



REVISTA  
da  
Faculdade de Direito

# FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## DIRETOR

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA

## VICE-DIRETOR

DR. ALVINO FERREIRA LIMA

## CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO  
DR. JORGE AMERICANO  
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO  
DR. BASILEU GARCIA  
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA  
DR. MIGUEL REALE

## PROFESSORES HONORARIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)  
CLOVIS BEVILAQUA (1859-1944)

## PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)  
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA  
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1953)  
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)  
DR. CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)  
DR. JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)  
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA  
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELO NETO

## PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA, de Direito Internacional Público  
DR. VICENTE RAO, 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 MORAIS LEME, de Direito Comercial  
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO, de Direito Comercial  
DR. ALEXANDRE CORREIA, de Direito Romano  
DR. LINO DE MORAIS LEME, de Direito Civil  
DR. NOÉ AZEVEDO, de Direito Penal  
DR. JOSÉ SOARES DE MELO, de Direito Penal  
DR. ANTÔNIO 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. BENEDITO 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. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR, de Medicina Legal  
DR. CÂNDIDO MOTTA FILHO, de Direito Constitucional  
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA, de Direito Internacional Privado  
DR. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, de Direito Judiciário Civil  
DR. GOFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR, de Introdução à Ciência do Direito

## DOCENTES LIVRES

- DR. MANOEL FRANCISCO PINTO PEREIRA, de Direito Internacional Público, de Direito Constitucional e de Direito Civil, estável como funcionário público, de acôrdo com deliberação do Conselho Universitário.
- DR. VICENTE DE PAULO V. DE AZEVEDO, de Direito Judiciário Penal
- DR. JOÃO DE DEUS CARDOSO DE MELO, de Direito Judiciário Penal
- DR. JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATOS, de Direito Público e 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. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS, de Direito Judiciário Civil
- DR. SÍLVIO MARCONDES MACHADO, de Direito Comercial
- DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES, de Direito Civil
- DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, de Medicina Legal
- DR. ALFREDO BUZAID, de Direito Judiciário Civil
- DR. FLÁVIO QUEIROZ DE MORAIS, de Direito Penal
- DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, de Direito Civil
- DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, de Direito Penal
- DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA, de Direito Romano
- DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET, de Direito Constitucional
- DR. JOSÉ PINTO ANTUNES, de Direito Constitucional
- DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR, de Direito Constitucional
- DR. NICOLAU NAZO, de Direito Internacional Privado
- DR. ANTÔNIO CHAVES, de Direito Internacional Privado
- DR. LUÍS ARAÚJO CORREIA DE BRITO, de Direito Internacional Privado
- DR. MOACIR AMARAL SANTOS, de Direito Judiciário Civil
- DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES, de Direito Judiciário Penal
- DR. ALBERTO M. ROCHA BARROS, de Introdução à Ciência do Direito

## SECRETÁRIO

- SR. FLÁVIO MENDES



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
da  
Faculdade de Direito

1954

VOLUME XLIX



Em homenagem aos professôres

GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO,  
MÁRIO MASAGÃO, LINO DE MORAIS LEME, NOÉ  
AZEVEDO, HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO, E  
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR.



## COMISSÃO DE REDAÇÃO

### PROFESSORES:

DR. BASILEU GARCIA  
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA  
DR. MIGUEL REALE

### SECRETÁRIO DA REVISTA:

MARIA ANGÉLICA REBELLO

O PRESENTE FASCÍCULO DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FOI MANDADO PUBLICAR PELA CONGREGAÇÃO DE SEUS PROFESSORES EM HOMENAGEM AO JUBILEU DE ENSINO DOS ILUSTRES MESTRES GABRIEL DE REZENDE FILHO, MÁRIO MASAGÃO, LINO DE MORAIS LEME, NOÉ AZEVEDO, HONÓRIO MONTEIRO E A. FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR.



1954  
SÃO PAULO



# Professor Dr. Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho

(Catedrático de Direito Judiciário Civil.)

Nasceu na Capital de São Paulo aos 23 de junho de 1893.

Pais: Dr. Gabriel José Rodrigues de Rezende, professor catedrático da Faculdade de Direito de S. Paulo (falecido) e D. Maria Constança Benevides de Rezende.

Estudos preliminares: Ginásio de Nossa Senhora do Carmo (Capital).

Curso secundário: Ginásio de São Bento (Capital).

Matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1909 e recebeu o grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais em 1913.

Considerado o primeiro aluno de sua turma (fêz o curso todo com distinção), recebeu o prêmio Rodrigues Alves.

Prestou concurso para professor substituto da 7.<sup>a</sup> secção (Teoria e Prática do Processo Civil) nesta Faculdade, em 1917, obtendo o segundo lugar e conquistando, por voto unânime da Congregação, o título de livre-docente da disciplina. Prestou, ainda, concurso para a cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade, em outubro de 1933, obtendo o primeiro lugar e sendo nomeado Professor Catedrático da referida matéria por decreto do Presidente da República, de 2 de janeiro de 1934.

Desde 1926, até a data de sua investidura como catedrático, assumiu a cátedra, com algumas interrupções, substituindo, a princípio, o Professor Estevão de Almeida e, posteriormente, o Professor Francisco Morato.

Foi vice-diretor da Faculdade desde 1940 e exerceu a Diretoria no período de fevereiro de 1945 a abril de 1949.

Foi Secretário da Presidência do Estado de São Paulo, de 1920 a 1924, no quadriênio do Presidente Dr. Washington Luís Pereira de Souza, continuando no mesmo cargo, durante alguns meses, no quadriênio seguinte do Presidente Dr. Carlos de Campos.

Exerceu o cargo de Diretor do Tribunal de Contas do Estado de 1925 a 1930.

Passou, em seguida, a exercer o cargo de Sub-Procurador Fiscal da Fazenda do Estado, do qual se exonerou, em novembro de 1937, à vista da lei federal que vedara a acumulação de cargos. Optou, então, pelo cargo de Professor Catedrático da Faculdade de Direito.

De 1927 a 1930 foi membro do Conselho Nacional do Ensino, com sede no Rio de Janeiro (sessões anuais de fevereiro e agosto), representando a classe dos livre-docentes desta Faculdade.

Representou a Faculdade de Direito, em 1936, no Congresso Nacional de Direito Judiciário, realizado no Rio de Janeiro.

## BIBLIOGRAFIA

### Artigos em revistas

- “Função do processo” — Revista da Faculdade de São Paulo — 1927.
- “Litisconsórcio” — Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo — 1929.
- “Substituição de partes litigantes” — Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo — 1931.
- “Citação com hora certa” — Revista da Faculdade de Direito de São Paulo — 1939.
- “A propósito de multas fiscais” — Revista Judiciária — S. Paulo — 1937.
- “Intervenção de terceiros” — relatório ao Congresso de Direito Judiciário, no Rio de Janeiro — publicado na Rev. da Faculdade de Direito de São Paulo — 1936.

- “Livre atuação do juiz no projeto de Código de Processo Civil” —  
Revista Judiciária. S. Paulo — 1939.
- “O novo Código de Processo Civil” — Revista Forense, Rio, 1940.
- “O novo Código de Processo Civil”, edição especial da Revista  
Forense, Rio, sob o título “Processo Oral” — 1940.
- “Justiça do Trabalho” — Revista de Direito Social, São Paulo, 1941.

#### Diversos

- Saudação ao Arcebispo Metropolitano d. José Gaspar de Afonseca  
e Silva, em nome da Universidade de S. Paulo — Revista  
da Faculdade de Direito, S. Paulo — 1939.
- Saudação ao Embaixador do Uruguai, Dr. Alberto Guani, em nome  
da Universidade de São Paulo — Revista da Faculdade de  
Direito, São Paulo — 1941.
- Entrevista sôbre o novo Código de Processo Civil — Jornal da  
Manhã, São Paulo, 15 de fevereiro de 1940.
- Entrevista sôbre o art. 113 da Constituição de 16 de julho de 1934  
— Diário de S. Paulo — 10 de agosto de 1934.
- Entrevista sôbre o imposto de renda aplicado a professôres, escri-  
tores e jornalistas, no sistema da Constituição de 16 de  
julho de 1934 — Gazeta, São Paulo, 14 de maio de 1936.
- Artigo sôbre a conversão e reconversão de apólices da dívida  
pública — Estado de São Paulo, de 22 de agosto de 1936.
- Inovações do projeto de reforma da organização judiciária do Es-  
tado — Diário de São Paulo, de 8 de março de 1940.
- Relatório sôbre a situação dos municípios em face da supressão do  
imposto cedular sôbre a renda de imóveis rurais — Estado  
de São Paulo — 10 de janeiro de 1938.
- Parecer sôbre a organização judiciária do Estado (trabalho con-  
junto dos professôres Francisco Morato, Soares de Faria e  
Gabriel de Rezende F.º) — aprovado pela Congregação da  
Faculdade em 1940.
- Discurso de paraninfo aos bacharelados de 1946 — Revista da  
Faculdade de Direito — São Paulo — 1947.
- “Por que princípios se rege a apelação de terceiros” — disserta-  
ção de concurso — 1917.

“Para que se dê a competência do fôro do contrato é essencial que as partes tenham feito renúncia do fôro do domicílio?” — dissertação de concurso — 1917.

“Modificações objetivas e subjetivas da ação” — dissertação de concurso — 1933.

— “Curso de Direito Processual Civil” — 3 volumes — obra que já está em 3.<sup>a</sup> edição — Saraiva S.A.





## Professor Dr. Mário Masagão

(Catedrático de Direito Administrativo e Ciência da Administração.)

Filho de Thiago Masagão e D. Cândida do Amaral Carvalho Masagão, nasceu em São Carlos, deste Estado, a 9 de Outubro de 1899.

Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Direito de São Paulo, em 1919, passando a exercer a advocacia.

Em Setembro de 1927, inscreveu-se em concurso para docência livre de Direito Administrativo e Ciência da Administração, na mesma Faculdade. Realizado em Outubro de 1928 aquêlê concurso, foi unânimemente aprovado, com grau 10, e nomeado docente livre por portaria de 14 de Novembro, assumindo o exercício do cargo a 16 do mesmo mês.

Foi logo depois encarregado da regência da cadeira, em substituição ao Professor Catedrático, Dr. Manoel Pedro Villaboim, substituição que exerceu durante cinco anos consecutivos.

Em 1931 regeu também a cadeira de Economia Política e Ciências das Finanças, em substituição, no 2.º ano do curso, do respectivo Professor Catedrático, Dr. J. J. Cardoso de Melo Neto.

Por decreto de 12 de Dezembro de 1930, foi nomeado Ministro do Tribunal de Justiça do Estado, com assento na Quarta Câmara do mesmo Tribunal.

Em 1933 inscreveu-se em concurso para provimento da vaga de professor catedrático de Direito Administrativo, ocorrida com a aposentadoria do Dr. Manoel Pedro Villaboim. Unânimemente aprovado, de novo com grau 10, foi

nomeado professor catedrático daquela disciplina, por decreto de 25 de Setembro de 1933.

De 22 de Agosto a 15 de Dezembro de 1933, exerceu o cargo de Secretário da Justiça e da Segurança Pública do Estado, no início do govêrno do Interventor Dr. Armando de Sales Oliveira.

A 4 de Outubro de 1933, em sessão solene da Congregação, tomou posse do cargo de Professor Catedrático de Direito Administrativo.

Em 30 de dezembro de 1937 renunciou ao cargo de ministro do Tribunal de Justiça do Estado, optando pelo de professor da Faculdade de Direito, e voltou ao exercício da advocacia.

Em 1945 foi eleito deputado federal, tomando parte nos trabalhos de elaboração da Constituição de 1946, como membro da Grande Comissão. Promulgada a Constituição a 18 de setembro de 1946, renunciou ao mandato no dia seguinte.

Em março de 1947, por indicação do Tribunal de Justiça, voltou ao cargo de desembargador desse Tribunal, com assento na 5ª Câmara Civil.

