, sendo-o também, apesar de menos pronunciadamente, na legislação anterior (24). Todavia, reconhece ele expressamente ser a matéria “controvertida, em doutrina e jurisprudência”.

Outros escritores, baseados nas disposições do projeto da comissão nomeada em 1906 e na lei de 1935 sustentam um sistema mixto para a lei italiana. O registro possui uma primeira fase durante a qual se admitem oposições, consolidando-se depois o direito do titular da marca regis-trada que passará a não admitir impugnações. Assim, ha um primeiro período de registro declarativo, ao qual sucede o segundo, de registro atributivo (25).

---

(21) “Della Proprietà”, p. 462-463, n.º 97, 2.º vol., Napoles, 1918.

(22) Ob. e vol. cits., p. 38, n.º 871.

(23) Ob. e rev. cits., n.º 4, p. 341-342.

(24) Ob. cit., p. 44, § 86, II, 2.º vol.

(25) Neste sentido: Parecer da “Commissione incaricata di redigere un progetto di legge sui marchi”. Relator: CHIRONI. Re-sumo de NAVARRINI, ob. cit., pag. 62, n.º 1.450, nota 4, vol. IV; GIAM-BROCON e GOZZANO, ob. cit., p. 81. Outros, baseados no art. 2 da lei

b) Divergências de igual quilate encontraremos em nossa doutrina e jurisprudência (26).

Sustenta, entre outros, CARVALHO DE MENDONÇA, que entre nós não só no domínio das leis anteriores, como também no do vigente decreto n.º 16.264, de 1923, o registro “*não é atributivo do direito de propriedade da marca, mas, simplesmente, declarativo desse direito*”. Ele não o cria; assegura, apenas, o direito de propriedade do utente da marca, tornando-o público e o prestigiando com favores especiais” (27). CARLOS DA SILVA COSTA quando sustentou o parecer dado no caso da marca “Radium”, também foi explícito: “quer na vigência das leis anteriores, quer na da atual, o registro não é *atributivo* da propriedade, mas simplesmente *declarativo* dela”.

Se são acordes os comercialistas pátrios em reconhecer ao registro no regime das leis de 1885, 1887, 1904 e 1905, o caracter declarativo do direito (28), esse consenso desaparece quando se trata do registro sob a lei vigente.

WALDEMAR FERREIRA, defendendo a doutrina que vê no registro regulado pelo dec. 16.264 caracter atributivo do direito, expende argumentação que se enraiza profundamente na própria base de nosso sistema jurídico.

Vimos qual a função da marca e a razão da necessidade de seu registro. Facil nos será aquilatar o alcance da argumentação: “Não está nisso, nessa exclusividade, o direito de propriedade? Pois os direitos, que a lei assegura ao proprietário, nos termos do art. 524 do Código Civil, não

---

francesa de 1857, sustentam a doutrina do registro “declarativo da propriedade, mas atributivo de todas as vantagens da lei especial”. Cf. NAVARRINI, ob e vol. cit., p. 52, n.º 1.444, nota 1.

(26) Jurisprudência anexa, p.

(27) Parecer *in* Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 104, S. Paulo, 1940; “Tratado de Direito Comercial”, p. 243, n.º 226, 5.º vol., 1.ª parte e p. 291, n.º 266, ob. vol. e parte cits. Ha todavia uma hipótese na qual CARVALHO DE MENDONÇA reconhece efeito atributivo ao registro: é quando a marca não fôra anteriormente usada por outro comerciante ou industrial. Cf.: ob., vol. e parte cits., p. 351, n.º 327.

(28) BENTO DE FARIA, ob. cit., p. 234; SOLIDONIO LEITE, Parecer *in* Apelação n.º 6.537, Razões da Apelada, p. 8, S. Paulo, 1940.

são, exatamente, os de usar, gozar e dispôr de seus bens, e o de rehavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua? E não são esses, precisamente, os direitos que a lei garante ao comerciante ou ao industrial sôbre a marca que registrou?” (29). Pouco adiante conclue o eminente mestre: “O registro, só ele é que atribue ao proprietário da marca registrada os direitos inerentes à propriedade” (30).

E' do mesmo pensar o insigne CLOVIS BEVILAQUA, o qual dá como fontes de sua convicção, além do exame da doutrina pátria, o acurado estudo dos textos legislativos de 1904 e 1923, que mostram a orientação diversa de seus redatores. GAMA CERQUEIRA vê no registro sob a atual lei de marcas o caracter atributivo de direito, explicando a oscilação que ainda hoje domina nossa doutrina e jurisprudência, como originada por reminiscências do sistema jurídico que rege a matéria, de 1885 a 1923 (31).

Estas as duas correntes que encontramos divergindo em nosso direito. Tendo conhecimento dos princípios gerais de que se originam, estamos habilitados a bem compreender a razão da discrepância dos comercialistas em face dos problemas suscitados pela renovação das marcas de fábrica, conforme se filiem a uma ou outra corrente.

#### DURAÇÃO DOS EFEITOS DO REGISTRO DA MARCA DE INDÚSTRIA E COMÉRCIO

1. E' da natureza do direito à marca, como já observamos, o tornar-se cada vez mais forte, mais vigoroso e firme com o correr dos anos. Desde que nasceu u'a marca, desde que ela existe, afirmou PUILLET, “basta usá-la para que se a conserve livre das pretensões de terceiros. Este uso

---

(29) Parecer no caso “Balança Howe”, p. 33 de “Renovação do Registro de Marcas”, S. Paulo, 1929.

(30) Parecer cit., p. 34. Cf. quanto à essência do direito de propriedade sobre a marca, do mesmo autor, Parecer no caso “Malzbier” in Apelação Cível n.º 6.864, Razões da Ré, n.º 1, p. 131, Rio, 1938.

(31) Ob. cit., p. 296, n.º 204, nota 1, II vol. e p. 295, n.º 204.

ininterrupto, renova continuamente a apropriação e conserva o direito. Não se faz necessário ato ou declaração de qualquer espécie; o exercício do direito, exclusivamente, o perpetua e mantém intacto" (32).

Adquirida a propriedade da marca, ela se conserva indefinidamente, com a continuação do uso (33), é voz corrente entre os comercialistas. Nem poderia ser de outra maneira, uma vez que é função da marca, entre outras, o assinalar as mercadorias às quais é aposta. Enquanto estes produtos existirem no mercado, a marca tem uma finalidade a realizar, algo que poderíamos denominar "dever" a cumprir, não só para com o industrial ou comerciante seu proprietário, como em relação ao mundo consumidor.

2. Se esta é a natureza do direito à marca, deveriam todas as legislações considerar perpétuo o registro, regularmente processado. Mas, só a Bélgica, Iugoslávia, Dantzig, Rússia e em parte o Canadá (34), podem ser enumerados entre as nações que atualmente adotam em seus textos de lei o registro de duração ilimitada.

Um rápido olhar pela nossa legislação nos descortinará a orientação do legislador pátrio:

**Decreto n.º 2.682, de 23 de Outubro de 1875 (35)**

ART. 13 — O efeito legal do registro durará por 15 anos, sendo o mesmo registro renovado, findo esse prazo, para que a propriedade exclusiva da marca seja mantida nos termos desta lei.

---

(32) Ob. cit., p. 116-117, n.º 80 e p. 115, n.º 79.

(33) ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER JR. "Marcas Industriais", p. 109-110, n.º 202, 1.º vol., S. Paulo, 1910; NAVARRINI, ob. cit., p. 49, n.º 1.443, vol. IV.

(34) BRAUN, BISSOT e FAVART, ob. cit., p. 619, n.º 560.

(35) "O Direito", p. 764, vol. 8 — 1875. — Afirma SOLIDONIO LEITE ter sido esse dispositivo inspirado no Art. 3.º da lei francesa de 1857, que reza: "Le dépôt n'a d'effet que pour quinze années. La propriété de la marque peut toujours être conservée pour un nouveau terme de quinze années au moyen d'un nouveau dépôt". Cf. Parecer *in* Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 6, S. Paulo, 1940.

**Decreto n.º 3.346, de 14 de Outubro de 1887 (36)**

ART. 12 — O registro prevalecerá para todos os seus efeitos por 15 anos, findos os quais poderá ser renovado e assim por diante.

**Decreto n.º 1.236, de 24 de Setembro de 1904 (37)**

ART. 11 — O registro prevalecerá para todos os seus efeitos por quinze anos, findos os quais poderá ser renovado, e assim por diante.

**Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 5.424, de 10 de Janeiro de 1905 (38)**

ART. 3 — O registro prevalecerá para todos os seus efeitos por quinze anos, findos os quais poderá ser renovado.

**Decreto n.º 16.264, de 1923**

ART. 96 — O registro prevalecerá, para todos os efeitos, por 15 anos, findos os quais poderá ser renovado e assim sucessivamente.

Qual o motivo deste contraste entre um direito que se diz perpétuo pelo uso e um registro temporário? A razão nos é dada pela doutrina da imensa maioria de países que adotam um sistema, como o nosso, de registro temporário.

O registro, como tivemos oportunidade de salientar, tem por finalidade precípua dar a garantia necessária ao desenvolvimento sem entraves do comércio e indústria, pela eficaz proteção das marcas. Daí as penalidades rigorosas impostas aos infratores do direito por ele tutelado, penalidades que constituem a “norma de ferro” a que se referia no séc.

---

(36) “O Direito”, p. 460, vol. 44 — 1887.

(37) “O Direito”, p. 550, vol. 95 — 1904.

(38) “O Direito”, p. 601, vol. 96 — 1905.

XVIII o representante dos comerciantes de Burgos (39), como sendo a mais propícia ao desenvolvimento de um organismo econômico poderoso.

Mas, é preciso que este sistema jurídico férreo dê aos comerciantes a possibilidade de se acutelarem, evitando infrações imprevistas, de consequências as mais desastrosas. Por isso, sendo tão rigorosa a proteção à marca registrada, mistér se faz que o individuo que deseja registrar a insignia característica de seu produto esteja em condições de saber com certeza se existe ou não marca semelhante anteriormente registrada.

Relativamente ao direito gaulês, disse POUILLET: “Quantas marcas depositará o comércio francês num dia, num ano? Não será consideravel o seu número? Qual será ele em cinco, vinte anos, num século?! E o comerciante será obrigado, sob pena de prisão ou multa, a consultar os registros feitos neste período! Quantas horas inutilmente gastas! Por melhor que seja a ordem de classificação, será ela tão metódica que não deixe escapar às mais cuidadosas pesquisas uma única marca? Tais foram as reflexões feitas pelo legislador, e, para facilitar as pesquisas, para não deixar pretexto algum aos contrafactores, limitou a quinze anos os efeitos do registro, deixando todavia ao depositante o direito de o renovar por um novo periodo de quinze anos, e, mediante renovações sucessivas, de o perpetuar. Que há de mais natural, prudente, sábio? *Quanto ao interesse do fabricante, ele nada sofre* — o demonstraremos — com a obrigação que se lhe impôs” (40).

A doutrina belga, pela voz autorizada de BRAUN, BISOT e FAVART (41), vê no instituto da renovação do registro, a preocupação de “sanar o quadro das marcas”, removendo periodicamente o entulho das marcas fracassadas, mortas pelo desuso e desinteresse de seus proprietários.

---

(39) THALLER, “De l’attraction exercée par le code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, p. 233 do “Livre du Centenaire du Code Civil”, 1.º vol., Paris, 1904.

(40) Ob.-cit., p. 179-180, n.º 131.

(41) Ob. cit., p. 621, n.º 563.

O direito italiano, com sua recente lei de 1935 nos dá o espetáculo interessante de uma nação que, em nossos dias, abandonou o sistema do registro perpétuo, para adotar o do registro temporário. E, se de um lado encontramos na doutrina italiana apôdos ao sistema anterior, críticas às suas falhas, por outro é unânime o regozijo pelo sistema inaugurado em 1935.

VIVANTE, que escrevera sob a lei anterior, qualificava de “deploravel” (42) o sistema por ela seguido. RAMELLA, em 1927 analisando a legislação alienígena, dá como motivo do registro de efeitos temporários o “não tornar ilusórios os benefícios da publicidade das marcas, o que aconteceria se, permanecendo elas indefinidamente inscritas, devessem as pesquisas necessárias ao seu conhecimento, abranger um dilatado período” (43).