#### BIBLIOGRAFIA

- O Projeto do Código do Processo* — São Paulo, Tipografia Indiana, 1926.
- O Conceito do Direito Administrativo* — São Paulo, Escola Profissionais Salesianas, 1926.
- Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o Contencioso Administrativo* (Dissertação para concurso). São Paulo, Secção de Obras do Estado de São Paulo, 1927.
- Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público* — (Dissertação para Concurso). São Paulo, Saraiva & Cia., 1933.
- Podem os municípios, no Estado de São Paulo, regulamentar o exercício de Profissões?* Revista da Faculdade de Direito, 1929.

*A célebre carta C de D. Francisco Manuel de Melo* — Revista da Faculdade de Direito, 1934.

*Municipalização de serviços público:* Revista da Faculdade de Direito, 1941.

*Fundações criadas por Testamento* — Revista da Faculdade de Direito, 1945.

*Oração de Paraniño* — Revista da Faculdade de Direito, 1946.



# Professor Dr. Lino de Moraes Leme

(Catedrático de Direito Civil.)

Nasceu em 17 de Dezembro de 1888, em Bragança Paulista, sendo filho de Cândido de Moraes Leme e d. Maria da Conceição Leme.

Casou-se com d. Laura França Leme, de cujo consórcio houve nove filhos.

Diplomou-se pelo Instituto de Educação “Caetano de Campos”, em 1908.

Em 1910, fêz concurso para a Cadeira de Inglês do Colégio “Culto à Ciência” (então Ginásio estadual de Campinas), tendo sido um dos dois habilitados (eram 14 os candidatos).

Fôï professor primário até Fevereiro de 1911, quando foi nomeado professor da Escola Complementar de Campinas, e, dois meses após, lente da Cadeira de Francês da Escola Normal em que essa Escola foi transformada. Em 1921, passou para a Cadeira de Latim, então criada.

Em 1928, fez concurso para livre-docência de Direito Civil, tendo sido habilitado.

Foi deputado federal à Constituinte de 1934, sendo um dos dois deputados que apresentaram maior número de emendas ao Projeto que se converteu na Constituição desse ano.

Exerceu substituições, inclusive no curso de doutorado, até que em 1936 foi nomeado professor catedrático de Direito Civil, após concurso a que concorreram cinco candidatos.

BIBLIOGRAFIA

*Elementos de História do Brasil.*

*Elementos de Aritmética.*

*Ensaio de glotologia* (Da evolução das línguas. Uma lei nova em glotologia: a evolução de casos oblíquos para casos retos. O pronome oblíquo exerce função nominativa em inglês? A expressão “methinks”).

*A subjetividade do pronome “se”.*

*Posse dos direitos pessoais.*

*A responsabilidade civil fóra do contrato.*

*O erro de direito em matéria civil.*

*O art. 1.777 do Código Civil.*

*Eficácia jurídica do silêncio.*

*O Anteprojecto do Código das Obrigações.*

*Influência do direito canônico no direito moderno.*

*As transformações dos contratos.*

*As transformações do direito de família.*

*A prescrição das ações de investigação da paternidade.*

*Os descendentes do adotado sucedem ao adotante?*

*Funções e conceito do direito comparado.*

*O direito hebraico.*

*Condição civil da mulher casada.*

*Pareceres e trabalhos forenses.*







## Professor Dr. Noé Azevedo

(Catedrático de Direito Penal.)

Noé Azevedo nasceu em Minas Gerais, a 16 de dezembro de 1896, na Fazenda Ariadnópolis, então pertencente ao Município de Dores da Boa Esperança, onde se acha registrado. Fêz o curso secundário no Liceu Municipal de Muzambinho. Diplomou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo, em 1919, tendo defendido teses em 1921, obtendo, então, o grau de doutor em ciências jurídicas e sociais. Foi aprovado em concurso para livre-docente de Direito Penal, em 1928, tendo dado a primeira aula, em substituição do Prof. Gama Cerqueira, a 3 de abril de 1929. Em 1936, fêz concurso para catedrático dessa disciplina sendo nomeado professor efetivo. Nesse mesmo ano, foi nomeado membro do Conselho Penitenciário, função que exerce até agora. Foi membro, durante vários anos do Conselho Técnico e Administrativo da Faculdade. Como membro do Conselho do Instituto dos Advogados de São Paulo, integrou o Conselho Provisório da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, que foi criada em 1932. Eleito para o 1.º Conselho dessa instituição, por um biênio, foi reeleito no biênio seguinte, passando a ocupar o cargo de Vice-Presidente. Quando faleceu o Professor Azevedo Marques, assumiu a Presidência dessa Instituição, e vem sendo reeleito, de dois em dois anos, para o Conselho e para a Presidência, que atualmente ocupa. É membro do Conselho da Inter-American Bar Association, desde 1944, e representou os advogados de São Paulo em sete das oito Conferências realizadas por essa entidade, em vários países da América do Norte e do Sul. É Membro-Patrono da

International Bar Association, tendo comparecido às Conferências da mesma, realizadas em Londres, em 1950, e em Madrid, em 1952. Em 1950, representou o Conselho Penitenciário de São Paulo e a Faculdade de Direito no XII Congresso Penal e Penitenciário, realizado em Haia, e na Conferência Internacional de Criminologia, realizada em Paris. Em 1952, compareceu como representante do Conselho Penitenciário de São Paulo e da Faculdade, esta também representada pelo Prof. Soares de Mello, ao Congresso Hispano-Luso-Latino-Americano-Filipino Penal e Penitenciário, realizado em Madrid. Foi um dos representantes de São Paulo no Congresso Jurídico Nacional de 1943, reunido no Rio de Janeiro. É membro de várias sociedades e associações jurídicas e culturais, nacionais e estrangeiras. Dirige a “Revista dos Tribunais”, tendo dedicado à mesma quase tôda a sua atividade intelectual, até 1933, quando foi chamado à regência de cadeiras na Faculdade de Direito. Além dos trabalhos de redação, registra a “Revista dos Tribunais” numerosos pareceres, artigos e comentários por êle assinados. Quando estudante, colaborou em vários jornais acadêmicos, sendo eleito durante dois anos para a comissão de redação do “XI de Agôsto”, tendo conseguido, com o concurso de Vicente de Azevedo, Soares de Mello e outros, imprimir dois alentados fascículos dessa publicação. E, quando estudante ainda, iniciou a sua colaboração na “A Gazeta”, tratando sempre de assuntos sociais e pedagógicos. Em 1920, iniciou a sua atividade de cronista forense, resumindo os debates dos casos mais interessantes julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a princípio para o “Jornal do Comércio de São Paulo”, e de 1924 até 1934 para “O Estado de São Paulo”. Durante os anos de 1944 e 1945 escreveu, semanalmente, um rodapé para a “Fôlha da Manhã”, sob a epígrafe “Notas Jurídicas”, tendo sido as do primeiro ano publicadas em volume com êsse título. Como livros, publicou, em 1920, a sua dissertação para a defesa de teses,

intitulada “Dos Tribunais Especiais para Menores”; em 1927, um opúsculo sôbre “A Socialização do Direito Penal”, e, em 1936, “As Garantias da Liberdade Individual”. Fêz imprimir, em folhetos e plaquetes, vários discursos, conferências e comunicações a congressos jurídicos, nacionais e internacionais. Dão conta da sua atividade intelectual como advogado mais de duas centenas de folhetos e opúsculos publicados. Alguns dentre êles constituem alentados estudos monográficos, como os que tratam “Da Prova na Investigação da Paternidade”, “Denúncia Caluniosa”, “A Fraude Derroga tôdas as Regras”, “Do Stoppage in Transitu”, “Do Conhecimento Marítimo”, “Capacidade Eventual da Prole para Adquirir por Testamento”, “Da Redação do Testamento Público”, “Contrafação de Patente de Invenção”, “Caducidade de Legado”, “Reivindicatória Fundada em Dominio Derivado”, “A Questão do Sigilo Bancário”, “Da Prova nas Ações de Reivindicação”, “Contratos Confirmados e Ratificados por Testamento”, etc.



# Professor Dr. Honório Fernandes Monteiro

(Catedrático de Direito Comercial.)

Natural de Araraquara, Estado de São Paulo, filho de José Fernandes Monteiro, falecido e Alexandrina Vieira Monteiro. Nascido a 25 de Junho de 1894.

Fêz seus estudos primários na Fazenda se seus pais.

Curso Ginásial — No antigo Ginásio do Estado em Campinas.

Bacharelou-se em direito pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1919, passando a advogar na Capital, o que aliás já vinha fazendo, como solicitador, desde o segundo ano do curso jurídico, como auxiliar inicialmente dos Professôres Waldemar Ferreira e Florivaldo Linhares, posteriormente, apenas do Prof. Florivaldo Linhares.

Em 1929, com as Dissertações — Da mulher casada comerciante — e Dos Efeitos jurídicos da sentença declaratória de falência sôbre o contrato de conta corrente, quanto à cláusula “salvo embólso”, apresentou-se a concurso para livre — docente de Direito Comercial, tendo sido argüido pelos Professôres João Arruda, Souza Carvalho, Spencer Vampré, Vicente Rão e Waldemar Ferreira, logrando aprovação.

No mesmo ano, logo após o concurso, foi chamado a prestar serviços à faculdade nos exames finais de Direito Comercial, Direito Penal, e Internacional Privado.

No ano imediato, 1930, foi convocado para substituir o Prof. Waldemar Ferreira, então Secretário da Justiça do Governo Pedro de Toledo, e, desde então esteve sempre na regência de cadeiras, não só de direito Comercial como também de Direito Internacional Público, Direito Civil,

Direito Social no curso de Bacharelado e Direito Internacional Privado, Economia Social e Direito Comercial no Curso de Doutorado.

Em 1933 foi nomeado catedrático de Direito Comercial, após concurso a que se submeteu com a dissertação — Do Crédito Bancário Confirmado, passando a reger a 3.<sup>a</sup> cadeira de Direito Comercial, então criada. Nomeado, em seguida, por indicação da Congregação, para membro do Conselho Técnico e Administrativo da Escola, teve o seu mandato sucessivamente renovado até 1944 quando foi nomeado Diretor da Faculdade em substituição ao Professor J. J. Cardoso de Melo Neto.

Convocada a Constituinte foi eleito Deputado pelo Partido Social Democrático tendo integrado a “Grande Comissão de Constituição”. Promulgada a Constituição e verificada a separação das duas casas do Congresso, foi eleito, no dia imediato, Presidente da Câmara dos Deputados, cargo que desempenhou até o fim da sessão legislativa. Na sessão seguinte participou da Comissão de Constituição e Justiça, onde em 1948 o Marechal Euripo Gaspar Dutra, então Presidente da República foi buscá-lo ao escolhê-lo para Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. Em 1950, ainda quando Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, foi nomeado também Ministro interino da Justiça, pasta que veio a deixar juntamente com a do Trabalho, Indústria e Comércio, nos últimos meses do Governo, para concorrer novamente às eleições.

Não tendo sido eleito, retornou à Cátedra em 1951 e nesse ano, por indicação da Congregação, foi nomeado membro do C. T. A., onde permaneceu até ser eleito representante da Consagração No conselho Universitário.

É também catedrático de Direito Político da Faculdade de Filosofia de São Bento e de Direito Comercial da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.





# Professor Dr. Antônio Ferreira de Almeida Júnior

(Catedrático de Medicina Legal.)

O prof. Antônio Ferreira de Almeida Júnior nasceu em Joanópolis, Estado de São Paulo, a 8 de junho de 1892, sendo seus pais o sr. Antônio Ferreira de Almeida e d. Otilia Caparica de Almeida, já falecidos. Fêz o curso primário em escola de sua terra natal e no segundo grupo escolar do Braz, da Capital do Estado. Após frequentar o curso noturno "Eduardo Vautier", mantido pela Loja Maçônica Sete de Setembro, ingressou em 1906 na Escola Normal da Praça da República, cujo diploma recebeu em 1909. Em 1916, tendo antes concluído os exames de curso secundário perante o Ginásio do Estado, matriculou-se na Faculdade de Medicina de S. Paulo, onde se formou em 1921 e defendeu tese de doutoramento em 1922, com a nota de "grande distinção".

Em sua atividade docente o prof. Almeida Júnior tem exercido, contemporaneamente, o magistério público e o particular. Iniciou-se naquele em 4 de abril de 1910, como mestre primário em Santos, passando em junho do mesmo ano para a escola modelo isolada da Capital e, em agosto, para a antiga Escola Complementar. Em março de 1911 foi nomeado professor de Francês da Escola Normal de Piraçununga, ali permanecendo até setembro de 1915. Decidido a matricular-se no curso médico, pediu exoneração de Piraçununga, obtendo um curso noturno no Instituto Disciplinar da Capital (1915-1919). Em 1921 foi nomeado professor de Biologia e Higiene da Escola Normal do Braz. De 1921 a 1923 exerceu cumulativamente o cargo de assis-



tente do Instituto de Higiene (hoje Faculdade de Higiene), pensionado pela Fundação Rockfeller, e, em 1927-28, o de assistente extra-numerário do Instituto “Oscar Freire”, de Medicina Legal. Inscrevendo-se em 1927 como candidato a livre docente de Medicina Pública da Faculdade de Direito, submeteu-se a concurso em 1928, e, aprovado, foi nomeado em 14 de novembro. Transferido em 1931, da Escola Normal do Braz para o Curso de Aperfeiçoamento então inaugurado no Instituto de Educação, tornou-se em 1933 professor de Biologia educacional desse estabelecimento (o qual no ano seguinte, com a criação da Universidade de S. Paulo, a esta se incorporou). Extinto em 1938 o Instituto de Educação, passou, como todos os seus colegas, a integrar a Congregação da Faculdade de Filosofia, na secção de Educação, da qual, por motivo da legislação vigente a esse tempo, contrária às acumulações, foi exonerado a 3 de dezembro de 1941. Nessa data o Govêrno do Estado o nomeou, após concurso, catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, cargo em que se empossou no dia 10 daquele mês.

No magistério particular o prof. Almeida Júnior colaborou em 1926 na fundação do Liceu Rio Branco, de que foi professor e diretor até 1934. É igualmente um dos fundadores da Escola Paulista de Medicina, a cujo corpo docente pertence como catedrático de Medicina Legal. Lecionou na Escola de Enfermeiras do Hospital S. Paulo e na Escola de Sociologia e Política. Neste último instituto, de que é até hoje membro do Conselho Consultivo, inaugurou entre nós o ensino de Fisiologia e Higiene do Trabalho. Em 1942, por motivo da guerra, foi-lhe confiado o Colégio Visconde de Porto Seguro (ex-Escola Alemã). Logo que cessaram as hostilidades, obteve do govêrno a restituição do estabelecimento à entidade que o fundara.

Na administração pública o prof. Almeida Júnior exerceu, em 1920 e 1921, as funções de auxiliar da Diretoria Geral do Ensino, tendo nessa oportunidade chefiado o Re-

censeamento Escolar, que então se realizou, e colaborado na reforma do ensino paulista promovida pelo prof. Sampaio Dória. Em 1933 ocupou o cargo de Chefe do Serviço Médico-Escolar. Cooperou nesse ensejo com o prof. Fernando Azevedo na elaboração do Código de Educação do Estado. No fim do mesmo ano integrou a comissão organizadora da Universidade de S. Paulo, cujo ante-projeto, datado de 12 de janeiro de 1934, se converteu na lei estadual criadora da instituição. Componente do primeiro Conselho Universitário, foi membro da Comissão que elaborou os Estatutos da Universidade e o Regimento Interno da Reitoria. Em 1935 fêz parte da Comissão que, sob a presidência do Ministro Gustavo Capanema, realizou os estudos preliminares para o Plano Nacional de Educação, previsto na Constituição Federal. Exerceu o cargo de Diretor Geral do Ensino nos governos de Armando Sales de Oliveira e Cardozo de Melo Neto (1935-1938). Pôde nessa ocasião projetar e em grande parte realizar um amplo programa de construções escolares para o Estado. Desde 1944 é membro do Conselho Penitenciário. Com a queda da ditadura, ocupou a Secretaria da Educação e Saúde, na Interventoria Macedo Soares (novembro de 1945 fevereiro de 1946). Em abril de 1947, instituída pelo Ministro Clemente Mariani a Comissão de Estudo das Diretrizes e Bases da Educação, foi nomeado para participar dela; e, terminados os trabalhos, foi designado relator geral, encargo de que se desempenhou entregando o seu relatório ao Ministro em abril de 1948. Em maio de 1949 foi nomeado membro do Conselho Nacional de Educação. Pertence igualmente à Comissão de Assistência Técnica do Ministério da Educação, instituída em 1953 pelo Ministro Antônio Balbino e mantida em 1954 pelo Ministro Mota Filho.

O prof. Almeida Júnior tem representado o Estado, desde 1922, em numerosos Congressos de Educação, de Higiene ou de Proteção à Infância. Representou o Brasil em dois Seminários Internacionais, — o de Petrópolis, em 1949,

e o de Montevidéo, em 1950. Em 1946, a convite de professores chilenos, esteve no Chile, acompanhando uma turma de acadêmicos de direito de São Paulo. No segundo semestre do mesmo ano, a convite do "Institute of Inter-American Affairs", fêz uma visita de três meses aos Estados Unidos.

A atuação política do prof. Almeida Júnior iniciou-se em 1917, durante sua vida acadêmica, através da Liga Nacionalista e das campanhas eleitorais da época, empreendidas pelos estudantes de Direito, Medicina e Engenharia de S. Paulo. Em 25 de janeiro de 1932, quando principiou a manifestar-se a reação que culminou com o 9 de julho, foi o orador que, falando em nome da Sociedade de Medicina e Cirurgia, abriu o famoso comício daquele dia. Integrou o Partido Constitucionalista, pertenceu à "Resistência ao Estado Novo", e, em 1945, alistou-se na União Democrática Nacional, de cuja secção paulista é o atual presidente.

#### BIBLIOGRAFIA

##### I — Sôbre Medicina Legal e Medicina Social

1. Crendices e superstições brasileiras ligadas à concepção, à gestação e ao prognostico do sexo (resultados de um inquérito) — Conf. na Soc. Med. e Cir. de S. Paulo, 1926.
2. Crendices e superstições brasileiras ligadas ao parto e aos primeiros cuidados para com o recém-nascido (resultados de um inquérito) — Conf. na Soc. Med. e Cir. de S. Paulo, 1927.
3. Crendices e superstições brasileiras ligadas à escolha do nome do recém-nascido (resultados de um inquérito) — Conf. na Soc. Educação, 1927.
4. O exame médico pré-nupcial — Tese para a livre docência da cadeira de Medicina Pública da Faculd. de Dir. da Univ. de S. Paulo, 1927.
5. O Delito de Infecção e o Código Penal — Arq. Soc. Med. Leg. e Crim. de S. Paulo, vol. II, ano II, fasc. 2.º, 1928.
6. Direito de autópsia? — Arq. Soc. Med. Leg. e Crim. de S. Paulo, vol. III, ano III, fasc. 1.º, 1931.
7. O hiato nocivo na vida legal dos menores — Arq. Soc. Med. Leg. e Crim. de S. Paulo, vol. IV, ano IV, 1933.

8. O alcoolismo no Brasil-Colônia — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXX, fasc. II, 1934.
9. Data do defloramento; carúnculas mirtiformes — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXX, fasc. III, 1934.
10. Importância da cirurgia estética — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXX, fasc. III, 1934.
11. Nos domínios da superstição: mau olhado e figa — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXXI, fasc. I, 1935.
12. Casamento sob hipnose — Arq. Inst. Ident. Rio, ano V, n. 12, 1935.
13. O espiritismo é uma religião? — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXXIV, fasc. III, 1938.
14. A embriaguez no teatro de Shakespeare — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXXV, fasc. I, 1939.
15. A ilegitimidade no Estado de S. Paulo — Rev. Arq. Municipal, ano IV, vol. LXII, 1939.
16. Paternidade — Comp. Edit. Nacional, S. Paulo, 1940.
17. A perícia médico-legal no Código de Processo Civil — Conf. na Soc. Med. Leg. e Crim., S. Paulo, 1940.
18. Aspectos da nupcialidade paulista — Rev. Arq. Municipal, ano IV, vol. LXVIII, 1940.
19. A idade para casar — Rev. Arq. Municipal, ano VI, vol. LXVII, 1940.
20. A embriaguez habitual do funcionário — Conf. na Soc. Med. Leg. e Crim. de S. Paulo, 1940.
21. Embriaguez habitual: crime ou doença? Rev. Penal e Penitenciária, S. Paulo, ano I, vol. 1940.
22. O programa de Medicina Legal da Faculdade de Direito (resultados de um inquérito) — Edição da Fac. de Dir. Univ. S. Paulo, 1940.
23. A Medicina e a aplicação da lei sôbre acidentes do trabalho — Conf. na Semana de Infortunistica da Soc. Med. Leg. e Crim. de S. Paulo, publicada na Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXXVI, fasc. I, 1941.
24. Os reveladores da mentira — Rev. Fac. Dir. da Univ. S. Paulo, vol. XXXV, fasc. III, 1940.
25. A destruição dos cabelos, lesão corporal — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXXV, fasc. III, 1940.
26. Sôbre o aguardentismo nacional — Rev. Arq. Municipal, ano VI, vol. LXXII, 1940.
27. O exercício da Medicina e o novo Código Penal — Lição inaugural dos cursos de 1941 na Escola Paulista de Medicina, publicada na Revista Forense, Rio, maio, 1941.

28. Alcântara Machado e a Medicina Legal brasileira — Conf. na Soc. Med. Leg. e Crim. S. Paulo, 1941, publicada nos Arq. da Polícia Civil S. Paulo, n. 1, junho, 1941.
29. O aborto e o infanticídio no Código Penal de 1940 — Conf. na Fac. Dir. Univ. S. Paulo, 1941, public. em “O Novo Código Penal”, Secretaria da Justiça, Imprensa Oficial, S. Paulo.
30. Contribuição da Medicina Legal na elucidação dos crimes contra os costumes — Confer. na Fac. Dir. Univ. S. Paulo, 1941, public. em “O Novo Código Penal”, Secretaria da Justiça, Imprensa Oficial, S. Paulo.
31. As provas genéticas da filiação — tese de concurso para a cátedra de Medicina Legal da Fac. de Dir. da Univ. S. Paulo, 1941.
32. O exame médico pré-nupcial para casamentos consaguíneos (a propósito do decreto-lei n. 3.200) — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXXIX, 1943-1944.
33. A tortura inquisitiva policial — Rev. Forense, Rio, vol. 102, 1945.
34. Destino a dar aos embriões e aos fetos nascidos mortos — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XL, 1946.
35. Hereditariedade e crime — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XLII, 1947.
36. Um Desafio à Democracia Brasileira (problemas de saúde e eficiência) — “Medicina Social”, vol. 1, n. 6, São Paulo, 1947.
37. Lições de Medicina Legal, Comp. Ed. Nacional, 1.<sup>a</sup> ed. 1948; 2.<sup>a</sup> ed. 1953.
38. Investigação da paternidade: valor do diagnóstico pericial de “possibilidade” em várias provas genéticas — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XLIV, 1949.
39. O trabalho dos tecelões (três problemas periciais) — Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XLV, 1950.
40. A Experiência Mundial na Socialização da Medicina — Anais do 3.<sup>o</sup> Congr. da Ass. Paulista de Med., 1951.
41. Como se fabrica um criminoso — Conf. Clube dos Advogados de Campinas, 1953.
42. A Cegueira e os seus problemas — Conf. na sessão inaugural do Congresso Pan-Americano de Assist. aos cegos e Prevenção da cegueira, S. Paulo, junho, 1954.
43. A verificação da periculosidade — Conf. na Socied. Bras. Criminol. public. Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XLIX, 1954.