Comentando um projéto de lei a ser submetido ao exame do legislativo italiano, inclue NAVARRINI entre as louváveis inovações nele contidas, o “evitar este inconveniente” (44) dos registros refertos de marcas de há muito sem valor.

Depois de 1935, SEBASTIANINI afirma estar “eliminado completamente esse grave inconveniente, estabelecendo a nova lei que a tutela da marca póde ainda conservar-se indefinidamente, mas para atingir este fim é necessário renovar o registro cada decênio” (45).

GHIRON, igualmente diz ser “a introdução do prazo assás oportuna e conforme ao que se pratica no exterior, porque libera os registros das marcas inúteis e torna mais expeditas

---

(42) Ob. cit., p. 51-52, n.º 886, 3.º vol.

(43) “Trattato della proprietà industriale”, p. 125, n.º 497, 2.º vol., Turim, 1927.

(44) Ob. cit., p. 509, Apendice, vol. IV.

(45) “Tutela delle privative industriali e dei marchi di fabbrica e di commercio”, p. 93, Padua, 1936. Ressalta este autor o inconveniente existente no regime anterior, de se “subtrair perpetuamente à livre disposição do publico, pelo fato do registro”, marcas que “não têm mais motivo de serem consideradas reservadas”. Cf. loc. cit.

as pesquisas sôbre registros anteriores, limitando as indagações aos do último decênio” (46).

Entre nós, como o folhear da legislação o patenteou, a tradição ininterrupta desde 1875 deu ao registro o carater transitório. O motivo do regime adotado no alvorecer de nossa legislação sobre marcas, e desde então continuamente seguido pelos nossos homens de leis, é o mesmo que deu preferência a este sistema nos demais países do orbe civilizado.

Em 1888, OURO PRETO referia-se à crítica de DIDIMO DA VEIGA, refutando-a baseado em RENDU, cujas palavras fazia suas: “a renovação do registro é uma das disposições mais lógicas da lei” (47). CARVALHO DE MENDONÇA, que, em seu monumental “Tratado de Direito Comercial”, afirmara ser o escopo da lei “poupar aos terceiros, os embaraços que as longas buscas nos arquivos poderiam trazer para a verificação da legitimidade das marcas” (48), teve, em posterior parecer, oportunidade de reafirmar o seu pensar, pontificando visar a renovação do registro “o rejuvenescimento automático dos arquivos da propriedade industrial” (49), proporcionando “uma fonte informativa, breve e exata”.

Não é diversa a opinião de WALDEMAR FERREIRA, quando analisa a questão sob o prisma realista da função das marcas: “Verdadeiramente feliz é a marca que assinala o produto de tal geito que se torne impossivel desagregar uma do outro: a que esse resultado não produza, falha ao seu fadário. Nisso está a razão de ter-se restringido ao tempo de 15 anos, ressalvada a renovação do registro da marca, a sua proteção legal” (50).

---

(46) Ob. cit., p. 74, § 91, 2.º vol. No mesmo sentido: GIAMBROCONO e GOZZANO, ob. cit., ps. 90-91.

(47) Ob. cit., p. 70, n.º 61, nota 21.

(48) Ob. cit., p. 243-244, n.º 226, 5.º vol., 1.ª parte.

(49) Parecer *in* Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 104/105, S. Paulo, 1940; mesmo parecer, p. 106.

(50) Parecer no caso “Malzbier”, n.º 14, p. 139 da Apelação Cível n.º 6.864 — Razões da Ré, Rio, 1938. Do mesmo sentir: JUSTO M. DE MORAES, Parecer *in* Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal,

Decorre portanto da tradição legislativa e doutrinária, pacificamente vigente desde os primórdios do nosso direito sobre marcas, bem como do sentir conforme dos luminares do direito comercial alienígena, o consenso reinante na matéria, de que:

*o único motivo pelo qual o registro de marcas de indústria e comércio tem duração temporária, é a conveniência de se aliviarem os repertórios dos registros, das marcas caducas (51).*

Este conceito nos será de valia ao tentarmos solucionar a questão da oposição e do reexame da marca renovanda.

#### NATUREZA JURÍDICA DA RENOVAÇÃO DO REGISTRO DAS MARCAS DE INDÚSTRIA E COMÉRCIO

1. A renovação do registro das marcas de indústria e comércio constitui novo registro, ou é mera formalidade extrínseca, que em nada afeta o direito anteriormente adquirido?

Nesta pergunta está o ponto crucial do problema da renovação do registro, a chave para a solução das diversas questões que se nos apresentarão.

Divergem os comercialistas pátrios que cuidaram deste problema. Para uns, como AFONSO COSTA e CARLOS DA SILVA COSTA é a renovação um novo registro, para outros, entre os quais CARVALHO DE MENDONÇA, CLOVIS BEVILAQUA e WALDEMAR FERREIRA, é a renovação mera formalidade que em nada afeta o direito do proprietário do registro cujo prazo de proteção legal está prestes a expirar.

---

Razões da Apelada, p. 195-196, S. Paulo, 1940; GAMA CERQUEIRA, ob. cit. p. 335-336, ns. 235 e 237, II vol.

(51) Curiosa exceção a esta regra, faz a lei belga de 23 de Julho de 1932, a qual instituiu a renovação por “finalidades fiscais” . . . Foi derogada em 30 de Junho de 1933, e seu exemplo permaneceu sem imitadores. Cf. BRAUN, BISSOT e FAVART, ob. cit., p. 128, n.º 89 bis.

Baseiam-se os partidários da primeira corrente no fato de se repetirem na renovação as formalidades extrínsecas do registro, para daí concluírem tratar-se, no caso, de prazo de decadência de direito, e, conseqüentemente, de novo registro.

E' a argumentação de CARLOS DA SILVA COSTA (52), a qual chega à mesma conclusão de AFONSO COSTA: "os direitos que o registro conferiu ao proprietário da marca registrada têm duração restrita ao prazo de 15 anos, e embora o seu titular disponha da faculdade de renová-lo, *este processo... deve obedecer às normas exigidas para o registro primitivo*, cabendo à autoridade administrativa entrar não só no exame das formalidades extrínsecas, como no mérito do pedido quanto às objeções que se lhe possam fazer" (53).

Invoca-se em favor desta doutrina, entre os comercialistas estrangeiros, RAMELLA, e entre os nossos, BENTO DE FARIA.

A opinião de RAMELLA, focalizando interessante prisma da renovação, não se aplica inteiramente ao caso em apreço. E' preciso forçarmos um pouco o sentido das palavras deste grande jurista, para chegarmos à conclusão que se lhe quer dar. Com efeito, depois de analisar o caráter *perpétuo* do direito à marca, contrastando-o com o direito sobre as patentes, passa RAMELLA a considerar o caso dos países que adotam o registro temporário (escrevera ele na Italia de 1927), *sem terem disposições legislativas que digam respeito à caducidade do mesmo, pelo desuso da marca*: "Mas a renovação, como o registro originário, nada mais é que manifestação da vontade de usar e conservar o direito exclusivo sobre a marca, não implica por si mesma ato de posse, isto é, emprego comercial da marca, *sem a qual a renovação não tem eficácia conservadora do direito*. Se de outra maneira fosse, poderiam se entulhar os registros com renova-

---

(52) Parecer no Caso da marca "Radium", p. 92-93 da Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, S. Paulo, 1940.

(53) Voto em separado no Acórdão n.º 310, de 9 de julho de 1935, do Conselho de Recursos da Propriedade Industrial, *in* Diário Oficial da União", de 24 de julho de 1935, p. 16.169.

ções de marcas das quais não se faz uso, empecendo o livre comércio”. Destas considerações, conclue em seguida: “A renovação, em si, pode ser considerada qual um novo depósito, pelo que o exame da marca quando prescrito, se regula pelo estado de fato e de direito que existe no momento da renovação” (54). Ora, evidentemente, este não é o caso da renovação entre nós vigente, nem ha melhor argumento que a própria lei:

ART. 115 — “Caducará o registo da marca, se qualquer interessado provar perante a Diretoria Geral da Propriedade Industrial que o respectivo proprietário *deixou de fazer uso dela durante três anos consecutivos*”. (Dec. n.º 16.264).

*Sublata causa, tollitur effectus.*

O acatado parecer de BENTO DE FARIA é disputado pelas duas correntes, e a razão está no próprio texto do insigne mestre, o qual indubitavelmente se presta a interpretações divergentes.

Todavia, parece-nos mais consentânea com as premissas por ele assentadas a conclusão que faz do eminente commercialista um dos paladinos da renovação com caráter meramente conservatório de direito. “Os efeitos legais resultantes do registo da marca, escreve BENTO DE FARIA, assinando, em regra, a conservação do direito ao seu uso exclusivo, não têm duração indefinida. A proteção legal é apenas garantida durante um prazo certo e determinado. Essa limitação, fixada, aliás, no próprio interesse do industrial e do comerciante, funda-se na necessidade de facilitar a verificação do registo de marcas anteriores, para aceitação ou recusa da que fôr apresentada, ficando igualmente removido o grave inconveniente de obrigar a pesquisas por incalculável número de anos, afim de indagar si marca idêntica ou semelhante possui a prioridade das garantias pedidas

---

(54) Obra cit. pag. 127, n.º 497, 2.º vol.

por aquela que é levada a registro. Não obstante, porém, fica salvo ao proprietário da marca o direito de, renovando sucessivamente o respetivo registro, perpetuar assim os seus efeitos. *Da sua vontade, portanto, depende exclusivamente prolongar e manter a segurança da proteção legal*" (55). Páginas adiante, afirma o eminente comercialista: "A renovação do registro deve ser feita da mesma fôrma que o registro primitivo. *E' portanto, um novo registro.* Assim deve obedecer e cumprir as mesmas exigências e formalidades, e satisfazer igualmente as condições de publicidade". (56) Nas palavras de BENTO DE FARIA se abeberam as duas correntes opostas, e com carradas de razão. Quer-nos parecer, porém, dadas as premissas estabelecidas; a afirmação de depender *exclusivamente* da vontade do titular do registro o prolongar a sua eficácia, e as consequências tiradas daquilo que BENTO DE FARIA denominou "registro novo"; que a opinião deste comercialista se entrosa melhor na doutrina que nega à renovação o caráter de novo registro, do que na que lho dá. Nem se diga que por demais forçamos suas palavras, haja vista o precedente de CARVALHO DE MENDONÇA, o qual tendo afirmado estar a renovação "*sujeita às mesmas formalidades do registro, depósito e publicidade*" (57), sem quebra de coerência, veementemente condenou a doutrina de CARLOS DA SILVA COSTA e a interpretação bastarda que às suas palavras se pretendia dar.

Com a exposição da argumentação dos partidários da renovação como novo registro, e a análise do pensar de dois dos maiores comercialistas por eles invocados, estamos aptos a aquilatar, antes mesmo de passar ao estudo da doutrina contrária, a carência de argumentos desta corrente, que, desesperadamente, luta contra o caudal da tradição doutrinária e a jurisprudência de ha muito vigente em nosso país.

---

(55) Ob. cit., p. 257-258, n.º 1.

(56) Ob. cit., p. 261-262, ns. 6 e 7.

(57) "Tratado de Direito Comercial", p. 348, n.º 321, vol. 5.º, 1.ª parte.

E' acorde a grande maioria dos luminares de nosso direito comercial, em negar à renovação o caráter de um novo registro, e tanto pesa a sua autoridade quanto o valor das ponderações por eles expendidas.

Baseia-se de um modo geral a argumentação desta corrente, na própria essência do direito às marcas, natureza do registro e sua finalidade, direito e finalidade que já analisamos, levando-nos estas considerações a julgar absurda e contrária a todo nosso sistema jurídico a opinião que vê na proteção às marcas um prazo de 15 anos, findo o qual se fará *novo* registro, sujeito às mesmas formalidades extrínsecas, e consequências intrínsecas, do primitivo registro. Peca esta doutrina contra presupostos básicos de nosso organismo jurídico, contra a própria essência do direito de propriedade e a teoria da prescrição.