II — Sôbre outros assuntos

1. O Saneamento pela Educação — Tese de doutoramento pela Faculdade de Medic. Univ. S. Paulo, 1921.
2. Cartilha de Higiene, 1.<sup>a</sup> ed. 1922; 16.<sup>a</sup> ed. 1938.
3. A alimentação na idade escolar e pré-escolar — Tese oficial para o 1.<sup>o</sup> Congresso Brasileiro de Higiene, Rio, 1923 (Boletim n. 15 do Instituto de Higiene).
4. Investigações sôbre algumas medidas para a avaliação da capacidade respiratória — Conf. Soc. Educação, 1923 (Boletim n. 16 do Instituto de Higiene).
5. Investigações sôbre a merenda escolar nos grupos escolares da Capital — Conf. Soc. Educação, public. “Estado S. Paulo”, 27-3-1923.
6. As verminoses nas escolas — Conf. Societ. Educação (Boletim n. 19, Instituto de Higiene, 1923).
7. A prova de Schneider nas crianças e nos ancilostomados — Invest. em colabor. com o prof. Samuel Pessoa, Brasil-Médico, 1924.
8. O ensino da puericultura nas escolas — Tese para a Sociedade de Medic. e Cir., 1925.
9. Formação de hábitos sadios nas crianças (contribuição da escola pública paulista) — Tese oficial para o 3.<sup>o</sup> Congr. Brasileiro de Higiene, 1926.
10. Anatomia e Fisiologia humana, Comp. Ed. Nac., 1.<sup>a</sup> ed. 1931, 18.<sup>a</sup> ed. 1954.
11. Noções de Puericultura (em colabor. com o dr. Mário Mursa), 1.<sup>a</sup> ed. 1927, 2.<sup>a</sup> ed. 1933.
12. Assistência à criança em idade escolar — Tese oficial da Conf. Nacional de Proteção à Infância, Rio, 1933.
13. Clínicas de Nutrição e Merendas escolares — Idem, ibidem.
14. As clínicas de Eufrênia: sua necessidade e sua organização — Idem, ibidem.
15. A Escola Pitoresca — Com. Ed. Nacional, 1.<sup>a</sup> ed. 1934; 2.<sup>a</sup> ed. aumentada, 1951.
16. O nosso diário alimentar (estudo crítico baseado num inquérito) — Arquivos do Inst. de Educação, 1935.
17. Novos Prédios para Grupo Escolar — Estudo técnico-administrativo (em colaboração), public. oficial do Estado de S. Paulo, 1936.
18. Anuário do Ensino do Estado de S. Paulo — Public. oficial, 1936.
19. Os problemas da escola primária da zona rural — Boletim n. 4 da Diretoria do Ensino, S. Paulo, 1936.

20. Anuário do Ensino do Estado de S. Paulo — Public. oficial, 1937.
21. Desperdício de Energia Muscular — Conf. na Jornada contra o Desperdício promovida pelo IDORT, public. IDORT, 1938.
22. Biologia Educacional — Ed. Comp. Ed. Nacional, 1.<sup>a</sup> edição 1939, 8.<sup>a</sup> ed. 1953.
23. Evolução histórica da ciência da nutrição — Confer. inaugural do curso de Dietética promovido pela Esc. Paulista de Medicina, 1940 (public. em vol. pela Comp. Produtos Nestlé, 1942).
24. Estatística e Biologia — Conf. no Instit. Nac. de Geogr. e Estatística, Rio, 1940.
25. A cooperação entre professores e alunos no estudo do direito — Aula inaugural dos cursos da Fac. de Dir., a 24-3-42, publ. na Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XXXVIII, 1942.
26. Eugenia ou Eutenia: qual o mais urgente problema brasileiro? — Conf. na Escola Normal de Casa Branca, maio, 1942.
27. O problema dos prédios e do aparelhamento escolar — Tese oficial do 8.<sup>o</sup> Congresso Brasileiro de Educação, Goiânia, junho de 1942, public. nos Anais.
28. A Enfermagem Moderna — Conferência proferida na Escola de Enfermeiras do Hospital S. Paulo, 1943.
29. Os objetivos da escola primária rural — Rev. Bras. Est. Pedag., Rio, vol. I, n. 1, 1944.
30. Por quê a Faculdade de Direito? (Resultados de um inquérito) — Rev. Bras. Est. Pedag., Rio, vol. 5, n. 13, 1945.
31. Os racismos e a América — Conf. na Soc. “Amigos da América”, 1945.
32. Os três pilares da democracia — Confer. no Comité Democrático dos Advogados, 1-9-1945, public. na Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XL, 1945.
33. A educação higiênica no lar — Confer. no IDORT public. na Rev. Bras. Est. Pedag., Rio, vol. 7, n. 19, 1946.
34. A Escola Normal de S. Paulo e a sua evolução — “Estado de S. Paulo”, 21-3-1946, e Rev. Est. Pedag., vol. 7, n. 20, 1946.
35. O excesso de escolas normais no Estado de S. Paulo — Rev. Bras. Est. Pedag., vol. 9, n. 24, 1946.
36. A propósito do ensino do direito nos Estados Unidos — Aula inaugural dos cursos da Fac. de Dir. 18-3-1947, public. na Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. 42, 1947, e reproduz. na Rev. Bras. Est. Pedag. e na Revista Forense.
37. A técnica do ensino em função das finalidades da escola superior — Rev. Bras. Est. Pedag., vol. 12, n. 33, 1948.

38. Diretrizes e Bases da Educação Nacional — Relatório da Comissão Ministerial — public. do Minist. Educ. reproduzida em Rev. Bras. Est. Pedagóg. vol. n. 36, 1949.
39. Exames Vestibulares — Artigos public. “Estado de S. Paulo”, março de 1949, e reprod. Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XLIV, 1949.
40. Respondendo ao Parecer Capanema — Artigos public. “Estado de S. Paulo”, out. 1949, e reproduz. Rev. Bras. Est. Pedag., vol. 13, n. 36, 1949.
41. Diretrizes e Bases — Exposição perante a Comissão de Educação e Cultura da Câmara Federal, em 9-7-52 e public. Imprensa Oficial.
42. Antes do “Ensino Livre” — Rev. Bras. Est. Pedag., vol. XV, n. 41, jan. 1951.
43. Vida e Morte do “Ensino Livre” — “Anhembi”, S. Paulo, vol. IX, n. 26, jan. 1953.
44. O Convívio Acadêmico e a Formação da Nacionalidade Brasileira — Conf. na Univ. da Bahia, agosto 1953, publicada em Rev. Fac. Dir. Univ. S. Paulo, vol. XLVII, 1952.
45. O “Ensino Livre” de Leôncio de Carvalho — Rev. Bras. de Est. Pedag., vol. 17, n. 45, julho 1952 e vol. 18, n. 41, agosto 1953.
46. Enquanto se espera pelas Diretrizes e Bases — Confer. no 2.º Congresso de Reitores das Universidades do Brasil, Curitiba, agosto de 1953, public. nos “Anais” do Congresso e na Rev. Fac. Dir. Univ. Paraná, ano I, n. 1.
47. A Resistência Acadêmica ao Estado Novo — Confer. proferida em 9 nov. 1953 na Fac. Dir. Univ. S. Paulo, em comem. ao 1.º decênio dos acontecim. de 9-11-43 no Lg. S. Francisco. Public. em números sucessivos do “Estado de S. Paulo”, nov. 1953.
48. A Faculdade de Direito e a Cidade — Artigo public. no “Estado de S. Paulo”, edição de 25-1-1954, comem. 4.º Cent. da Cidade.
49. O Drama do Ensino Superior Brasileiro — Confer. no Cons. Nac. de Educação, public. em “Anhembi”, vol. XV, junho 1954.
50. O Concurso Vestibular de 1954 — Exposição apresentada à Congr. da Fac. de Dir. da Univ. S. Paulo em agosto e ao Cons. Nac. Educação em setembro de 1954.





## Professor Emérito Reynaldo Porchat

(1868-1953)

O falecimento do ilustre professor de Direito Romano, ocorrido a 12 de outubro de 1953, enlutou esta Faculdade, privando as letras jurídicas do país de um de seus mais eminentes cultores. O professor Porchat notabilizou-se sobretudo como romanista, deixando-nos o *Curso Elementar de Direito Romano* (1 volume, 2.<sup>a</sup> edição, 1937, Cia. Melhoramentos de São Paulo), onde sintetiza com elegância e rigor científico os frutos de toda uma vida consagrada ao ensino desta disciplina. Em seu livro, estudantes e juristas encontrarão sempre um manancial límpido de saber, baseado na familiaridade com as fontes e com a doutrina do Direito Romano, adquirindo, assim, os elementos indispensáveis de cultura jurídica sólida, esclarecida e elevada.

O *Curso Elementar de Direito Romano* permanecerá em nossa literatura romanística, quer pelo conteúdo, quer pela forma. Trata, de modo desenvolvido e profundo, primeiro da “Historia Externa”, passando logo depois, a considerações de alto interesse sobre a “Importância do estudo do Direito Romano e da sua expansão pela Europa”, e sobre a “Influência do Direito Romano na legislação civil pátria” (capítulos I e II). O terceiro capítulo da “Introdução” é consagrado ao “Corpus Juris Civilis”. Segue-se a “Parte Preliminar”, cuidando da noção de direito, do direito subjetivo e objetivo, do direito público e privado, das relações entre direito e moral. Examinam-se as noções romanas de justiça, equidade e jurisprudência, as divisões

re as fontes do direito. O estudo da Lei Civil é notavel sobretudo pelos capitulos relativos à doutrina da retroatividade da lei. Termina o livro pela “Parte Geral”, onde o Autor estuda a noção de pessoa, (pessoa fisica, o nascimento, extinção da pessoa fisica), a capacidade juridica e a “capitis deminutio”.

Não conseguiu o Professor Porchat executar o plano originário de Curso de Direito Romano, ficando, porisso, incompleta sua obra, devido aos múltiplos afazeres do advogado e a participação intensa na vida politica de São Paulo e do paiz. Com efeito, sua clientela era grande e importante; Porchat era jurista de gabinete e advogado militante, unindo a teoria à prática. Como politico, seu nome se liga indissolúvelmente ao Partido Democrático, de que foi um dos fundadores e cuja ação no cenário brasileiro foi das mais benéficas. A Universidade de São Paulo teve nele um de seus maiores reitores. Pertenceu, ainda, ao Conselho Nacional de Educação. Jurisconsulto por excelencia, orador eloquente, politico idealista, o Professor Porchat representa bem a mentalidade construtiva e patriótica dos varões illustres de São Paulo. E, para os estudantes de hoje, ele é um exemplo conspicuo da força inspiradora que sempre emana dos estudos sérios de Direito Romano.

### A saudação da Academia

A nossa Faculdade prestou ao eminente mestre as mais sentidas homenagens, tendo falado, antes da saida do féretro das Arcadas, o Prof. Cardoso de Melo Neto, interpretando o sentir de toda a Congregação. Foram as seguintes as palavras do Prof. Cardoso de Melo Neto:

“A Congregação dos Professores da Faculdade de Direito de São Paulo despede-se do Professor Emerito Reynaldo Porchat.

E o faz num misto de comoção e orgulho.

De orgulho, porque todos nós seus discipulos, temos fixada, indelevel na memoria, aquella figura erecta e empolgante que, como de José Bonifácio, o moço, disse Ruy, quando assomava à cathedra, no primeiro ano, “dava-nos a revelação viva da ciencia que abraçavamos”. Porque ele não foi somente causidico, de larga clientela, mas um advogado, em toda a extensão do termo — culto, energico, argumentador de logica inteiriça, dono da mais preciosa qualidade do defensor do Direito, que é uma independencia.

Porque ele foi, durante a vida, na Academia e no Conselho Nacional de Educação o mais bravo, o mais eficiente, o mais autorizado e, porisso, o mais respeitado defensor da moralização do ensino no Brasil.

Porque, na politica, por onde passou como um meteoro, fez da cadeira do Senado uma tribuna de tal altitude, que se sentiu no dever de abandoná-la aos que o tinham eleito, entre o respeito dos adversarios, os aplausos do povo e a admiração da mocidade.

Porque, professor, ele conseguiu o milagre de ser, a um tempo, o mais temido por sua severidade e o mais amado por sua ação.