Contra tão errônea orientação doutrinária levantaram-se as vozes de CARVALHO DE MENDONÇA, CLOVIS BEVILAQUA, WALDEMAR FERREIRA, GAMA CERQUEIRA, LEVÍ CARNEIRO, ISIDORO CAMPOS, e vários outros insignes cultores do direito comercial pátrio:

“Não vemos na renovação do registro da marca uma simples prorrogação do prazo para a proteção desse registro. Essa formalidade aparece-nos como meio conservatório de um direito existente sob o pálio da lei” (58). CARVALHO DE MENDONÇA.

A renovação é permitida “fazer indefinidamente, e não exige mais apreciação do direito à marca, porque este já se acha definitivamente assegurado pelo exame anterior” (59). CLOVIS BEVILAQUA.

---

(58) Parecer no caso “Balança Howe”, p. 25 de “Renovação do Registro de Marcas”, S. Paulo, 1929. Em favor desta asserção invoca ISIDORO CAMPOS a jurisprudência pátria. Cf. Parecer *in* Apelação n. 6.937, Supremo Tribunal, p. 168, S. Paulo, 1940.

(59) Parecer no caso “Malzbier”, p. 141-142, Apelação Cível n.º 6.864, Supremo Tribunal, Razões da Ré, Rio, 1938.

“No processo da renovação do registro da marca não deve e não póde ser admitida nova discussão sobre a legitimidade do registro a renovar, porque se trata, apenas, da prorrogação de um prazo, prestes a vencer-se” (60). WALDEMAR FERREIRA.

“O despacho que conceder a renovação não é recorrível. Não se trata de obter um novo registro, mas apenas de renovar-se um registro definitivamente concedido” (61). GAMA CERQUEIRA.

LEVI CARNEIRO (62), analisando o nosso dispositivo legal, faz uma pergunta à qual dificilmente responderão aqueles que não concebem na renovação o seu carater de mera prorrogação. Diz ele: temos um texto legal dando ao proprietário da marca, decorridos 15 anos, a possibilidade de renovar o registro. Se esta renovação tivesse o mesmo carater que o registro primitivo, porque um texto expresso para dar ao anterior proprietário um direito que a qualquer pessoa cabe? Se a renovação é um novo registro, o anterior proprietário acha-se na situação do individuo que nunca usou da marca e a registra pela primeira vez. Perfeitamente inutil, excrecência inexplicável seria o art. 96 do nosso dec. n.º 16.264. Ora, na lei não se supõe palavras inúteis, quanto mais um artigo inteiro, que desde 1875 encontramos corporificado em nossos textos legais.

A exigência legal da duração limitada dos efeitos do registro não atingiria seu escôpo se não tornasse obrigatória a renovação das *formalidades extrinsecas* do mesmo. Se assim não se fizesse, para qualquer verificação seria necessário rebuscar os arquivos, por vezes décadas e décadas

---

(60) Parecer *in* Ap. n. 6.937. Sup. Trib., Razões da Apelada, p. 126, S. Paulo, 1940.

(61) Ob. cit. p. 337, n.º 238, II vol.

(62) Parecer *in* Apelação n. 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 177, S. Paulo, 1940.

atraz, até encontrar o registro primitivo, inconveniente este que a lei de ha muito procurou sanar (63).

Esta a razão de se renovarem as mencionadas formalidades, *em nada ficando prejudicado o direito do titular da marca, anteriormente adquirido e consolidado pelo fluir dos anos.*

#### A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DAS AÇÕES PARA PROMOVER A ANULAÇÃO DO REGISTRO DAS MARCAS DE INDÚSTRIA E COMÉRCIO — O DIREITO ADQUIRIDO AO USO DA MARCA

1. Para termos justa noção do problema em fóco, figuremos a hipótese do comerciante que vai renovar o registro de sua marca, faltando, suponhamos, quatro mezes para que se perfaçam 15 anos de posse pacífica, e ininterrupta utilização da mesma. Estarão prescritas as ações para anular o registro por ele feito, ou cabe novamente a sua oposição? Tem, ou não, ele um direito adquirido sobre a marca renovanda?

Analizaremos a questão sob o prisma variegado da doutrina estrangeira e pátria, e, o que é mais interessante, conforme se trate de marca registrada de acôrdo com a lei, ou em contravenção à mesma.

2. *Posição do titular de marca registrada legalmente, ha 15 anos, por ocasião da renovação do seu registro.*

E' unânime a doutrina alienígena em reconhecer prescritas as ações para anulação do registro, decorrido certo lapso de tempo que varia de país para país, conforme o teor de suas leis.

---

(63) Neste sentido: GAMA CERQUEIRA, ob. cit. p. 336-337, n. 237, II vol. S. Paulo, 1930, e Parecer *in* Apelação n. 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 157, S. Paulo, 1940. Cumpre lembrar que no estudo que vimos fazendo temos em vista a "renovação" de marca. Se, na marca renovanda se introduzirem modificações, não se tratará mais de "renovação" de marca anteriormente usada, e sim de registro de *nova* marca, ao qual em nada se aplicam as considerações que expendemos.

A razão da prescrição, nesta matéria, é a mesma que rege o instituto quando aplicado aos demais organismos da atividade jurídica. “Pareceu a numerosos legisladores, explicam BRAUN, BISSOT e FAVART (64), que haveria perigo em prolongar indefinidamente a incerteza quanto à propriedade das marcas, dando ao primeiro utente o direito de anular em qualquer tempo o registro feito por terceiro, de marca idêntica ou semelhante à sua. Por isso acharam eles prudente decidir que esta ação de anulação prescreveria depois de certo lapso de tempo, a contar do depósito ou registro. Daí, adquirir o registro efeito atributivo após o decurso deste prazo. Neste sistema, o depósito ou registro constitui uma presunção “*juris tantum*” de propriedade da marca (prova “*prima facie*”, dizem os juristas anglo-saxões), e esta presunção torna-se “*juris et de jure*” após um período mais ou menos longo”.

Do mesmo pensar foi o legislador italiano, quando na recente lei de 1935, evitou que “a declaração de nulidade pendesse perpetuamente, qual espada de Damocles, sobre a cabeça de quem de boa fé fosse titular de u’a marca” (65).

A prescrição, quando aplicada à matéria das marcas, produz, além dos benéficos efeitos que a caracterizam de maneira geral, o particular benefício de pôr termo às exceções de pre-uso “proibição esta cara aos contrafactores”, no dizer de GIAMBROCONO e GOZZANO (66).

Se tal é a opinião das doutrinas belga e italiana, também unívocos são os nossos comercialistas no analisarem o efeito do fluir dos anos na hipótese que estamos examinando. Chamaremos à báila no momento apenas dois escritores, para mais adiante nos determos na análise da opinião dos demais, manifestada em hipótese controversa, na qual se são favoráveis à inoponibilidade da ação prescrita, *a fortiori* o serão no caso em apreço.

---

(64) Ob. cit., pag. 611-612, n.º 552.

(65) SEBASTIANINI, ob. cit. p. 97. As condições desta lei, para que se opere a prescrição, segundo o mesmo Autor, são: *a*) uso público; *b*) boa fé; *c*) decurso de cinco anos; *d*) ausência de contestação no decorrer deste período. Cf. ob. cit. loc. cit.

(66) Ob. cit., p. 72-73.

CAMPOS BIRNFELD, em interessante artigo publicado em nossos jornais, teve oportunidade de afirmar: “A aquisição do direito às marcas de fábrica pelo registro, só é perfeita após decorrido o prazo de cinco anos da data do registro, pois nesse caso a prescrição opera em favor do possuidor da marca registrada, atribuindo-lhe o direito de propriedade de fato. Ha dois meios de adquirir o direito às marcas de fábrica: 1 — a prioridade do uso... 2 — a prescrição quinquenal”. Sustentar opinião diversa, seria no dizer de GAMA CERQUEIRA, “subverter todos os princípios relativos à prescrição” (67).

Como tivemos oportunidade de observar, o proprietário de marca de indústria ou comércio, que, decorridos 15 anos vái renovar seu registro, é, no sentir unânime da doutrina estrangeira e nacional titular de um direito adquirido, insusceptível de ser atacado por ações de ha muito prescritas.

Mas, será idêntica a

*2. situação do titular de marca ilegalmente registrada, ab initio viciada, que a possui ha 15 anos e promove a renovação de seu registro?*

Bem diversa é a hipótese, e o oceano calmo da doutrina comercialista no caso acima analizado, açotado pelas opiniões as mais controversas, se nos apresenta turbilhonando em vagas desencontradas.

Um dos primeiros e dos mais brilhantes mestres da matéria, BOSIO, pontificava no alvorecer do séc. XIX: “Tendo em vista a índole particular da marca, a sua propriedade não se pode adquirir pela prescrição. De fato, para que a possam adquirir com a prescrição é condição essencial que seja legítima a posse...: *quod ab initio nullum est, progressu temporis convalescere non potest*” (68). Não menos rigoroso é ALLART: “Nenhuma proteção poderia ser reconhecida àquilo a que a lei não reconhece existência” (69).

---

(67) Ob. cit., pag. 338, n.º 238, nota 1, II vol.

(68) Ob. cit., p. 369, n.º 209.

(69) “Traité de la contrefaçon”, p. 169-170, Paris, 1908.

VIVANTE, com o peso inegavel da sua autoridade, é incisivo: “A marca que não possui os requisitos exigidos pela lei é nula, absolutamente nula, e qualquer pessoa pôde reclamar a nulidade, seja como autor, seja como réu” (70). DI FRANCO diz não se poder “afirmar extinto um direito que não nasceu” (71), e NAVARRINI pondera não poder a lei “de maneira alguma tutelar a má fé do concorrente: e a sua seria verdadeiramente uma concorrência desleal, porque, ainda que se acobertando com o manto da legalidade, teria ela usurpado a outrem os meios de trabalho” (72).

Repercutiu em nosso meio esta doutrina, adotando-a, entre outros, CAMPOS BIRNFELD e CARLOS DA SILVA COSTA.

O primeiro publicista analisa a hipótese em face do nosso direito: “O caso da renovação de marcas ilegalmente obtidas, porém, não é omisso nem oferece dúvidas: elas foram registradas, em certos casos, contra lei expressa. Os registrantes procuram pelo registro obter a sanção do Governo Federal, para um ato de fraude: faltaram à fé cívica. Os registros feitos de má fé não podem atribuir direitos. ... Os detentores de marcas ilegalmente registadas deveriam não só perdê-las, como ainda responder por danos causados aos seus verdadeiros proprietários no interregno dos quinze anos durante os quais as usaram e gosaram fraudulentamente”. CARLOS DA SILVA COSTA em parecer sobre a controversa questão, afirmou como base de seu sentir o fato de que “contra expressa disposição de lei, a ninguém é lícito adquirir direito” (73).

Dentro do rigor das deduções jurídicas, sedutora se nos afigura a doutrina que vimos expondo. De fato, diz o art. 114 do Dec. n.º 16.264:

“ART. 114 — Será nulo o registro de marcas feito contra o que prescreve este regulamento”,

---

(70) Ob. cit. p. 52, n.º 887, 3.º vol.

(71) “Nomi, marchi e segni distintivi di fabbrica”, n.º 211, p. 283 do Digesto Italiano, vol. XVI, Turim, 1905-1910.

(72) Ob. cit. p. 56, n.º 1.445, bis, vol. IV.

(73) Sustentação do parecer no caso marca “Radium”.

estabelecendo em seguida, no § 1.º a prescrição quinquenal para as ações de nulidade.

Diz mais ainda o mesmo dec. no seu art. 80:

“ART. 80 — *Não podem gosar da proteção deste regulamento* as marcas de indústria e de comércio que contiverem: 1.º, 2.º, 3.º, etc.”.

Argumentamos: como é possível a um individuo prevalecer-se da disposição do § 1.º do art. 114 do dec. 16.264, quando *este mesmo decreto* diz não poder em qualquer dos números do artigo 80, “*gosar da proteção* deste regulamento” a marca de que ele é titular? A prescrição quinquenal não é um benefício, uma proteção outorgada pelo dec. 16.264? E’ lícito a alguém invocar *dentro da mesma lei*, um texto isolado que lhe é favorável, fazendo táboa raza de outro que lhe é totalmente adverso?

E, isso tudo, prescindindo do art. 145 do Código Civil, que declara *nulo* (não *anulável*) o ato jurídico quando “a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito” (n. V).

Dentro do rigor exegético e da teoria das nulidades, profundamente sedutora se nos afigura a primeira corrente. Mas, estamos no campo do direito comercial, e teremos ocasião de presenciar a um destes traços característicos deste ramo da ciência jurídica, que traz ao seu estudo o encanto perene da sadia orientação realista de que é dotado.

Com efeito, se nos aferrássemos ao rigor lógico dos conceitos e raciocínios abstratos, sustentando em todas as consequências a bela doutrina acima enunciada, que adviria ao comércio? Juristas, cultores de uma ciência social, colaboradores modestos, mas eficazes, no progresso e prosperidade da comunidade humana, quais seriam as consequências acarretadas pelo seu pensar lógico, correto, impecável?

Melhor é dar a palavra àqueles que mais razão têm para a usar:

— Todos esses comerciantes que, ao cabo de longos anos de esforço inteligente e trabalho perseverante lograram constituir um patrimônio valioso nele empregando de par com o esforço honesto, largos capitais para a divulgação da marca, em que firmaram as bases da sua riqueza, estão agora sujeitos a verdadeiras disputas que se repetirão periodicamente pondo-lhes em risco o crédito, senão acarretando-lhes a perda total de valores que em face da lei constituem direito adquirido (74).

— Propriedade reconhecida e protegida pela Constituição da República, art. 72, parágrafo 27, a marca de fábrica e de comércio constitue, graças aos vultosos capitais aplicados na propaganda e no aperfeiçoamento de uma indústria, um patrimônio valiosíssimo para o industrial e o comerciante e como tal não poderá ser objeto de disputas reiteradas de 15 em 15 anos, sem graves consequências para a vida, estabilidade e desenvolvimento da indústria e do comércio (75).

Falaram o comércio e a indústria de um Estado de invejável desenvolvimento econômico. Ouvidas suas palavras, não estranharemos vêr o belo edifício lógico, que ha pouco arquitetavamos, abandonado por juristas da têmpera de CARVALHO DE MENDONÇA, CLOVIS BEVILAQUA, WALDEMAR FERREIRA, MIRANDA VALVERDE, GAMA CERQUEIRA, e outros. Nem destôa do parecer insigne destes comercialistas a nossa jurisprudência, judicial e administrativa.

“O titular da marca gosa de um direito adquirido”, pontifica CARVALHO DE MENDONÇA, “inatacavel, intangível. Gosou desse direito durante quinze anos, pelo menos; *decaíram quaisquer reclamações*, ainda mais positivas, que

---

(74) Representação da Associação Comercial de S. Paulo ao Sr. Ministro da Agricultura, p. 212 da Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, S. Paulo, 1940.

(75) Representação do Centro das Indústrias do Estado de S. Paulo ao sr. Ministro da Agricultura, p. 218-219 da Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, S. Paulo, 1940.

poderiam ser opostas por ocasião do registro inicial” (76). CLOVIS BEVILAQUA dá-nos o exemplo do jurista exímio que sabe ter na justa medida as realidades sociais, afirmando: “A propriedade industrial da marca está reconhecida e assegurada pelo registro; é direito adquirido. ... Negar a renovação do registro, neste caso, é lesar, conscientemente, o direito alheio, é violar a propriedade do dono da marca, é cometer manifesta ilegalidade” (77).

Não menos luminosa é a lição de WALDEMAR FERREIRA: “Tratava-se de ato jurídico perfeito que, não podendo, nos termos do art. 113, n.º 3 da Constituição, ser prejudicado por nenhuma lei, muito menos prejudicado pôde ser pelos incumbidos de executá-la. E não sómente de um ato jurídico perfeito se trata, mas também de um direito adquirido por via dele” (78). MIRANDA VALVERDE em notavel parecer no momentoso caso da marca “Malzbier”, afirmou incisivamente: “O registro constitue um *direito adquirido*” (79). “Decorrido o prazo assinado pela lei para o exercício da ação”, ensina GAMA CERQUEIRA, “o registro, qualquer que seja o vício que o inquene, convalesce e a nulidade não poderá ser decretada. A faculdade concedida aos prejudicados de pedirem a anulação do ato decái e este subsiste para todos os efeitos” (80).

Do exposto, podemos concluir que em face da nossa legislação positiva (§ 1.º do art. 114 do dec. n.º 16.264), e

---

(76) Parecer no caso Balança Howe, p. 26 de Renovação do Registro de Marcas — S. Paulo, 1929. Ainda: Parecer *in* Apelação n.º 6.937, Sup. Trib., Razões da Apelada, p. 111 — S. Paulo, 1940.

(77) Parecer no caso Balança Howe, p. 20 e 22 de “Renovação do Registro de Marca”, S. Paulo, 1929. Em outro parecer, não menos categórico se mostra o eminente mestre: “Prevalece hoje”, diz ele, “o prazo único de 5 anos, para *todos os casos* de nulidade do registro”. Cf. Parecer *in* Apelação n. 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 116, S. Paulo, 1940.

(78) Parecer no caso “Malzbier”, n.º 10, p. 136 da Apelação Cível n.º 6.864, Razões da Ré, Rio, 1938.

(79) Parecer *cit.*, p. 167 da Apelação Cível n.º 6.864, Razões da Ré, Rio, 1938.

(80) *Ob. cit.*, p. 380, n.º 270, II vol.

do ensinamento dos mais lúdimos representantes da nossa cultura jurídica, no ramo do direito comercial

*o comerciante, decorridos quinze anos, de uso contínuo, utilização efetiva de sua marca, tem direito adquirido à sua renovação.*

**A OPOSIÇÃO DE TERCEIROS POR OCASIÃO DA RENOVAÇÃO DO REGISTRO DA MARCA DE INDÚSTRIA OU COMÉRCIO — O SEU REEXAME PELA ADMINISTRAÇÃO**

1. Poderá o terceiro, titular de direito que deixou prescrever ha já dez anos, opôr-se à renovação do registro? O simples enunciado da questão dispensaria resposta, não fôra a opinião daqueles que vêm na renovação um novo registro. A análise desta corrente doutrinária já a fizemos, pelo que nos deteremos rapidamente no exame desta hipótese, implicitamente solucionada pelas nossas anteriores considerações.

A ponderação das lutas da vida comercial e das qualidades especiais que exige dos indivíduos que a ela se dedicam, nos tirará a primeira impressão, que talvez páire em nosso espírito, de ser a lei neste particular excessivamente rigorosa, estabelecendo a prescrição quinquenal. Já o velho CASAREGIS chamava a atenção dos juristas para a característica típica dos comerciantes, o serem diligentes e cautelosos: *Mercatores solent propria negotia caute et diligenter peragere* (81).

Extranhavel é, portanto, que de bôa fé um comerciante deixe prescrever o direito que lhe cabe, para renovar suas pretensões dez anos mais tarde. Extranhavel este fato, a não ser que se explique pela posição atingida pela marca no mercado, pelo valor pecuniário que efetivamente chegou a alcançar, por aquele segundo significado, *secondary mea-*

---

(81) OURO PRETO, ob. cit., p. 70, n.º 61, nota 21.

ning, (82) que só o tempo possibilita e que representa de fato uma grandeza econômica, por vezes bastante apetecível.

Mas, embora a cubiça faça vir água à boca da concorrência desleal, as portas do pretório não lhe são propícias. “A princípio, surgiu a dúvida, em quanto à possibilidade, na renovação das marcas, de se reabrir o debate, relativo à novidade e à legitimidade do primitivo registro, e, após larga controvérsia, se assentou na solução negativa”, constata FILADELFO AZEVEDO (83).

Esta é a nossa orientação jurisprudencial e dela não diverge a doutrina seguida pela maior parte de nossos comercialistas.

SOLIDONIO LEITE, em recente parecer, assim externou o seu pensar: “Se alguém pretende ter a prioridade do uso da marca, devia tê-lo provado quando se requereu o registro inicial; ou promover a sua nulidade, dentro do prazo de 5 anos para isso marcado pela lei (84).

E’ clara e insofismável a lição de WALDEMAR FERREIRA: “No processo da renovação do registro de marca não deve e não pode ser admitida nova discussão sobre a legitimidade do registro a renovar” (85). Do mesmo teor são os ensinamentos de CARVALHO DE MENDONÇA (85), LEVI CARNEIRO (87), e JAMES DARCY (88), todos eles concordes em não admitir oposição de terceiros no processo da renovação do registro da marca.

---

(82) Cf. teoria norte-americana do “secondary meaning” das marcas in GIOVANNI FONTANA, ob. cit. p. 63.

(83) Parecer no caso “Malzbier”, p. 123 da Apelação Cível n.º 6.864, Razões da Ré, Rio, 1938.

(84) Apelação n.º 6.937, p. 10, Razões da Apelada, São Paulo, 1940.

(85) Parecer in Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 126, S. Paulo, 1940.

(86) Parecer in Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 110, S. Paulo, 1940.

(87) Parecer in Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelante, p. 179, S. Paulo, 1940.

(88) Parecer no caso “Malzbier”, p. 90, da Apelação Cível n.º 6.864, Supremo Tribunal, Razões da Ré, Rio, 1938.

2. Não só não cabe a terceiros se opôr à renovação do registro, como não póde a administração negar, *sponte sua*, a renovação, a não ser por falta dos requisitos extrínsecos exigidos pela lei.

É o que afirma, baseado na mais sólida argumentação jurídica, CARVALHO DE MENDONÇA: “A repartição da Propriedade Industrial, por ocasião da renovação do registro da marca não tem a faculdade de, sob qualquer pretexto ou motivo, privar o titular dessa marca já registrada do direito de que goza. A lei não lhe confere esse poder” (89).

GAMA CERQUEIRA, analisando as funções da repartição encarregada dos registros, afirmou dever ela se limitar “a verificar e fazer cumprir as formalidades legais extrínsecas, sem entrar no exame das marcas apresentadas, salvo para constatar sua conformidade com a anteriormente registrada” (90).

Desde que o titular da marca renovanda tem sôbre esta um direito adquirido, não cabe evidentemente ao Departamento Nacional da Propriedade Industrial reexaminar o processo do registro, como se se tratasse de registro inicial.

#### SITUAÇÃO JURÍDICA DO POSSUIDOR DE MARCA NÃO RENOVADA

1. A situação do titular de marca de indústria ou comércio, que, terminado o prazo da proteção legal, não renova o registro, tem de ha muito atraído a atenção dos commercialistas.

POUILLET, em sua clássica monografia sobre a matéria, assim se expressa: “A propriedade da marca sobrevive à falta de renovação; o domínio público não tira proveito deste

---

(89) Parecer no caso Balança Howe, p. 25 de Renovação do Registro de Marcas, S. Paulo, 1929. Em sentido contrário, mas pouco seguido em nossa jurisprudência é o voto vencido de AFONSO COSTA, adiante transcrito.

(90) Ob. cit. p. 337, n.º 238, II vol.

esquecimento. *E' ponto sôbre o qual estão de acôrdo todos os comentadores*" (91).'

Na doutrina belga, BRAUN, BISSOT e FAVART defendem a mesma orientação com relação à malfadada lei de 1932: "... as consequências da não renovação se deduzem naturalmente: o direito à marca não sofrerá, mas seu exercício estará suspenso até a regularização do seu estado civil, até que um novo depósito lhe restitua a eficácia" (92). Em outro passo, esclarecem ainda mais a matéria, os mesmos comercialistas: "Pela falta de renovação, não tombava a marca "ipso facto" no domínio público, mas os direitos de seu proprietário ficavam suspensos em relação aos terceiros, até que se fizesse a renovação" (93).

2. Se assim é no direito alienígena, desta saudavel orientação não se aparta o sistema jurídico pátrio.

Com efeito, muitos de nossos homens de leis dão proteção ao titular da marca não renovada, libertando-o da sanha gananciosa da concorrência desleal. Evitam eles o perigo assinalado por DI FRANCO, de vermos o antigo titular "substituído, no exercício do direito ao uso exclusivo, por qualquer concorrente de má fé, que se lhe adeante a depositar *ex novo*, por sua conta a marca não mais protegida pela lei" (94).

Na vigência das leis anteriores ao atual dec. n.º 16.264, quasi unânime era o pensar de nossos comercialistas (95).

ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER JUNIOR, assim se externavam: "Ainda a respeito destas mesmas marcas dá-se, não a perda delas, mas a das prerrogativas especiais do direito industrial se, expirado o quinquênio do seu registro, não fôr

---

(91) Ob. cit., p. 180, n.º 131 *bis*.