Por que o foi, se outros dentre a Congregação, existiam, por certo, de mais apurada ciencia, maiores juristas, tão patriotas e dignos como ele?

Porque tal como José Bonifacio, o moço, no Imperio, Porchat representou, na Republica, dentro da Academia, o ideal dos moços.

Como o sobrinho e neto do Patriarca, ele foi um símbolo.

Ambos de uma eloquencia à Crispiniano, ambos políticos inconformados com as situações partidarias, ambos venceram a mocidade “não tanto porque sua palavra fosse um clarão, mas porque seu carater era uma claridade”. (J. Serra).

Eis a razão pela qual, orgulhosa de seu filho dileto, aqui está, em despedida, a Faculdade de Direito de São Paulo.

Mestre e amigo, os filhos espirituais que creastes dentro das Arcadas, e são todos quantos por ela passaram neste ultimo meio seculo, não mais ouvirão vossa voz inconfundível. “Fala Porchat”, era o nosso grito de guerra. Nunca mais falareis. Eis por que nos empolga a comoção”.

### **Outras homenagens**

Em nome do Conselho Nacional de Educação, do qual o prof. Reynaldo Porchat foi membro durante 37 anos, falou o prof. Almeida Junior, que historiou a atuação do falecido como educador e como intransigente defensor da legalidade e moralidade do ensino.

Em nome do Conselho Universitario e do reitor da Universidade, discursou o prof. Jaime Cavalcanti, que exalçou as virtudes do prof. Reynaldo Porchat, dizendo que era tal seu valor que, já em vida, recebia todas as mais meritorias distinções.

O prof. Noé Azevedo estudou a vida do extinto na sua qualidade de advogado, tendo falado em nome da Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil e, em nome do Instituto dos Advogados de São Paulo, discursou o sr. Paulo Bonilha, que enalteceu, especialmente as qualidades de coração do falecido.

### O sepultamento

Em seguida, precedido do estandarte da Faculdade de Direito e em carreta o esquife recoberto pelas bandeiras Nacional e Paulista foi conduzido para a necropole da Consolação, com grande acompanhamento de pessoas a pé.

Após a cerimonia da recomendação, ao descer o caixão à sepultura, falaram o prof. Soares de Melo, em nome da Academia Paulista de Letras; o estudante José Gregori e o sr. Francisco Sucupira.

### Dados bio-bibliográficos

Nascido em Santos a 23 de Maio de 1868. Filho de Victoriano Porchat e de D.<sup>a</sup> Prudência da Silva Porchat.

Aos sete anos de idade, veio para São Paulo, tendo iniciado seus estudos no Colégio Ypiranga um ano após.

Aos 15 anos entrou para o comércio e trabalhou na casa Nothmann & Cia. de Santos, de 1883 a 1884, quando voltou para São Paulo. Entrou para o Curso Anexo á Faculdade de Direito, para prosseguir seus estudos aqui, e depois no Rio de Janeiro no Mosteiro de São Bento. Foram seus professores no “Curso Anexo”: Julio Ribeiro, Padre Chico, Galvão Bueno, João Kupre, Lapa Trancoso e outros.

No Mosteiro de São Bento, do Rio de Janeiro, travou conhecimento com o Dr. Milcíades de Sá Freire, com quem seguiu fraternalmente o curso jurídico, matriculando-se ambos na Faculdade de Direito de São Paulo em 1888.

Casou-se em 1890 (27 de dezembro), com D.<sup>a</sup> Maria Julia Escobar de Lune.

Colou gráu de Bacharel em 26 de dezembro de 1891.

Havendo uma vaga de lente substituto na Faculdade de Direito, em 1897 entrou em concurso para a mesma, apresentando dissertação sôbre “*Da Posição Jurídica dos Estados Federados Perante o Estado Federal*”. — Aprovado

unanimemente, foi nomeado para aquêlê cargo por decreto de 18 de outubro de 1897, tomando posse a 23 do mesmo mês.

Os lentes que o aprovaram, foram: Cons. Leoncio de Carvalho, Brasílio dos Santos, João Monteiro, Vicente Mamede, Pedro Lessa, João Mendes Júnior, Oliveira Escorel, M. P. Vilaboim, Almeida Nogueira, Pinto Ferraz, Cândido Mota, Alcantara Machado, Amancio de Carvalho, Ulpiano de Souza, Gabriel de Rezende e Veiga Filho.

Era então Diretor da Faculdade, e Presidente da Congregação, o Barão de Ramalho.

Foi promovido a Lente Catedrático de Direito Romano, por decreto de 20 de julho de 1903, tomando posse do novo cargo a 27 do mesmo mês.

No período presidencial do Dr. Fernando Prestes, exerceu as funções de 1.º Delegado Auxiliar de Polícia, durante dois anos. Foi fiscal do Govêrno Federal junto ao Colégio de S. Luiz, dos Jesuitas, em Itú, nomeado pelo Dr. Epitácio Pessoa, Ministro da Justiça e Negócios Interiores da Republica, Eleito Senador Estadual em 1923 renunciou ao mandato em 26 de dezembro de 1925.

Em 1930 foi nomeado pelo Chefe do Govêrno Provisório, Dr. Getúlio Vargas, Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo.

Quando estudante, foi professor de História Pátria, no Liceu de Artes e Ofícios de São Paulo, do qual chegou a ser Presidente, e depois Presidente Honorário, foi um dos fundadores do Partido Democrático.

Foi nomeado membro do Tribunal Regional de Justiça Eleitoral, por ter sido um dos advogados indicados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e aí serviu como Juiz por mais de dois anos, tendo deixado o cargo quando foi nomeado, em 1934, pelo Interventor Federal, Dr. Armando de Salles Oliveira, Reitor da Universidade de São Paulo, então recentemente fundada.

Era o membro mais antigo do *Conselho Nacional de Educação*, desde sua fundação em 1911, quando se denominava *Conselho Superior de Ensino*, tendo sido unânimeamente eleito pela Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, e exercido a Presidência do Conselho durante varias gestões, em virtude de sucessivas reeleições também unânimes. Teve de afastar-se, ultimamente, do Conselho por motivo de sua já precária saúde.

Foi membro do Comité correspondente do “*Groupment des Universités et Grandes Ecoles de France*”, que fundou em São Paulo o *Liceu Franco Brasileiro*, tendo sido também membro do “Comité France-Amerique” e da *Sociedade Geográfica de Lisboa*.

Escreveu o “Curso Elementar de Direito Romano”, ha muito esgotado, além da monografia sôbre a “*Retroatividade das Leis Civis*”. Um volume sôbre “*A Pessoa Física em Direito Romano*”, e os “Vários Discursos” além de numerosos artigos e pareceres sôbre assuntos jurídicos.

Pertenceu ao Clube Republicano Acadêmico, quando estudante, e foi um dos redatores do periódico político acadêmico “*A República*”.

Foi incluído pelo Supremo Tribunal Federal, na lista apresentada do Govêrno Provisório, Dr. Getúlio Vargas, para Ministro dêsse Tribunal.





# Professor Goffredo da Silva Telles Junior

(Catedrático de Introdução à Ciência do Direito)

O Professor Goffredo da Silva Telles Junior nasceu em 16 de maio de 1915.

É filho de Goffredo Teixeira da Silva Telles, advogado, poeta, membro da Academia Paulista de Letras, Prefeito de São Paulo em 1932; e de Dona Carolina Penteado da Silva Telles. Pelo lado paterno, é neto de Augusto Carlos da Silva Telles, que foi catedrático da Escola Politécnica, vereador e autor de vários trabalhos de engenharia e de urbanização; e de Dona Eugênia Teixeira Leite da Silva Telles, descendente do Barão de Vassouras. Pelo lado materno, é neto de Ignacio Leite Penteado, homem de idéias avançadas, fazendeiro em Araras e comissário de café em Santos; e de Olivia Guedes Penteado, filha dos Barões de Pirapitingui, mulher excepcional, que desempenhou papel relevante no desenvolvimento das artes em nosso país, e cuja lembrança perdura, até hoje, nos meios intelectuais do Brasil.

Goffredo da Silva Telles Junior fêz suas primeiras letras no *Cours Hattmer* de Paris, figurando seu nome, durante todo o tempo que ali estudou, no *Tableau d'Honneur* daquela conhecida instituição. Em São Paulo, fêz o curso primário e primeiro ano ginásial no Liceu Franco Brasileiro (atual Ginásio Pasteur); os outros quatro anos do curso secundário, fê-los no Ginásio de São Bento, por onde se formou em ciências e letras, no ano de 1932. Durante êsse período de estudos, publicou, sôbre os problemas da liberdade humana, do tempo e do espaço, diversos artigos nos jornais escolares, em que já se patenteavam os pendores

naturais de seu espírito. Foi orador oficial do Grêmio Literário do Ginásio.

Durante a Revolução Constitucionalista, época durante a qual seu pai era Prefeito de São Paulo, serviu em Guaratinguetá, no Hospital de Sangue do Exército. Nessa ocasião tinha dezessete anos de idade.

Após exame vestibular, matriculou-se, em 1933, na Faculdade de Direito de São Paulo. Durante seus cinco anos acadêmicos, participou ativamente da política nacional e estadual. Em 1934, foi eleito suplente a deputado, à Assembléia Constituinte do Estado. Em 1934, inscreveu-se na Ordem dos Advogados, como solicitador acadêmico. Foi um dos fundadores da Associação Acadêmica Álvares de Azevedo e pertenceu à Academia de Letras da Faculdade. Na revista "O XI de Agosto", publicou diversos artigos, entre os quais: "Orientação para o Estudo do Crime" e "Conceito de Direito Administrativo e de Ciência da Administração". Formou-se em 1937. O paraninfo de sua turma foi o Professor Jorge Americano, que pronunciou, durante a cerimônia da colação de grau, uma oração memorável. Merece menção a circunstância de ter sido a turma de 1937 a primeira a comparecer de beca à solenidade da formatura.

Em Maio e Junho de 1939, participou do concurso para a conquista da cátedra de Direito Judiciário Penal. Foram seus concorrentes o livre docente Dr. Joaquim Canuto Mendes de Almeida e os promotores públicos Drs. João de Deus Cardoso de Mello e Vicente de Paula Vicente de Azevedo. Aprovado nas provas orais e escrita, não logrou, porém, classificação, por não ter obtido nota suficiente na prova de títulos. Saiu vencedor o Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que conquistou a cátedra; os outros dois concorrentes ficaram livres docentes.

Nessa ocasião, publicou seu primeiro livro: "Justiça e Jury no Estado Moderno", que lhe serviu de tese de concurso e que foi bem recebida pela crítica.

Em Julho de 1939, casou-se com Dona Elza Xavier da Silva.

Exerceu ativamente a advocacia, principalmente a criminal, ocupando com frequência a tribuna do Júri. Em Maio de 1940, foi contratado para exercer as funções de professor de Lógica do Colégio Universitário, anexo à Faculdade de Direito. E, em Setembro do mesmo ano, inscreveu-se para o concurso de livre docente da cadeira de Introdução à Ciência do Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tal concurso se realizou em Março de 1941. Tendo defendido a tese contida na monografia “A Definição do Direito”, foi aprovado e, em 3 de Abril de 1942, nomeado livre docente da referida cadeira.

Representou a classe dos advogados no Primeiro Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na cidade de São Paulo, durante o mes de Junho de 1942. Em Maio de 1943, foi admitido como membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Em 15 de Outubro de 1942 e 17 de Fevereiro de 1943, o Professor Goffredo sofreu dois rudes golpes: perdeu, primeiro, seu filhinho de dois anos de idade e, depois, perdeu sua esposa, que fôra sua companheira e colaboradora dedicada.

A partir de Maio de 1944, regeu, em diversos períodos, a cadeira de que era livre docente. Regeu, também, nesse mesmo ano, por convocação do catedrático, a cadeira de Direito Internacional Público. Foi professor de História Geral no Colégio do Estado. Na Faculdade de Ciências Econômicas, anexa à Escola de Comércio Álvares Penteado, lecionou Direito Internacional Público e História das Doutrinas Políticas.

Em Outubro de 1944, foi nomeado membro do Conselho Penitenciário do Estado.