(92) Ob. cit., p. 179, n.º 130.

(93) Ob. cit., p. 129, n.º 90.

(94) "Digesto Italiano", voc. "Nomi, marchi e segni distintivi di fabbrica", n.º 208, p. 282. Turim, 1905-1910.

(95) Destôa da voz corrente OURO PRETO, que vê na não renovação, "claramente a intenção de desistir das garantias especiais de que já gosou". Cf. ob. cit. p. 93, n.º 95, nota 4.

este renovado” (96). Não é diversa a lição de BENTO DE FARIA, para o qual a não renovação “apenas diminuiria os direitos do respectivo titular, isto é, não poderia mais lançar mão da ação criminal contra os contrafactores” (97).

CARVALHO DE MENDONÇA, com sua inegável autoridade se pronuncia, afirmando que: “Os que não renovam o registro ficam na posição dos possuidores de marcas não registradas, isto é, das *marcas de fato*; as marcas não renovadas perdem sómente a proteção especial, conferida por lei” (98).

Sob o regime inaugurado pelo dec. de 1923 discrepam nossos comercialistas quanto à solução da questão.

CLOVIS BEVILAQUA e GAMA CERQUEIRA divergem do pensamento que vimos analisando, opinando que a não renovação do registro dentro do prazo legal deixa o seu titular na situação de quem vái pela primeira vez registrar a marca (99).

Mais consentânea com nosso sistema jurídico, e com a tutela dos interesses econômicos do comércio, se nos afigura a doutrina sustentada, mesmo em face do decreto vigente, por WALDEMAR FERREIRA, FILADELFO AZEVEDO e SÓLIDONIO LEITE.

WALDEMAR FERREIRA, analisando a questão, soluciona-a no direito vigente como a resolvera na legislação anterior CARVALHO DE MENDONÇA, fazendo suas as palavras daquele eminente mestre (100).

“A falta de renovação”, afirma FILADELFO AZEVEDO, “si não deixasse o titular de usá-la, não acarretaria perda, sinão para os efeitos penais” (101). SÓLIDONIO LEITE é concluden-

---

(96) Ob. cit. p. 109-110, n.º 202, 1.º vol.

(97) Ob. cit., p. 261-262, n.º 6.

(98) “Tratado”, p. 348, n.º 321, 5.º vol. 1.ª parte.

(99) CLOVIS BEVILAQUA, Parecer no caso “Malzbier”, pag. 141-142, e 143 da Apelação Cível n.º 6.864, Razões da Ré, Rio, 1938. GAMA CERQUEIRA, cit. por FILADELFO AZEVEDO, Parecer no caso “Malzbier”, p. 106-107 da Apelação Cível n.º 6.864, Supremo Tribunal, Razões da Ré, Rio, 1938.

(100) Parecer no caso Balança Howe, p. 35 de “Renovação do Registro de marca”, S. Paulo, 1929.

(101) Parecer no caso “Malzbier”, p. 106, Apelação Cível, n.º 6.864, Razões da Ré, Supremo Tribunal, Rio, 1938.

te em sua apreciação: “a falta de renovação do registro, não faz perder a propriedade, sinão sómente presumir que a marca não continua a ser usada” (102).

Esta nos parece a solução mais adequada e conforme aos princípios gerais normativos da matéria que vimos estudando.

Portanto, ainda em face da lei vigente,

*o titular de marca de indústria e comércio que deixa de renovar seu registro, só por isso não decái imediata e irremediavelmente do seu direito à mesma.*

#### A RENOVAÇÃO DO REGISTRO E O DIREITO TRANSITÓRIO

1. Regem a matéria, de maneira absoluta, os princípios gerais vigentes em direito transitório, quando aplicados à propriedade imaterial, da qual a propriedade industrial é uma das espécies.

E' de se considerar também o conceito de direito adquirido, o qual precisa e sinteticamente foi definido no magnífico “Vocabulaire Juridique” de HENRI CAPITANT: “*Direito que o juiz não pôde prejudicar, aplicando lei nova*” (103).

Ora, tivemos ocasião de observar que em certos casos tem o proprietário da marca direito adquirido sobre a mesma, e uma das hipóteses figuradas foi exatamente a do titular da marca renovanda. Dai o concluirmos não poder este titular ter o seu direito prejudicado pela superveniência da lei nova.

Esta é a doutrina que RAMELLA (104) esposa, a qual é nitidamente exposta por um dos juristas de maior renome e autoridade em matéria de direito intertemporal e conflito de leis, ROUBIER. Ensina o insigne mestre francês: “Da mes-

---

(102) Parecer *in* Apelação n. 6.937, Razões da Apelada, Supremo Tribunal, p. 8, S. Paulo, 1940.

(103) Voc. “Droit acquis”, p. 208, Paris, 1936.

(104) Ob. cit. p. 11, n.º 424, 2.º vol.

ma maneira, para a aquisição (ou extinção) dos direitos intelectuais é competente a lei em vigor ao tempo do fato considerado como aquisitivo (ou extintivo)” (105). E, tornando ainda mais claro o seu pensar, exemplifica com as marcas de indústria ou comércio.

2. Entre nós, diverge da doutrina seguida pela grande maioria dos juristas pátrios MENDES PIMENTEL, sustentando que, embora intangível a marca durante o prazo da proteção legal, ficará o direito de seu titular subordinado à lei nova quando por ocasião da renovação (106).

Não seguem esta opinião, nem a nossa doutrina, nem a jurisprudência.

WALDEMAR FERREIRA, afirmou categoricamente tratar-se, no caso, de um “ato jurídico perfeito”, que não pode “nos termos do art. 113, n.º 3, da Constituição, ser prejudicado por nenhuma lei” (107), e a sua asserção é corroborada por vários comercialistas. CARVALHO DE MENDONÇA teve oportunidade de ressaltar o caráter de “propriedade intangível” (108) deste direito do titular do registro renovando, enquanto MIRANDA VALVERDE explicitamente afirma: “quaisquer alterações, que as leis posteriores houvessem estatuido para o registro de marcas de indústria ou de comércio, *não poderiam invalidar as marcas registradas* na vigência das leis depois modificadas. O registro *constitue um direito adquirido*, insusceptível, por tanto, de ser menosprezado com as leis ulteriores” (109).

---

(105) *Conflicts de Lois*, p. 200, n.º 97, nota 1, 2.º vol., Paris, 1933.

(106) Cf. BARROS BARRETO, sentença no caso Braga & Wblman V. Abel Rodrigues & Cia., *in* “Arquivo Judiciário”, p. 123, vol. 23, 1932.

(107) Parecer no caso “Malzbier” n.º 10, p. 136, Apelação Cível n.º 6.864, Razões da Ré, Rio, 1938.

(108) Parecer *in* Apelação n.º 6.937, Supremo Tribunal, Razões da Apelada, p. 110, S. Paulo, 1940.

(109) Parecer no caso “Malzbier” p. 167, Apelação Cível n.º 6.864, Supremo Tribunal, Razões da Ré, Rio, 1938.

CAMPOS BIRNFELD, estudando a questão, diz ter sido esta a orientação seguida pelo nosso extinto Congresso, o qual julgava lhe assistir “o direito de alterar ou modificar o regime da propriedade das marcas, regulando-a de tempo em tempo, embora não possa retroagir no tempo nem alterar os direitos adquiridos *ex-vi* das leis anteriores” (110).

Ainda hoje, esta é a orientação da nossa doutrina e legislação, consentânea com a tradição jurídica pátria e com os sãos princípios informadores da ciência alienígena.

Portanto,

*rege o direito à marca a lei vigente ao tempo de seu título aquisitivo, isto é, vigente ao tempo do primeiro registro.*

#### A RENOVAÇÃO DO REGISTRO DAS MARCAS INTERNACIONAIS

A renovação do registro das marcas que gozam de proteção internacional, feito no Departamento Internacional para Proteção da Propriedade Industrial, em Berna, rege-se pelo disposto nas convenções internacionais, não apresentando o seu processo peculiaridades dignas de nota sob o ponto de vista da doutrina jurídica do instituto que vimos estudando.

Apenas convém assinalar a mais intensa repressão à fraude e má fé, estatuída expressamente no artigo 6.º *bis* da Convenção da União de Paris, revista em Háia, em 1925:

“Não será fixado prazo para se reclamar a anulação das marcas de má fé”.

Facil é compreender o alcance deste dispositivo, plenamente justificável no âmbito do comércio internacional, muito mais propício à rapinagem da concorrência desleal do que o estreito campo dos territórios nacionais.

---

(110) Artigo sob título “As marcas de fábrica”.

Ressaltada esta particularidade, podemos afirmar processar-se a renovação das marcas internacionais de um modo geral sob a égide dos mesmos princípios jurídicos que vimos analisando, modificados apenas em minúcias que não lhes altera a fisionomia geral.

São Paulo, 25 de Julho de 1942.

## JURISPRUDÊNCIA

### AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 9.229, DO DISTRITO FEDERAL

J. P. de Azevedo Pimentel v. Schilling, Hillier & Cia. Ltda.

Vistos, relatados, etc.: Acordam unanimemente os ministros do Supremo Tribunal Federal que constituem a Primeira Turma, pelos fundamentos do voto do relator constante das notas taquigráficas de fls., negar provimento ao agravo, para confirmarem, como confirmam, em sua conclusão, a sentença agravada.

Custas pelo agravante.

Supremo Tribunal Federal, 19 de setembro de 1940. — CARVALHO MOURÃO, P. e relator.

### RELATÓRIO

O sr. ministro CARVALHO MOURÃO: — O agravante, agricultor, residente em São Paulo, proprietário da marca “Pastoril”, registrada a 12 de agosto de 1927, afim de designar produto carrapaticida de fabricação dele, autor, ora agravante, propôs, a 26 de fevereiro do corrente ano de 1940 (fls.), contra a sociedade mercantil, agravada, Schilling Hillier & Cia. Ltda., ação de nulidade da marca “Néo-pastoril” que a ré fizera registrar aos 21 de fevereiro de 1930, para designar produto idêntico.

Defendeu-se a firma-ré, ora agravada, alegando: que, nos termos do disposto no art. 114 § 1.º do decreto n.º 12.264, de 19 de dezembro de 1923, o direito de propôr a ação de nulidade das marcas de fábrica ou de comércio prescreve ou decái (sic) desde que não seja proposta dentro de cinco anos, contados do registo; que, tratando-se, no caso, de um registo feito aos 21 de fevereiro de 1930, a presente ação, na qual a citação só a 26 de fevereiro de 1940 foi acusada em audiência, já estava prescrita, ou perenta, evidentemente, quando foi proposta.

Na audiência de instrução e julgamento, o autor replicou (fls.), dizendo: que no invocado art. 114 § 1.º do citado decreto n.º 12.264, o que se institue é verdadeiramente um prazo de prescrição da ação, não de decadência do direito de anular a marca e, assim sendo,

podia ser, como foi, interrompido pelo protesto judicial junto como documento a fls., do qual foi a ré intimada a 19 de fevereiro de 1935, bem como pela citação inicial para a presente ação, feita a 14 de fevereiro do corrente ano de 1940 (fé de citação a fls.).

O juiz, afinal, sustentando embora que o protesto judicial a fls. tem o direito de interromper o prazo de cinco anos (seja ele de decadência do direito, ou de prescrição da ação), julgou, entretanto, nulo o processo por verificar que, na data em que foi proposta a ação (26 de fevereiro do corrente ano de 1940), já eram decorridos mais de cinco anos, a contar do protesto (19 de fevereiro de 1935).

Daí o presente agravo que, minutado na própria petição agravante (fls.) e contraminutado (de fls. a fls.), subiu a este Supremo Tribunal, onde o dr. Procurador Geral, ouvido a fls., entregou o caso á sabedoria deste Tribunal, embora lhe pareça que a ação não está prescrita, por haver sido efetuada a citação inicial dentro dos cinco anos, contados do protesto (pareceres do dr. 2.º procurador regional a fls.).

E' o relatório.

#### VOTOS

O sr. ministro CARVALHO MOURÃO (relator) — I — A meu ver, o prazo de cinco anos, marcado na lei (decreto n.º 16.264 de 1923, art. 114, § 1.º) para que sejam “propostas as ações de nulidade de marcas de indústria ou de comércio”, é de decadência do direito dos interessados de usarem da ação de nulidade, e não de prescrição. Conquanto use de expressão vacilante (“na hipótese, parece tratar-se antes de um prazo extintivo ou de um caso de decadência do que de prescrição”), GAMA CERQUEIRA o demonstra (“Privilégios de invenção e marcas de fábrica e de comércio”, vol. II, n.º 270, nota 2). Tornam indubitável tal conclusão:

1.º — os próprios termos de que usa o legislador, nos quais fixa um prazo dentro do qual a ação ha de ser proposta, e não um termo findo o qual prescreverá;

2.º — o sistema adotado na lei (de tornar, como tornou, o registo da marca atributivo de sua propriedade), que exige cesse depois de certo e determinado prazo prefixo toda e qualquer dúvida ou incerteza acêrca da validade do registo e, consequentemente, acêrca da propriedade da marca.

II — Sendo, como é, um prazo de decadência do direito dos interessados de anularem a marca, instituído no interesse público de tornar segura e inatacável a propriedade da marca, passado certo tempo sem impugnação dela, decorre automaticamente e sem possibilidade de ser interrompido por ato dos interessados na anulação

do registo (CLOVIS, “Codigo Civil”, obs. 5.<sup>a</sup> ao art. 161, e GIORGI, “Teoria delle obbligazioni”, vol. VII, n.º 225, à pág. 370 da 7.<sup>a</sup> edição reimpressa em 1927; quanto à inaplicabilidade, em geral, dos casos de interrupção da prescrição aos prazos de decadência de direitos). E’ manifesto que, admitida em favor dos interessados a faculdade de interromperem, por protesto judicial, o prazo de decadência, este se tornaria incerto e indefinido e a *propriedade da marca precária e ineficiente por tempo indeterminado*.

III — Aplicadas estas premissas ao caso “sub-judice”, ha de se concluir que, na data em que foi proposta a ação (26 de fevereiro de 1940), o prazo de decadência do direito do autor (que era de cinco anos) já se havia consumado desde 21 de fevereiro de 1935, pois que o registo que ele pretende anular foi feito aos 21 de fevereiro de 1930.

Consequentemente, nego provimento ao agravo, para confirmar, como confirmo, em sua conclusão, a sentença agravada, não por seus fundamentos senão pelos que acima foram por mim expendidos.

#### DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negou-se provimento ao agravo, unanimemente.

(“Revista dos Tribunais”, p. 242-244, vol. 135 — 1942).

#### QUESTÃO DA MARCA CAFÉ PAULISTA

Dizem os autores que, por transferência de Pereira, Pinheiro & Cia., já são titulares desde 1924 da marca de fábrica “Café Paulista”, cujo registo, pelo decurso de tempo, não pode ser cancelado.

A esse argumento, o sr. Ministro (WALDEMAR FALCÃO), no despacho de fls. 63-64, replica com vantagem dizendo: “O registo anterior, se *não póde ser anulado, por imperativo legal*, não impõe um novo registo *com caracteres diferentes, embora semelhantes*”. Etc. etc.

Distrito Federal, 24 de março de 1939. — EDGARD RIBEIRO CARNEIRO.

(“Arquivo Judiciário”, vol. 50, p. 145 — 1939).

#### AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 4.093

Carlos Kuenerz & Cia. Ltda. v. Cordoroil & Paint S/A

Vistos, relatados, etc.

Como é sabido, porém, o registo da marca não tem efeito atributivo da sua propriedade e sim efeito meramente declarativo.

Presume a lei ao depositante o direito de propriedade da marca, em face, tão só, da afirmação do próprio depositante; e nesse pressuposto garante-lhe o uso exclusivo.

A propriedade da marca, entretanto, adquire-se com o uso, pelo primeiro ocupante (POUILLET, etc.), sendo esse principio (aliás universal e tão antigo quanto o reconhecimento do direito à propriedade da marca — *qui primo coepit habere illud signum, ille debet esse in perpetua possessione*), consagrado e reconhecido pela lei que, além de não permitir o registro *havendo dúvida* sobre o uso ou *posse* da marca (decreto n.º 16.264, art. 95, n.º 2), concede, a quem quer que se julgue prejudicado pelo registro, o direito de promover a ação de nulidade da marca (decreto citado, art. 114, § 1.º).

Resulta, assim, que a ação de nulidade da marca, em tal hipótese, tendo por objetivo, seja a reivindicação daquele que pretende ser seu legítimo proprietário, seja a intervenção de terceiro que se considera prejudicado para nos casos permitidos pela lei, frustrar o uso exclusivo da marca pelo depositante que obteve o registro sem direito à sua propriedade (le dépôt, etc.) nesse caso, como foi dito, a ação *não visa a formalidade do registro* que pôde estar isento de qualquer defeito extrínseco, e não afecta, portanto, o *ato administrativo* que o determinou.

Rio de Janeiro, 19 de maio de 1939. — HENRIQUE FIALHO, relator — AFRANIO ANTONIO DA COSTA — RAUL CAMARGO — Presidiu o julgamento o Desembargador GOMES DE PAIVA.

(“Arquivo Judiciário”, p. 145, vol. 51, — 1939).

#### DR. G. ROCHA V. DR. M. MAGALHÃES

Vistos estes autos, etc.

Ora, quais são as garantias asseguradas ao titular do direito de propriedade de marca ou insígnia?

Deveremos distinguir conforme a marca (ou a insígnia) está registrada no nome da própria pessoa que se pretende com direito ao uso exclusivo dela, ou em nome de terceira pessoa, que tenha fraudulentamente requerido o registro em seu nome, usurpando o direito de outrem.

Só no primeiro caso, isto é, no de estar a marca registrada no seu proprio nome, é que tem o proprietário da marca o direito aos privilégios correspondentes a esse registro (art. 78 do decr. 16.264 de 19 de dezembro de 1923) e o direito de opôr *em relação aos terceiros* a exclusividade do uso da marca (CARVALHO DE MENDONÇA, etc.).

E' certo que o registro não é *atributivo*, mas simplesmente *declaratorio* da propriedade.

Todavia, o registro induz uma *presumpção legal relativa* de propriedade a favor de quem o efetúa (DESCARTES DE MAGALHÃES, etc.).

De sorte que o pre-utente (e, em geral, o que se julgue com direito à marca), antes de poder agir contra terceiro, deve necessariamente: ou impedir administrativamente que a marca venha a ser registrada em nome alheio (art. 91 § unico e art. 92 § 1.º do Reg. de 1923), ou anular judicialmente, esse registro (art. 114 § 1.º do Reg. cit.).

Rio, 18 de outubro de 1939. — FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO.

(“Arquivo Judiciário”, vol. 52, p. 268 — 1939).

### RECURSO EXTRAORDINARIO N.º 3.074

Origan de Coty v. Origan de Gally

#### RELATÓRIO

O sr. Ministro LAUDO DE CAMARGO: Etc., etc.

Sabido é que o registro tem o caracter *declaratório* e não *atributivo da propriedade*.

Esta, como já tive oportunidade de dizer, preexiste á formalidade do ato que, uma vez feito, passa a fornecer ao interessado as garantias da lei contra terceiros.

Vê-se, daí que, demonstrada a existência do registro, sómente após a sua anulação é que se poderia lançar mão do pedido de indenização.

Acórdão.

Etc., etc.

Rio, 24 de junho de 1940.

(“Arquivo Judiciário”, vol. 56, p. 176 — 1940).

### RITZ SOCIÉTÉ ANONYME V. COMPANHIA DE PERFUMARIAS BEIJA-FLOR

Vistos, etc.

A partir da *efetuação do registro*, é que existe um ato público, capaz de gerar a *presumpção juris et de jure*, de que ninguém desconhece a adopção feita por certa pessoa, de um ou mais sinais constitutivos de sua marca de fábrica ou de comercio.

O registro passa então a ser o *titulo* de um direito, exercitavel a começar da data em que aquele se ultimou. E' que “contra a tradição de nosso direito, afirmada em três leis sucessivas, o decreto atual abandonou o principio por elas consagrado, relativa-

mente ao fundamento da propriedade das marcas não reconhecendo qualquer efeito jurídico ao seu uso ou emprego, *nem qualquer direito ao titular da marca não registrada* (GAMA CERQUEIRA, “Privilégios de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comercio, n.º 204).  
Etc., etc.

Distrito Federal, 14 de dezembro de 1933. — FRANCISCO TAVARES DA CUNHA MELLO.

(“Arquivo Judiciário”, vol. 29, p. 391 — 1934).

### RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA N.º 66

Origan de Coty v. Origan de Gally

O sr. Ministro LAUDO DE CAMARGO (relator): Etc., etc.

Registrou em Berne as marcas “L’Origan” e “L’Origan de Coty” e depois as depositou e registrou no Brasil. Ficou-lhe assim assegurado o direito do seu uso exclusivo, nos termos do art. 75 do dec. n.º 26.264 de 19 de dezembro de 1923, uma vez não recorrida a decisão que determinou o registro e haverem decorrido os 5 anos para anulação do ato.

*Assegurada pela Constituição, art. 113, numero 19, a propriedade da marca, o seu uso exclusivo nada poderia sofrer.*

Rio, 8 de Abril de 1935. — E. LINS, Presidente — LAUDO DE CAMARGO, relator.

(“Arquivo Judiciário”, vol. 41, p. 121 — 1937).

### APELAÇÃO CIVEL N.º 3.930

William Pearson, Limited v. Campos Leite & Cia.

Relatório:

O sr. Ministro CARVALHO MOURÃO (relator).

Etc., etc. Os réus segundos apelantes, contestaram a folhas 33, etc. Na contestação articulam: Etc.. que a ação de nulidade do registro só poderia ter por fundamento o art. 10, combinado com os arts. 8 e 9 da citada lei n.º 1.236, é de rito sumário e prescreve em seis meses, a contar da data do registro;..

### VOTO

O sr. Ministro CARVALHO MOURÃO (relator).

— Quanto à prejudicial da prescrição da ação — eu não julgo procedente, porque só prescrevem em seis meses, contados da data do registro da marca as ações de nulidade do mesmo registro que tenham por fundamento proibições enumeradas nos incisos 2.º, 3.º

e 4.º do art. 8.º, da lei n.º 1.236 de 1904, reproduzida no art. 21, incisos 2.º, 3.º e 4.º — 1.ª parte — do dec. regul. n. 5.424, de 1905; não as que, como a presente, fundam-se na norma proibitiva do inciso 6.º, do citado artigo, *as quais podem ser propostas dentro do prazo de garantia do registro, que é de 15 anos*. Tal é a lição do nosso eminente colega e sábio comercialista patrio, sr. Ministro BENTO DE FARIA, em sua acatada obra “Marcas de Fábrica e de Comércio”, cap. 21, ns. 9 e 10.

Outra não é a lição do insigne CARVALHO DE MENDONÇA, “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, vol. V — Parte primeira — n.º 383-bis.

E', aliás, o que está expressamente disposto no art. 10, inciso 2.º — 2.ª parte, da citada lei n.º 1.236, e no art. 33, 2.º inciso, 2.ª alínea, do regul. n.º 5.424, de 1905, cit. (lê).

*De meritis*

Etc. etc.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados, etc.

Acordam os Ministros da turma julgadora, unanimemente, como consta das notas taquigráficas de fls. 361 a 367 — rejeitada a preliminar de prescrição da ação intentada — negar provimento a ambas as apelações, para confirmar, como confirmam, por seus fundamentos a sentença apelada. Custas pelos apelantes — *pro rata*.

Côrte Suprema, 15 de Agosto de 1934. — E. LINS, Presidente CARVALHO MOURÃO, relator. (Foram vogais os srs. Ministros LAUDO DD CAMARGO, COSTA MANSO, OCTAVIO KELLY e ATAULPHO DE PAIVA).

(“Arquivo Judiciário”, p. 114-115, vol. 35 — 1935).

#### WOLFFMETAL LTDA. V. ANTONIO NUNES VAZ TOURO

Vistos estes autos, etc.

O decreto n.º 16.264, de 1923, contrariando a tradição de nosso direito, afirmada em três leis sucessivas, “abandonou o princípio por elas consagrado relativamente ao fundamento da propriedade das marcas, não reconhecendo qualquer efeito juridico ao seu uso ou emprêgo, nem qualquer direito ao titular da marca não registrada”. (GAMA CERQUEIRA, *Ibidem*, pág. 295).