Em 2 de Dezembro de 1945, foi eleito deputado federal constituinte, pelo Partido de Representação Popular, sendo que a votação por êle obtida, foi a segunda em número

de votos, entre as votações recebidas pelos candidatos a deputado de todo o país. Na Assemblêia Constituinte e na Câmara dos Deputados, esteve em atividade constante. No terreno espiritual, propôs e obteve a introdução da palavra “Deus” no preâmbulo da Constituição, e a entronização da imagem de Cristo no recinto do Plenário. Foi o primeiro deputado a dar resposta frontal aos discursos da bancada comunista. Combateu e obteve a retirada da emenda totalitária n.º 3.159, que, se fôsse aprovada, deturparia o sentido democrático da Constituição. No terreno das realizações práticas, batalhou pela implantação de um sistema racional de discriminação de rendas, tendo escrito, sôbre o assunto, um longo trabalho, que figura nos Anais da Constituinte, e que se intitula: “O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas”. Foi um ardoroso defensor da causa municipalista. Tratou demoradamente dos problemas nacionais do algodão, do fio de seda, da brucelose. Combateu o primitivo tratado sôbre o Instituto Internacional da Hiléa Amazônica, que foi depois alterado. Alertou a opinião pública sôbre os abusos que estavam sendo praticados com nossos minérios preciosos e nossas areias monazíticas. Apresentou um projeto mandando incorporar os abonos aos salários dos trabalhadores, e um substitutivo, com longa justificação, ao projeto que reorganizava a Polícia Militar. Terminado seu mandato, em 1950, recusou-se a pleitear nova eleição, e voltou para a Faculdade de Direito, de onde estava afastado havia cinco anos.

Em 19 de Abril de 1947, casou-se com a escritôra e advogada Lygia de Azevedo Fagundes, que passou a se assinar Lygia Fagundes Telles, e que fôra sua aluna em 1944.

Em 1949, publicou seu “Tratado da Consequência”, que é um curso de introdução à Filosofia e de Lógica formal.

A partir de 1.º de Março de 1951, regeu a cadeira de Introdução à Ciência do Direito, da qual o respectivo catedrático, o eminente Professor Spencer Vampré, estava afastado por motivo de moléstia.

A convite do Centro Acadêmico XI de Agosto, ministrou, na Faculdade de Direito, durante o segundo semestre de 1952, um curso livre de extensão cultural, sobre a “Gênese da Norma Jurídica”.

Em Outubro de 1953, apresentando uma monografia em dois volumes, intitulada “A Criação do Direito”, inscreveu-se entre os candidatos ao concurso para a conquista da cátedra de que era livre docente. Seus concorrentes foram os bacharéis Alberto Moniz da Rocha Barros, Berto Antonio Condé, João Rodrigues de Mereje e Luis Silveira Melo. A Comissão examinadora ficou constituída pelos Professores Doutores José Carlos de Ataliba Nogueira e Cândido Mota Filho, da Faculdade de Direito de São Paulo; Arnaldo Medeiros da Fonseca e Hélio Bastos Tornaghi, da Faculdade Nacional de Direito; e Darci Azambuja, da Faculdade de Direito da Universidade de Porto Alegre. As provas se realizaram entre 5 e 14 de junho de 1954. O Professor Goffredo da Silva Telles Junior foi aprovado em primeiro lugar, com a média 9,10. O bacharel Alberto Moniz da Rocha Barros conquistou a livre docência. Este concurso foi o primeiro, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para o provimento da cátedra de Introdução à Ciência do Direito.

O novo catedrático tomou posse de sua cadeira na data evocativa de 11 de Agosto de 1954, em sessão solene, realizada no salão nobre da Faculdade de Direito, perante toda a Congregação e grande assistência, estando presentes os juristas estrangeiros que participavam, em São Paulo, do Congresso Internacional de Direito Social. Foi saudado pelo Professor Dr. Braz de Souza Arruda, Diretor da Faculdade, e pelo Professor Dr. José Soares de Melo. Agradecendo, o Professor Goffredo da Silva Telles Junior pronunciou, de improviso, um longo discurso sobre a missão do professor. Este discurso, que foi integralmente gravado, será publicado no próximo número desta Revista.

## Curso de Direito Comercial

*Brasílio Machado*

*(Entre os professôres de maior nomeada de Faculdade de Direito de São Paulo destacou-se BRASÍLIO MACHADO, como escritor de grandes méritos e, sobretudo, como orador de altos vãos, ha vido como o príncipe da tribuna judiciária de seu tempo.*

*Promovido, em 30 de setembro de 1890, a professor catedrático de direito natural, na vaga de SÁ E BENEVIDES, imediatamente se transferiu para a cadeira de direito comercial na terceira série do curso de ciências jurídicas. É de então que data, e melhor é repetir palavras de seu filho ALCÂNTARA MACHADO, “em verdade, o seu professorado. Lecionou a matéria durante vinte anos. Foi êle, por assim dizer, quem inaugurou o ensino do direito mercantil na Faculdade de São Paulo. O velho FALCÃO não deixou vestígio de sua passagem pela cátedra. ANTÔNIO CARLOS, que lhe succedeu e antecedeu a BRASÍLIO, era dotado de inteligência brilhante, mas não se dava à maçada de estudar. Limitava-se a ler anotações de ORLANDO e páginas de MASSÉ, quando não consumia a hora regimental em divagações intermináveis, o que, na gíria acadêmica, se chamava “encher linguiça”.*

*Em 1906, organizou BRASÍLIO MACHADO o “programa de um curso sistemático de direito comercial”, que assim justificou:*

*“O curso desta cadeira foi metodizado sôbre um programa novo, que bem corresponde às exigências da lei e satisfaz as necessidades do ensino. Criando duas cadeiras de direito comercial no curso de ciências jurídicas, a lei não pretendeu por isso mesmo dividir as matérias aliás vastíssimas que aquela disciplina inclui — fêz de uma cadeira a seqüência da outra, sem linhas demarcatórias, sem solução de continuidade no ensino; não distribuiu, como a muitos parece, para o terceiro o conjunto de preceitos que afetam mais diretamente ao comércio em geral e ao comércio terrestre, reservando para o quarto ano, seja qual fôr o intervalo deixado no curso anterior, o doutrinamento exclusivo do direito comercial marítimo e do instituto das falências. Seria fragmentar em demasia a unidade da ciência e destarte ministrar um ensino defeituoso e quebrado em seu nexu científico. A lei também não contraiu ao modelo do código a distribuição das matérias do programa; êste pode receber uma organização livre, contanto que, dentro das raíais do direito comercial, se não espraie em esplanações casuísticas, com detrimento das generalizações e das grandes sínteses, que traduzem a verdadeira orientação de tôdas as ciências. Mas, por outro lado, não é menos certo, que extenso e abundante como é o programa completo do ensino do direito comercial, um curso embora de dois anos está longe de exgotá-lo.*

*Nesses têrmos, o programa que menos inconvenientes oferece é aquêle que, respeitando a peculiaridade do comércio terrestre, combine num só corpo o ensino, paralelo de um e de outro, com a indispensável precedência de uma parte introdutiva ou geral em que fiquem bem acentuadas as linhas comuns que ligam aquelas duas grandes divisões do comércio. Foi nesse plano que ajustei definitivamente o programa atual”.*

*O programa espraçou-se em consonância com êsse critério, mas não foi jamais executado, não*



*porque faltasse competência ao professor, senão porque, e diga-o ainda uma vez ALCÂNTARA MACHADO, “por ser assim escrupuloso no preparo das lições, e também porque tinha de advogar para prover à subsistência da família, a que não podia acudir com os vencimentos mesquinhos dos professores daquele tempo, BRASÍLIO não se distinguiu pela assiduidade”.*

*Essa falta de assiduidade impediu que o programa magistral se cumprisse; e o ensinamento, nos dois anos do curso, não foi além da introdução. As preleções de BRASÍLIO MACHADO, preparadas como se vê do esquema aqui em seguida reproduzido, foram brilhantes, como se renunciaram pela aula inaugural do seu curso de direito comercial no ano letivo de 1897, publicada nesta mesma Revista, vol. V, págs. 135 a 155, que tão larga repercussão teve no país. Nunca, porém, foram além da teoria dos atos de comércio.*

*Taquigrafadas e publicadas, as dos anos letivos de 1906 e 1907, um dos estudantes de então, WALDEMAR FERREIRA, resumiu, em caderno manuscrito, que ainda conserva, a matéria explicada nas dezessete preleções, que tantas foram as do ano letivo de 1906. Quiz lê-las, nesse resumo, o professor SYLVIO MARCONDES. Finda a leitura devolveu êle o velho caderno ao seu dono, com a cópia datilografada de todo êle, na sua grafia modernizada, a fim de que se imprimisse nesta Revista, pois que bem o merecia, a despeito do tempo decorrido.*

*Pois que assim seja!*

## INTRODUÇÃO

### I

#### Noções Elementares

a) **Necessidade econômica. Produção e consumo econômicos. Utilidades, riquezas, bens, mercadorias. Série intermediária: dos fenômenos da circulação econômica, seus modos de ação: — deslocação, transmissão. Indústria e suas espécies. A indústria locomotriz. Transporte por terra e por água.**

b) **Como circulam as riquezas pela transmissão: troca; comércio. O comércio através de sua evolução econômica, desde o fenômeno inicial da troca até a organização complexa da indústria contemporânea. O comércio é produtivo.**

a) O Direito Comercial, recaindo sobre as relações individuais e recíprocas dos homens, numa sociedade constituída, é um ramo do Direito Privado, e não do Público. Mas, além de ser uma ramificação do Privado, é também positivo o Direito Comercial, do qual se podia dar como noção — a disciplina jurídica do comércio. E isto dá ensanchas a que se pergunte: — que é o comércio?

O comércio pode ser considerado de dois modos: econômico e jurídico. A relação jurídica é simultânea com a econômica, e desta se parte para alcançar aquela. E, para tal, é preciso remontar a certos princípios, que regulam as ações humanas: — a ordem moral, a do interesse e a de justiça.

O homem, para cumprir o seu dever, satisfazer o seu interesse, ou atingir o ideal de justiça, tem, forçosamente, de assimilar do ambiente em que se desenvolve os elementos vitais, novas forças, — quer sejam fornecidas gratuitamente pela natureza, quer sejam delas um produto. De um lado a natureza, de outro o que se chama riqueza.

Para adquirir fôrças, é necessário que o homem se aproprie das cousas que a natureza lhe oferece.

Há cousas materiais — que passam por transformações lentas, progressivas, sem serem imediatamente apropriadas. O trabalho é que as adapta às necessidades do homem. Tôdas essas cousas, assim apropriadas pelo trabalho, chamam-se bens econômicos, e êstes podem ser bens comuns e de propriedade. Os bens comuns são inesgotáveis e são apropriados sem dispêndio de fôrças: a luz, o ar, a água; e os bens de propriedade são aquêles sôbre os quais pode recair o domínio de um particular, ao passo que, nos bens comuns, não pode haver um patrimônio particular. Há cousas que se consomem rápidamentee, como o pão, o trigo, a água, e outras que se consomem lentamente, como o vestuário, a casa. Há cousas materiais, sensíveis, apreendidas, percebidas pelo sentido, num sentido restrito, — e cousas imateriais, que só podem ser tocadas nos seus resultados materiais, como a recêita do médico, a lição do professor, a tela do pintor.

Tôdas essas cousas formam os bens econômicos, e levam o cunho do fator — o trabalho, indispensável para a adaptação, em qualquer intensidade, quer seja muscular, mental ou intelectual. Todo o esforço do trabalho representa sempre um dispêndio de fôrça. É preciso estabelecer um equilíbrio entre as fôrças dispendidas e o seu resultado. A linha da menor resistência. O ideal é empregar-se pouco para obter grande resultado. É por isso que se forma a lei da ciência econômica. Mas nem sempre pode o homem, com o crescente progressivo das necessidades, conseguir êsse equilíbrio. Muitas vêzes se estabelece o *deficit* das fôrças.