Etc., etc.

“Não basta que a pessoa se *julgue prejudicada*, como diz o decreto, para ter o direito de usar da ação de nulidade; é necessário que ela realmente o seja, que demonstre seu interesse de agir. *Para propôr ou contestar uma ação é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral*. (Código Civil, art. 76). O interesse legítimo

explica BEVILAQUA, é a razão de ser da ação, a *ratio agendi*, o motivo que justifica a reclamação ao Poder Judiciário. Não basta ter o direito, para propôr a ação é preciso que haja interesse, motivo, razão de propô-la..." (Ibidem, pags. 373 e 374).

Por estes motivos, etc.

Rio de Janeiro, 19 de Setembro de 1938. — JOSÉ THOMAZ DA CUNHA VASCONCELLOS FILHO.

("Arquivo Judiciário", p. 129, vol. 48 — 1938).

#### B. & W. v. A. R. & CIA.

Vistos, examinados, etc.: ..

A disposição relativa à renovação do registo (art. 96 do Regulamento vigente e art. 11 da Lei n.º 1.236, de 1904), tem sido interpretada de maneira diferente.

Sustentam alguns que a renovação é em tudo idêntica ao registo primitivo, devendo assim obedecer e cumprir as mesmas exigências e formalidades e sujeitar-se igualmente às condições de depósito e publicidade, e quando a autoridade administrativa verificar que não é caso de renovação ou que a marca registada estava compreendida em qualquer dos impedimentos da lei em vigor ao tempo em que se efetuou o registo, deverá negá-la pela anterior inobservância dos necessários requisitos, visto como, contra expressa disposição de lei, a ninguém é lícito adquirir direito. Consequentemente, não pôde ser denegada a renovação sem justa causa, e se no primeiro registo foram respeitadas as prescrições da lei então vigente, fica o seu detentor com o direito adquirido, resultante de um ato jurídico perfeito e acabado, o qual não deve ser embaraçado por qualquer outro requisito creado por uma lei posterior.

Essa doutrina tem sido defendida por varios autores, bastando citar entre os estrangeiros: POUILLET, "Traité des marques de fabrique et de la concurrence deloyale", n. 132; LUCIEN-BRUN, "La marque de fabrique et de commerce", n.º 22, e "Pandectes françaises — marques de fabrique", vol. 40, n.º 633, e entre nós: CARVALHO DE MENDONÇA, obr. cit., pag. 348; BENTO DE FARIA, "Das marcas de fábrica e de comércio", pag. 262, e THOMAZ O. LEONARDOS, em seu recente livro — "A Marca de Indústria e Comércio", pag. 156 e seguintes, além de ser sustentada por CARLOS COSTA, representante do Ministério Público junto à Diretoria de Propriedade Industrial, hoje Consultor Jurídico do Departamento Nacional de Indústria, em brilhantes pareceres publicados no "Jornal do Comércio", de 16-3-1929 e 13-7-1929, bem como no que consta por certidão a fls. 172. E escreveu ainda CAMPOS BIRNFELD: "O momento da renova-

ção dos registos ilegais é a melhor ocasião de restabelecer o regimen legal, a bem da justiça, negando renovação aos registos aberrantes das normas jurídicas e que tenham sido obtidos por meio de dolo, fraude ou com infração das leis de marcas. E é como o Congresso tem interpretado o dispositivo do art. 72, § 27 da Constituição Federal, compreendendo que lhe assiste o direito de alterar ou modificar o regimen da propriedade das marcas, regulando-a de tempo em tempo, embora não possa retroagir no tempo nem alterar os direitos adquiridos *ex-vi* das leis anteriores” (“Rev. de Direito”, vol. 92, pag. 400).

Entendem, porém outros competentes no assunto, que é perpétua a duração do registo, pois a renovação é puro ato de conservação de direitos, tornado público para fazer conhecer a terceiros o propósito de continuar o uso exclusivo já assegurado nos 15 anos decorridos (SOLIDONIO LEITE. Parecer publicado no “Diario Oficial” de 15-8-1929) “méra prorrogação do prazo da proteção legal”, diz CLOVIS BEVILÁQUA, “Soluções Práticas de Direito”, vol. II, pagina 248, “processo feito só e exclusivamente para a verificação de que a marca não caducou pelo desuso ou desaparecimento do seu titular, não se podendo, portanto, no processo de renovação de registo, entrar na apreciação de quaisquer vícios ou defeitos por ventura havidos por ocasião do registo a renovar (JUSTO DE MORAES. Parecer “in” Revista de Direito, vol. 93, pag. 469).

O professor MENDES PIMENTEL, defendendo uma terceira corrente, em parecer transcrito pelos querelados a fls. 290, opina que:

“Em matéria de direito transitório, ensinam os tratadistas que o registo da marca na conformidade da legislação vigente constitue direito adquirido, que não póde ser alterado pela superveniência da lei nova (AGOSTINHO RAMELLA, “Trat. della proprietá industriale”, vol. II, n.º 424, pag. 11; GAMA CERQUEIRA, em sua recente obra de “Privilégios de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comércio”, pag. 481).

“Entendo que a modificação do estatuto não prejudica o uso exclusivo da marca de indústria ou de comércio pelo industrial ou comerciante que a tiver registado de acórdo com a lei vigente; e que os efeitos do registo são intangíveis durante o prazo da concessão.

“Em caso de renovação, porém, penso que ela fica subordinada às novas exigências legais.

“E assim opino, porque a prorrogação, por prazo igual, é dependente de condição alteravel a arbitrio de outrem, — do poder competente para definir os requisitos necessários à proteção das marcas (Código Civil, art. 3.º, § 1.º).

“Por outras palavras, a renovação é um direito futuro não deferido, pois que subordinado a condições falíveis (art. 74, III e paragrafo unico do Código Civil).

“Inteligência contrária empeceria indefinidamente a atividade legislativa em matéria de tamanha importância, quando a presunção é que o legislador não edita mandamentos irrevogáveis. (BLACK, “Interpret. of law”, § 51, pag. 109)”.

Perigosa, sob certos pontos de vista, pelos abusos que se poderiam originar, a interpretação de MENDES PIMENTEL, embora consentânea com as idéias modernas sobre direito transitório, subordinando a renovação do registo às novas exigências legais, parece inquestionavel que no regimen da lei brasileira não ha como considerar a perpetuidade do registo, que “prevalecerá para todos os efeitos por 15 annos, findos os quais poderá ser renovada e assim sucessivamente” (cit. art. 96).

Evidentemente, essa renovação é condicionada às prescrições da lei, não podendo ser deferida se infringir alguma das suas disposições, tanto mais quanto o art. 78 do Regulamento só garante o uso exclusivo da marca a quem a fizer registrar de acôrdo com o Regulamento (CARLOS COSTA, cit. Parecer); entretanto, o Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio, em vista das controvérsias suscitadas e das opiniões divergentes no processo da marca n.º 28.204, onde essa tése foi levantada, mandou adotar o aludido parecer de SOLIDONIO LEITE, então Consultor Geral da República, “até que o poder judiciário resolva em última instância esse caso” (fls. 173 v.) e que tem sido reiteradamente determinado pela Diretoria de Propriedade Industrial, segundo se infere dos despachos concedendo a renovação das marcas dos querelantes (fls. 169 e 171).

A digressão feita demonstra a importância dessa questão — sobre a qual repousa, principalmente, o direito de B. & W., fundado naquela resolução do Ministério da Agricultura, até ulterior deliberação do poder judiciário, direito este que os querelados pretendem contestar com razões relevantes — e deixa evidenciado que a mesma tése só póde ser apreciada no curso de ação propria e especial, processada e julgada no juizo competente.

Vê-se, pelo exposto, que *esse e tambem outros pontos de doutrina exigem um debate amplo*, assim como as diversas questões de fato daí resultantes deviam ser apuradas e demonstradas pelos meios de prova permitidos em lei, das quais não se cogitou dentro dos presentes áutos, e fica facultado à parte interessada, usando dos meios regulares ,administrativa ou judicialmente.

Etc. Etc.

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 1932. — F. DE BARROS BARRETO.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 3.623

Vistos, relatados, etc.

Acórdão os Juizes da 2.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Apelação negar provimento ao recurso tomado por termo da folha 326 v., para confirmar, como confirmam, a sentença apelada. Custas *ex-lege*.

Rio, 31 de maio de 1932. — CESARIO PEREIRA, Presidente — VICENTE PIRAGIBE, Relator, com o seguinte voto: O Dr. Juiz de 1.<sup>a</sup> Instancia, etc.

Qualquer que seja o valor que se queira dar à renovação do registro, não altera isto a conclusão a que se chega, tanto mais quanto a lei anterior, como assinala a sentença, vedava o registro das marcas com os vicios apontados.

Etc., etc. — ARTHUR SOARES, pelo último fundamento da sentença, isto é, pela bôa fé com que agiram os apelados — COSTA RIBEIRO, pelo último fundamento da sentença.

(“Revista de Crítica Judiciária”, p. 416-417, vol. 15 — 1932).

## JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

ACÓRDÃO N.º 351

Shwarz, Felkmann & Comp. v. Departamento Nacional da Propriedade Industrial.

Vistos, relatados, etc... acordam os membros do Conselho de Recursos, por unanimidade de votos, não tomar conhecimento do recurso, por ter sido interposto fóra do prazo legal.

Conselho de Recursos, 13 de agosto de 1935. — FRANCISCO ANTONIO COELHO — AFONSO COSTA — JOÃO MARIA DE LACERDA — ERNESTO LOPES DA FONSECA COSTA — GODOFREDO MACIEL.

E' o seguinte o parecer do auditor:

Relatório e parecer.

Etc., etc.

Ora, si o registro da marca já estava definitivamente concedido, por despacho passado em julgado; si um ato jurídico perfeito, equivalente a direito adquirido; si a restauração era sómente para o efeito de pagamento da taxa do certificado do registro já concedido, parece absurdo que o processo, já ultimado, *sobre registro já concedido*, tornasse a ir ao Arquivo para novas buscas; e, não menos absurdo me parece o despacho que, a fls. 22 v. ao envez de mandar expedir a guia pedida para pagamento da taxa relativa à entrega do certificado da marca, *que este era o único objeto da restauração do processo*, ao envez disso denega a restauração e, bem assim, o registro da marca, por despacho de 30 de agosto de 1934, quando o registro dessa marca já estava concedido desde 11 de dezembro de 1933, fls. 18, v., por despacho definitivo, passado em julgado, irrecorrível.

Etc., etc.

O caso, pois, a meu ver, bem que lamentavel, dado o manifesto engano da repartição de marcas, é de se não tomar conhecimento do recurso, por interposto fóra do prazo legal, salvo melhor juizo.

Conselho de Recursos, 13 de agosto de 1935. — GODOFREDO MACIEL, auditor.

**ACÓRDÃO N.º 339**

**Companhia Gessy S/A v. Departamento Nacional da Propriedade Industrial.**

Vistos, relatados, etc.: acordam os membros do Conselho de Recursos, consoante a parecer do Auditor, confirmar o despacho recorrido, negando provimento ao recurso, por unanimidade de votos.

Conselho de Recursos, 6 de agosto de 1935. — FRANCISCO ANTONIO COELHO — AFONSO COSTA — JOÃO MARIA DE LACERDA — GODOFREDO MACIEL.

**PARECER**

Etc., etc.

II — Para obviar o defeito daquela marca, de nome mais específico do que genérico, como convém à variada indústria de perfumaria, eis que a titular da marca *Sabonete Gibbs* pede um novo registro, conforme os exemplares que oferece, tendo por denominação a palavra *Gibbs* sómente, para vários produtos de perfumaria (classe 48), além de outros da classe 46.

Foi-lhe denegado esse registro por colidente com a marca n.º 22.663, *Gibbs*, também registrada para produtos da mesma classe, em nome da sociedade comercial ingleza D. & W. Gibbs, Limited, de que é sucessora a sociedade Thibaud, Gibbs & Companhia.