Casos há, entretanto, em que mais se adquirem fôrças do que se perdem ou dispendem, e, então, pode-se fazer uma reserva de fôrças, formando o — capital econômico.

Para que o homem possa conseguir o equilíbrio: ou êle torna mais expansivo e produtivo o trabalho, ou faz uso

da fraude e da violência. E este não é ato lícito nas sociedades policiadas. Ele precisa desenvolver-se. Os agentes naturais fornecem a obra prima. O trabalho do homem, segundo Nièce, nada mais é que o esforço feito por ele para dar impulso à matéria. Dominando a matéria, pode o homem satisfazer as suas necessidades. Imprime-lhe movimento, dá orientação às cousas mecânicas. Muito embora o homem coordene, nunca poderia alcançar todos os bens econômicos para o seu desenvolvimento. Mas não se compreende o homem sem outro homem. É preciso o concurso dos homens. Nasce a cooperação, que pode ser: simples e complexa. Consiste a cooperação simples na reiteração de atos idênticos, como a deslocação de pêsos por guindastes. Os homens primitivos, os egípcios, construíram as duas pirâmides por meio dela. Não é esse o ideal da Economia Política, e sim a coordenação das forças humanas, a indústria organizando muitas operações, com a divisão do trabalho. Vejamos alguns exemplos.

JOÃO BAPTISTA SAY notou que a carta de jogar é resultado de 70 operações diferentes. Imagine-se agora um operário para tal empresa. Quais nulos os seus esforços. Entanto, com a cooperação, com a divisão do trabalho, quantas cartas não se fazem num dia! Smith, visitando uma fábrica de alfinetes, observou que, para cada alfinete, há 18 operações. PRONY resolveu organizar uma tábua logarítmica. Só, e para fazê-la de 1 a 200.000, a sua vida não chegaria. Mas, reunindo um número de homens capazes para um tal empreendimento, e distribuindo as diferentes operações em diversas tarefas, levou a efeito o seu trabalho ao fim de quinze anos.

A coordenação, ou antes a cooperação simples não dá resultado análogos, pois, para explicar o enorme desenvolvimento da indústria moderna, basta a cooperação complexa, que se distribui em duas grandes operações: a *decomposição* e *distribuição* das tarefas parcelares em ordem a determinar a criação de um produto, — e a *coordenação*

dessas tarefas parcelares, dessas operações preparatórias, para formar o conjunto do trabalho — o produto.

Mas se o homem não pode viver sem consumir, sem adaptar às suas necessidades as utilidades econômicas; se o homem não pode consumir sem produzir, e não pode produzir sem o trabalho, — para que êle possa apropriar-se das utilidades econômicas, elemento adequado às suas necessidades, é indispensável que elas estejam ao seu alcance, à sua disposição, o que vale dizer em linguagem econômica: é necessário que as mercadorias que representam as utilidades estejam em comunicação com os mercados de consumo, é preciso relacionar os mercados em que os produtos e as utilidades se produzem com os mercados em que se consomem.

Quando se diz *produção*, e quando se diz *consumo*, quer-se dizer *necessidade econômica*. São dois fenômenos extremos. Faz-se mister um vínculo que relacione e aproxime êsses dois termos opostos, que explique a harmonia dêsses dois fenômenos. O fenômeno intermediário que os vincula, é a circulação das riquezas, dos produtos, das necessidades econômicas. Por isso é que a Economia Política se divide em quatro secções: a produção, a circulação, a distribuição e o consumo das riquezas.

Produzir riquezas ou necessidades econômicas é adaptar as cousas materiais ao uso, às nossas necessidades. Consumir essas utilidades é tornar efetiva a aplicação dessas utilidades às nossas necessidades: o pão que se come, a água que se bebe, são utilidades que se destroem, que se consomem em satisfação às necessidades da fome do homem. Mas é necessário estabelecer-se entre êsses dois extremos o que a Economia Política denomina — *circulação das riquezas*. Como o produto tem um valor, êste valor é distribuído pelos fatores do mesmo produto, e então intervem a Economia Política sôbre a distribuição dos valores dos produtos pelos próprios produtores.

O fenômeno intermediário da circulação das riquezas, que se denomina *uma série de movimentos* entre a produção e o consumo, realiza-se de dois modos distintos: ou essa circulação se opera mediante a deslocação das riquezas, das utilidades, dos bens econômicos, mudando o local do bem econômico em que é produzido para outro local onde deva ser consumido e aproveitado, e, neste caso, trata-se da locomoção, do transporte, da *indústria locomotriz*; — ou essa circulação se opera pela passagem de um proprietário para outro proprietário, de um indivíduo para outro indivíduo, dessa cousa, dessa utilidade, desse bem econômico — e temos a *troca*, que é o fenômeno fundamental da indústria comercial.

O trabalho da aproximação do mercado de produção do mercado de consumo, trabalho singular reunido à co-opeção dos agentes naturais, este trabalho coletivo em que se reúnem em esforço comum os trabalhos alheios aos trabalhos próprios, não explicaria a expansão econômica, não determinaria o equilíbrio entre a produção e o consumo, si não fosse organizado, si esse trabalho coletivo não fosse combinado, si esses trabalhos se não submetessem a certas regras e prescrições duma verdadeira mecânica. É como nascem as indústrias.

A *indústria* nada mais é do que o trabalho organizado, é o concurso dos diferentes fatores de produção em ordem a criar uma certa e determinada utilidade, certas e determinadas produções. De modo que se pode dizer que a cada espécie de produto corresponde uma indústria especial. Há classificá-las, entretanto, por mais diversos que sejam os seus processos. Encontra-se esta primeira classificação: *indústrias acumulantes* e *indústrias distribuintes*. Indústrias acumulantes são aquelas propriamente de produção, como, por exemplo, uma fábrica, os produtos da natureza. Essas produções pertencem às indústrias acumulantes. Indústrias distribuintes são as que põem em movimento a massa dos produtos das indústrias de produção, como por

exemplo, a circulação, a troca dos produtos pela indústria comercial e pela indústria locomotora.

A classificação mais comum entre os economistas, distribue a indústria nas seguintes espécies: em primeiro lugar, a *indústria extrativa*, na qual o homem colhe, recolhe e se apropria dos produtos naturais, sem que, entretanto modifique a essência, a substância íntima desses mesmos produtos, como a caça, a pesca, a colheita da borracha no Amazonas ou no Pará.

Além da indústria extrativa, que compreende a indústria florestal, o corte das madeiras, a indústria metalúrgica, a exploração das minas, há ainda as *indústrias agrícolas*. Estas também recebem, colhem e se apropriam dos produtos naturais, mas, por meio de processos físicos e químicos, como que dirigem, domesticam e fecundam as forças naturais, de modo a ser o produto um resultado da cooperação do trabalho do homem com as forças da natureza. A indústria agrícola compreende, não só a indústria agrícola, própria dita, como a indústria pastoril.

A *indústria fabril* ou manufatureira se apropria da matéria prima que as outras indústrias lhe fornecem, para afeiçoar, transformar, alterar, modificar completamente essa mesma matéria.

A *indústria comercial* reúne e distribui os produtos das outras indústrias.

A *indústria locomotriz* transporta dos mercados de produção para os mercados de consumo os produtos que a indústria comercial reuniu e distribuiu. A indústria locomotriz, ou de transporte mais propriamente dito, sofre duas grandes divisões: a *indústria de transporte por água*, que é o centro de todas as operações e obrigações mercantis, que formam o Direito Comercial Marítimo, e a *indústria de transporte por terra*, que, na aproximação dos produtos, dá lugar a contratos do Direito Comercial Terrestre.

b) Como vimos atrás, a diversidade das zonas em que cada produto se cria explica o fato da deslocação das riquezas, e a diversa aptidão dos homens para o trabalho explica a intervenção do que se chama — *troca*, que é o segundo modo da circulação das riquezas e o fato terminal do comércio. E' ela que estabelece o equilíbrio entre a produção e o consumo, é um fenômeno *puramente humano*. LETOURNEAU, materialista, procurando estabelecer, entre os atos do homem propriamente ditos e os dos animais, uma certa relação, disse que os atos humanos nada mais são do que uma evolução dos atos praticados pelos animais; entretanto, com relação ao comércio, êle não encontra entre os animais fato algum donde se possa inferir que o ato comercial provenha d'esses atos dos brutos. O ato troca é puramente humano; começou pelas operações mais simples: o produtor mesmo trocava produto contra produto. Suponhamos que um lavrador produzisse cereais e precisasse de instrumentos agrários. Dirigia-se ao industrial para adquiri-los, oferecendo-lhe, em troca, cereais. Mas como o industrial no momento não precisasse de cereais, a troca era impossível, por só provir da coincidência de necessidades sôbre um ou dois produtos. Mas suponhamos ainda que o industrial precisasse, não de cereais, mas de panos, que o lavrador também não possuísse: era preciso que o lavrador fôsse procurar o fabricante de panos e os levasse como preço de permuta para o industrial. Complicava-se muito, pois, a operação de troca. PLATÃO, querendo, um dia, ir ao Egito, e não tendo dinheiro para comprar a passagem, lembrou-se de obter com o produto dos óleos que possuía o dinheiro necessário para comprar passagem no navio. Havia no porto do Pireu alguns navios e a êstes propõe PLATÃO o negócio: os carregadores do navio recusaram aceitar o negócio e Platão não pôde vender os óleos. A Ática estava abarrotada d'esse gênero de mercadoria. Forçoso era não fazer a viagem. Diante das exigências do filósofo, propuzeram-se levá-lo com os óleos para o Egito



para, com o produto, pagar o preço do transporte. Para haver permuta de produtos é mister que êles sejam idênticos em pêsô, número, medida e qualidade. Mas, como a troca só é possível quando os produtos são diversos, precisa-se encontrar uma equação de valores — a verdadeira base das operações econômicas — o valor, que é a estimabilidade de uma cousa conforme a sua bondade absoluta ou relativa; é o maior ou menor grau de préstimo entre duas cousas que se trocam. Como estabelecer entre produtos diferentes essa equação de valores? Recorreu-se a um produto intermediário que servisse de medida de valor entre dois produtos de natureza diferente ou de valores diversos, e que facilitasse a operação da troca: é a que se chamou — *moeda*. No princípio, os lavradores que criavam as riquezas cuja conservação era difícil, tinham necessidade de imediatamente as permutar, de trocar êsses produtos por outros de utilidade geral, de utilidade comum, cuja conservação fôsse mais fácil e menos dispendiosa, que não se deteriorassem, e então criou-se esta espécie de mercadoria intermediária, interveiu a função econômica da moeda, que era representada por cousas de uso comum: bois, carneiros, escravos. A palavra *dinheiro* é, em latim, *pecunia*, que vem de *pecus*, animal, gado, indicando a origem dessa mercadoria intermediária. Essas cousas de utilidade comum, porém, como bois, carneiros, escravos e outros objetos que primitivamente serviram de moeda, não ofereciam motivos de preferência nem as condições necessárias para que a moeda cumprisse a sua função econômica. Êsses objetos não eram homogêneos, variavam de indivíduo para indivíduo, não eram divisíveis, de modo que não se podia graduar o valor das cousas. Procurou-se, então, um objeto material que tivesse a homogeneidade necessária, fôsse divisível e tivesse um valor intrínseco em si para que pudesse exercer as duas funções principais — de meio de troca e de avaliador de utilidades, e vieram os metais, o bronze, o ouro, a prata, o níquel, que têm pequenino volume, pos-

suem grande valor, são inalteráveis, divisíveis e homogêneos. A intervenção da moeda decompôs a operação da troca em duas operações distintas: a *compra* e a *venda* dos produtos, instituindo-se o *contrato da compra e venda*. A complexidade das trocas, em operações avultadas, de transações complicadas ou permanentes e incessantes, trouxe uma circulação enorme e custosa de numerário. Para evitar tudo isso, adveio o *crédito*, que entregava a prazo, segundo a promessa de pagamento em moeda, dentro de prazo e nas condições convencionadas entre o comprador e o vendedor. Podendo o emprêgo efetivo de numerário nas transações ser substituído por uma promessa a efetuar em prazo mais ou menos longo, parecia que estavam obviadas tôdas as dificuldades nascidas da complexidade das transações. Munido mesmo com a moeda ou o crédito, tinha o consumidor de ir diretamente aos mercados de produção adquirir os objetos e transportá-los para seu domicílio. Isto consumia tempo, dava muita despesa, sendo preciso fazer longas viagens em um tempo em que não havia segurança nas vias de comunicação. O fenômeno evoluiu. Apareceu um intermediário entre o produtor e o consumidor encarregado de adquirir nos mercados de produção grandes provisões e transportá-las aos mercados de consumo. Eis o fenômeno do comércio, que a princípio se confundia com a indústria de transporte, porque os comerciantes iam diretamente aos mercados adquirir as mercadorias, trazendo para os mercados de consumo as utilidades, que distribuíam na proporção do consumo. E era também ambulante. Mais tarde tornou-se estacionário em razão dos grandes depósitos do *comércio a grosso* ou *por atacado*. Como os comerciantes a grosso não pudessem ir a cada um dos consumidores oferecer os gêneros, o *comércio a retalho* veio a satisfazer esta necessidade. O fenômeno econômico do comércio completou o fenômeno econômico da troca, pelo que não é raro dizer-se que: o comércio tem por função fundamental a troca de produto contra produto, primeiro, e de-

pois a compra e venda pela moeda e a compra e venda a crédito, e o crédito e a moeda e a troca servindo como função para a intervenção do comércio, a grosso ou a retalho.