III — Daí dessa denegação, o presente recurso. Sustenta a recorrente que a marca n.º 22.663, *Gibbs*, anexa, registrada em 1927, depois da sua, *Sabonete Gibbs*, que foi em 1919, não pôde agora impedir o registro da sua, objeto deste processo, igualmente denominada *Gibbs*, para assinalar os mesmos produtos.

Si aqui se tratasse de renovar o registro daquela marca n.º 4.149, *Sabonete Gibbs*, estaria de pleno acôrdo com a recorrente, sua titular.

Mas, desde que aqui se trata de registro novo, etc., etc.

Conselho de Recursos, 6 de agosto de 1935. — GODOFREDO MACIEL, auditor.

(“Diário Oficial da União”, de 23/8/1935, Ac. n.º 339, p. 18.646-18.647).

**ACÓRDÃO N.º 676**

**Thibaud, Gibbs & Companhia v. Companhia Gessy e o Departamento Nacional da Propriedade Industrial**

Visto, relatados, etc.: acordam os membros do Conselho de Recursos, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, consoante o parecer do auditor de fls. 52/53.

Conselho de Recurso, 7 de abril de 1936. — FRANCISCO ANTONIO COELHO, usando do voto de qualidade, de acordo com o art. 12, § único do decreto n.º 24.670, de 1934. — AFONSO COSTA, vencido. — JOÃO MARIA DE LACERDA, vencido. — GODOFREDO MACIEL.

### PARECER

Trata-se aqui da renovação do registro relativo à marca n.º 4.147, de 25 de outubro de 1919, denominada *Sabonete Gibbs*.

Não pôde haver dúvida que dita marca é um exemplo frisante de audaciosa concorrência ilícita, usurpando o nome comercial de afamados e antiquíssimos fabricantes de sabão, estabelecidos em Londres, desde 1712, segundo faz certo o documento de fls. 41, dos quais é atual sucessora a firma recorrente, Thibaud, Gibbs & Comp.

Esta é que devera ter sido mais zelosa daquele nome e fama tradicionais, opondo-se ao registro da marca usurpadora, ou anulando-o judicialmente.

Não o fez, quando podia, e devia, querendo fazê-lo agora, que já é tarde, me parece. Com efeito.

Desde que a recorrente, ou quem suas vezes fazia, deixou de opôr-se, em 1919, ao registro da marca *Sabonete Gibbs*; desde que não recorreu despacho que concedeu semelhante registro; desde que não propoz, judicialmente, a nulidade desse registro, deixando prescrever a ação que lhe assistia para esse efeito; está visto que o registro, *originariamente ilegal, convalesceu, tornou-se bom, já não sendo licito atacá-lo agora pelos remédios legais não usados na devida oportunidade.*

Conforme dispõe o art. 95 do decreto n.º 16.264, de 1923, o registro prevalecerá, para todos os efeitos, por 15 anos, findos os quais poderá ser renovado e assim por diante. O mesmo já dispunha também o art. 11 da lei n.º 1.236, de 1904, na vigência da qual foi concedido registro à marca n.º 4.147, ora em renovação.

Comquanto o processo dessa renovação deva obedecer às formalidades extrínsecas do processo relativo ao registro, não está, como este sujeito a oposição. Nem, tão pouco, do despacho que a concede pôde caber recurso, por isso mesmo que a renovação do registro, longe de um *novo registro*, é, antes, uma confirmação do registro, ou melhor, uma simples prorrogação de garantia legal ao uso exclusivo da marca já registrada.

A repartição competente limita-se a verificar e fazer cumprir as formalidades legais extrínsecas, sem entrar no exame das marcas apresentadas, salvo para constatar sua conformidade com a anteriormente registrada.

Uma vez registrada a marca, é direito indisputavel de um titular renova-la indefinidamente. (GAMA CERQUEIRA, "Priv. e Marcas", vol. 2.º, pags. 337 e 338).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar o despacho que concedeu a renovação, nos termos do pedido.

Conselho de Recursos, 7 de abril de 1936. — GODOFREDO MACIEL, auditor.

(Ac. n.º 676 de 7/Abril/1936 in "Diário Oficial da União" de 23/4/1936, p. 8544-8545).

### ACÓRDÃO N.º 310

**Enoch Morgan's Sons Company v. Companhia de Produtos Quimicos Fabbrica Belem e o Departamento Nacional da Propriedade Industrial**

Vistos, relatados, etc... : acordam os membros do Conselho de Recursos por maioria de votos, negar provimento ao recurso, consoante o parecer do auditor de fls. 47/54, para o efeito de ser confirmado o despacho recorrido.

Conselho de Recursos, 9 de julho de 1935. — FRANCISCO ANTONIO COELHO — AFONSO COSTA, vencido — JOÃO MARIA DE LACERDA ERNESTO LOPES DA FONSECA COSTA — GODOFREDO MACIEL.

O parecer do sr. auditor é o seguinte:

#### PARECER

##### I

Etc., etc.

##### II

Ora, desde que a recorrente não se opôs ao registro da marca "Sapol", imitação de sua marca "Sapolio", duas vezes efetuado pela recorrida, ou sua antecessora; desde que não recorreu dos dous despachos que lhe concederam tais registros, um em 1917, outro em 1929; desde que não propôs judicialmente a nulidade desses registros, deixando prescrever a ação que lhe assistia para esse efeito; está visto que ambos esses registros, originariamente eivados de ilegalidade, convalesceram, tornaram-se bons, já não sendo lícito atacá-los agora pelos meios que, não usados oportunamente, perderam por isso mesmo sua eficácia jurídica, "atrofiada pelo desuso", como diz o eminente CLOVIS.

Etc., etc.

Conselho de Recursos, 11 de junho de 1935. — GODOFREDO MACIEL, auditor.

Voto em separado do dr. AFONSO COSTA:

Etc., etc.

Na verdade, o registro só pôde ser declarado nulo, nos termos dos dois parágrafos do art. 114 do regulamento vigente, mediante a ação judicial intentada por aquele que tem o direito de recorrer do despacho que concedeu, ou pelo representante do Ministério Público em casos especiais que o mesmo regulamento especifica. Passados porém, os cinco anos que a lei fixou, prazo improrrogavel, para a propositura da ação de nulidade, por aquele ou este, prescreve o direito ao procedimento judiciário, o registro adquire consistência e firmeza e a propriedade que ele outorga ao titular da marca, embora limitada nos seus efeitos, não pôde mais ser posto em dúvida, nem o objeto de contestação dentro dos limites prescritos à sua duração.

Nesse período é que a marca é inatacavel bem como a propriedade que o registro confere ao seu titular, porque se acham então prescritos os direitos à propositura de qualquer ação contra a sua validade. Esgotado, entretanto, o prazo dos 15 anos, período da garantia legal, essa propriedade, assim limitada pela legislação de quasi todos os povos, fica e permanece em suspenso, dependendo de renovação, que, por sua vez, depende da decisão da autoridade administrativa e a esta, em face do bom senso e à luz da bôa razão, não é possível negar, como já vimos com abundância de argumentos e pareceres, a faculdade de examinar o pedido e julgar o caso com as mesmas exigências e formalidades do processo originário ou primitivo.

Etc., etc.

Nestas condições, tomamos conhecimento da opposição apresentada pela recorrente à renovação da marca — *Sapol* — para reformar o despacho que concedeu, porque:

a) os direitos que o registro confere ao proprietário da marca registrada tem duração restrita ao prazo de 15 anos, e embora o seu titular disponha de faculdade de renová-lo, este processo, pelas considerações que acima aduzimos, deve obedecer às normas exigidas para o registro primitivo, cabendo à autoridade administrativa entrar *não só no exame das formalidades extrínsecas, como no mérito do pedido quanto às objeções que se lhe possam fazer*;

b) a propriedade que o registro assegura ao titular da marca registrada, como toda a propriedade em geral, nos próprios termos da Constituição da Republica, quanto ao exercício dos direitos que lhe são decorrentes, está subordinada ao interesse social e coletivo, ao qual não pode ser indiferente a colidência, no giro comercial, de duas marcas que se confundem, induzindo os consumidores a erro e equívocos quando adquirirem os produtos por eles designados;

c) a lei que determina as finalidades do Departamento da Propriedade Industrial, firmando o princípio de ter o Poder Público a faculdade e, sobretudo, o indeclinável dever de zelar pelos direitos e interesses da coletividade, na alínea, *c*, do art. 1.º, inscreveu, entre as suas atribuições, a *repressão da concorrência desleal*, de que o registro da marca — *Sapol* —, ilegalmente dado na vigência da marca — *Sapolio* — é caso tipicamente caracterizado.

Rio, 9 de julho de 1935. — AFONSO COSTA.

Justificação do voto do sr. FRANCISCO ANTONIO COELHO: De acôrdo com as conclusões do parecer do sr. auditor que têm apóio na jurisprudência administrativa ha muito formada e em virtude da qual ficou reconhecido caber sómente recurso dos despachos que concedem o registro inicial, considerando-se a renovação como simples pedido de prorrogação do prazo de proteção legal, dependente exclusivamente da vontade do titular da marca e mediante as formalidades e taxas estabelecidas nas leis processuais em vigor.

Rio, 20 de julho de 1935. — FRANCISCO ANTONIO COELHO.

(Ac. n.º 310 de 9/7/1935, in “Diário Oficial da União” de 24/7/1935, p. 16.165-16.169).

# Indice geral do volume XXXVII

# INDICE GERAL DO VOLUME XXXVII

## ASSUNTOS

### HOMENAGEM

Professor J. J. Cardozo de Melo Neto — Redação .....	7
Professor Spencer Vampré — Redação .....	13

### COLABORAÇÃO DE PROFESSORES

Dois mestres — Clovis Bevilaqua .....	21
Da retroatividade das leis em matéria de impugnabilidade de sentença, jurisdição e competência — Francisco Morato ...	24
Crueldades nas guerras — Braz de Sousa Arruda .....	30
A técnica do ensino — A. de Sampaio Doria .....	37
A convocação da assembléa geral por acionistas — Waldemar Ferreira .....	72
Da prescrição da ação de investigação de paternidade — Lino de Moraes Leme .....	79
Estabilidade e reintegração — S. Soares de Faria .....	92
Regimes adequados ao cumprimento das penas de reclusão e detenção — Estabelecimentos de prisão provisória — Basileu Garcia .....	100
O contratualismo — Posição de Rousseau e Kant — Miguel Reale	118
Do's professores — J. Dalmo Belfort de Mattos .....	151
Inconstitucionalidade das leis — G. de Almeida Moura .....	156
Concepção sintética do Direito — Goffredo Junior .....	164
Spencer Vampré — Octavio M. Guimarães .....	177

### TRABALHOS DE ALUNOS

A renovação do registro das marcas de indústria e comércio — Constantino de Campos Fraga .....	185
--	-----

### AUTORES

ARRUDA (Braz de Sousa) — Crueldades nas guerras .....	30
BEVILAQUA (Clovis) — Dois mestres .....	21
DORIA (A. de Sampaio) — A técnica do ensino .....	37
FARIA (S. Soares de) — Estabilidade e reintegração .....	92
FERREIRA (Waldemar) — A convocação da assembléa geral por acionistas .....	72
FRAGA (Constantino de Campos) — A renovação do registro das marcas de indústria e comércio .....	185

<b>GARCIA (Basileu) — Regimes adequados ao cumprimento das penas de reclusão e detenção — Estabelecimentos de prisão provisória .....</b>	<b>100</b>
<b>GOFFREDO JUNIOR — Concepção sintética do Direito .....</b>	<b>164</b>
<b>GUIMARÃES (Octavio M.) — Spencer Vampré .....</b>	<b>12</b>
<b>LEME (Lino de Morais) — Da prescrição da ação de investigação da paternidade .....</b>	<b>79</b>
<b>MATTOS (J. Dalmo Belfort de) — Dois professores .....</b>	<b>151</b>
<b>MORATO (Francisco) — Da retroatividade das leis em matéria de impugnabilidade de sentença, jurisdição e competência .....</b>	<b>24</b>
<b>MOURA (Genésio de Almeida) — Inconstitucionalidade das leis .....</b>	<b>156</b>
<b>REALE (Miguel) — O contratualismo — Posição de Rousseau e Kant .....</b>	<b>118</b>





## ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

**1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais.** Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

**2. Atribuição.** Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

**3. Direitos do autor.** No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente ([dtsibi@usp.br](mailto:dtsibi@usp.br)).