O comércio é produtivo. Houve uma escola econômica, a *escola fisiocrática*, que entendia só existir valor na terra e nos seus produtos. Nem os produtos humanos nem o capital tinham valor. Para esta escola o comércio não tinha uma função produtiva. Mais tarde apareceu a *escola dos socialistas* dizendo que o comércio nada mais é do que um intermediário parasita: apenas absorve os valores e as vantagens das outras indústrias, por si nada vale. Vive da marcha das indústrias. Destas escolas, nem uma nem outra têm razão em negar ao comércio valor produtivo. Produzir não quer dizer transformar a matéria prima, como pretendem os socialistas. Na indústria extrativa, o homem não transforma os produtos naturais, e ela produz. Não se fala em transformar o valor propriamente objetivo, mas numa transformação subjetiva. De que vale para o consumidor que haja nos mercados distantes as cousas que êle precisa? De que serviria para nós o chá da Índia, se êsse chá, a não ser possível transportá-lo, não teria absolutamente valor. O consumidor, que vai aos mercados de produção buscar os produtos para pô-los à disposição nos mercados de consumo à proporção que o consumidor precisa dêles, incontestavelmente dá mais valor a êsse objeto, a essa utilidade que deve ser adaptada às necessidades do homem.

## II

**Noção do comércio; seus elementos econômico e jurídico.  
Função orgânica do comércio.**

A palavra comércio tem vários acepções ou sentidos diferentes, conforme o ponto de vista sob o qual se considera. Demais, não é possível dar uma definição verdadei-

ra, uma definição lógica do que seja ela. Definir uma coisa é delimitar, circunscrever o que pretende definir e estudar, explicar a natureza dessa mesma coisa, determinar o que essa coisa é. É preciso, portanto, reunir os elementos e as propriedades essenciais dessa coisa, armar esta reunião em uma fórmula geral e constituir a definição. Não é possível estabelecer uma definição precisa do que seja comércio porque ainda se não conseguiu estabelecer a verdadeira relação dos elementos que o constituem.

A palavra comércio vem do latim *commercium*, resultante da contração de duas palavras distintas: — *cum* e *merx*. *Cum* determina tempo, ligação, continuidade, simultaneidade de uma coisa; *merx* significa vitualhas, víveres, mercadorias, gêneros, fazendas. Na própria língua latina se encontra a palavra *commercium* com a significação de *merx*. Há ainda outra expressão adequada, significando o sentido jurídico ou econômico da palavra — é *trato*, *tráfego*, *tráfico*, donde vêm as expressões *tratante* e *traficante* que, no antigo Direito português, significavam, não o que significam hoje: chatim, homem que nem lisa nem honestamente faz as operações comerciais, mas o que honesta e lisamente intervinha em tais operações. A palavra *negócio*, vinda de *nec* e *otium* é outra acepção.. Desta palavra se deriva o adjetivo *negociante* que muitas acepções tem na técnica de nossas leis e que mais se usava no antigo Direito português, em que se não encontra o termo *comerciante*. O nosso Código Comercial emprega mais a palavra *mercancia*, que significa *arte*, *trato de comerciar*, e tem como cognatas: *mercar*, *mercantilizar*, *mercantil*.

Além dessa significação etimológica, há a usual, que não deve ser confundida com a expressão técnica de comércio. Tanto no nosso Direito, como no romano, a palavra comércio, além do significado técnico, próprio, tinha, para significar o fenômeno jurídico do comércio, a acepção chamada usual.

Na legislação romana a palavra comércio podia referir-se às pessoas ou às cousas, e, por isso, podia ser tomada em sentido subjetivo ou objetivo. No sentido subjetivo se referia à investidura, à capacidade que tinha o cidadão romano de poder entrar como parte em certos contratos de Direito Civil, para os quais a lei exigia modo solene na celebração desses contratos. Era direito exclusivo do cidadão romano, *jus modi civilibus*, pois só êle podia ter o *jus commercii*, e é neste sentido que ULPIANO diz; *De regulis*, tit. 19, § 4: *commercium est emendi vendedique invicem jus*, é o direito recíproco de compra e venda. No sentido objetivo, o comércio se referia aos bens, que se dividiam em: *res in commercio* e *res extra commercium*, cousas que estão no comércio e que estão fora dêle. Aquêles podiam ser alienados e êstes de forma alguma podiam fazer parte do patrimônio particular, bens públicos, como, entre nós, os estaduais ou federais. O nosso Direito adota uma tal distinção, significando *cousas no comércio* as que têm capacidade para serem apropriadas, e significando *cousas fora do comércio* as que não são suscetíveis de apropriação. No nosso Direito, tratando o legislador de determinar a penhora comercial, fazendo a relação de várias cousas que não podem ser suscetíveis de penhora, estabeleceu, no art. 529 do Decr. n. 737 de 25 de novembro de 1850, não poder a penhora recair sôbre cousas *extra commercium*. A lei, por disposição expressa, exclui estas cousas da suscetibilidade de serem apropriadas, colocando-as fora de comércio. Ainda por uma disposição de última vontade, as cousas se podem tornar inalienáveis.

Em acepção figurada, a palavra comércio significa o direito de comunicação, as relações sociais entre os homens: o comércio das letras, o comércio das musas. É assim que diz TÁCITO: *commercium sortis humanae*. Também pode referir-se às relações com Deus: *celeste commercium*, *commercium admirabile*, diz SCACCIA; ou às cousas da guerra: *belli commercia*, como diz Virgílio, ou como diz

TÁCITO: *commercia belli derimere*. Ainda, na sua acepção figurada, pode ser tomada a palavra no sentido de uso, exercício de uma cousa: *commercium non pudam linguae Ansoniae*, diz Ovídio.

Na ordem cronológica dos fenômenos sociais, o comércio se apresenta, primeiramente, como um fenômeno econômico, uma manifestação econômica de tôdas as sociedades, mesmo as mais rudimentares e as mais grosseiramente organizadas. Dêsde o primeiro momento de sua existência, o homem foi sempre estimulado por necessidades de ordem física e de ordem intelectual, necessidades contínuas que crescem na razão direta do maior grau de civilização do meio em que o homem vive. Pelo próprio instinto da conservação, é claro que o homem, tendo necessidades, precisava dos meios adequados para a sua satisfação, o que êle consegue apropriando-se dos meios que os economistas chamam *utilidades* e que são oferecidos pela natureza exterior. Essas utilidades, porém, só podem ser aproveitadas, umas, pela sua transformação, e outras pela sua adaptação. A caça, a pesca, os frutos com que o homem satisfazia às primeiras necessidades da alimentação, precisavam ser apropriados, e uma tal apropriação só se conseguia por meio de um esforço, que, sendo *útil*, é conhecido sob o nome de *trabalho* pela Economia Política. Entretanto, devido a causas muito complexas e variadas, desde a conhecida imperfeição da produtividade do solo nas diferentes regiões, às diferenças de clima e tantas outras cousas, o homem, só por si, seria incapaz de satisfazer a todas às suas necessidades, mesmo às mais elementares. Desde que abrimos os olhos à luz matutina, até que os cerramos ao sono da noite, continuamente utilizamos os esforços dos nossos semelhantes repartidos pelas mais remotas regiões do globo, embora por nossa vez produzamos, e o nosso trabalho seja aproveitado por outros indivíduos da comunhão social. A especialização das funções e do trabalho, faz um homem produzir mais do que o que possa precisar, e, então, surge

a primeira troca ou escambo da produção superabundante do produtor, determinando uma circulação de bens, de utilidades, de mercadorias. A utilidade de uma mercadoria é determinada pela possibilidade de ser ela aproveitada. De modo que o produtor, um agricultor, por exemplo, não teria outro interesse senão produzir tantos cereais quantos fossem necessários para o seu sustento e para o de sua família. Mas como a terra é fértil e recompensa o seu esforço com uma colheita superior às suas necessidades, e como nem todos os homens podem ser agricultores, resulta que o excesso na produção do agricultor adquire para os homens que não são agricultores, utilidade que cresce na razão direta em que crescem ou se desenvolvem as necessidades que se destina fazer. Eis aí a noção primordial do comércio, economicamente considerado.

Nem sempre reinou inteira harmonia de vistas entre os escritores, quanto ao modo pelo qual se desenvolvem as funções econômicas do comércio, o que, aliás, não deve causar estranheza, porque a sistematização dos princípios que regem os fenômenos econômicos é de data recentíssima. Acresce ainda que a atividade circulante do comércio, que observamos hoje nos grandes centros mercantis, tomou uma marcha vertiginosa com os seus variadíssimos e eficazes instrumentos de ação. Os transportes, hoje, fizeram desaparecer as distâncias. Não mais existe a diversidade das produções segundo as várias regiões do globo, pois a cada um de nós é dado consumir os produtos originários de regiões antípodas da nossa. A moeda, a medida universal do valor, a troca de mercadorias em espécie, tornou-se por demais pesada para certos negócios e foi substituída pelo *crédito* com os seus admiráveis meios: as *contas-correntes*, a *letra de câmbio*, etc.

Os maiores mestres de Direito Comercial, como os chama o notável VIDARI — STRACCA e SCACCIA, tinham uma noção errônea do comércio. Para STRACCA (*mercatura est officium quod, ratione quaestus liciti, exercetur in permu-*

*tandis emendis que frequenter mercibus, quoque non mutata per se forma*) o comércio consistia no ofício de permutar e comprar frequentemente as mercadorias, tendo em vista o lucro lícito, mas somente enquanto essa mercadoria não tivesse a sua forma mudada. Em caso contrário, teríamos diante de nós a indústria manufatureira. Nas mesmas idéias se inspirou o comercialista clássico SCACCIA (*negotiatio sea mercatura, id est, negotiador seu mercator, quando rem, quam causa lucrandi emit, postea immutata forma revendit, dicitur proprie negotiatio seu mercatura*), para quem só pode haver comércio e, portanto, comerciante, quando se revende uma coisa comprada com o fim de lucro, mas sem que se lhe mudasse a sua forma. E, para tornar bem clara a sua idéia, SCACCIA exemplifica: aquêl que compra vime, para, entretecendo uma cesta, vendê-lo por esta forma, não pratica o comércio, é um simples artífice, assim como artífice é o que compra o fio para fazer redes, lã para tecer pano, da mesma forma que não é comerciante, mas mecânico, aquêl que compra ferro bruto para revendê-lo em obra.

E o lucro já aparece influenciando as operações mercantis; e a necessidade de frequência das operações, sem a qual as operações de compra e venda, ou mesmo a permuta, quando isoladas, não podem ser consideradas de comércio, mas simples contratos de natureza civil, também começa de aparecer. Mas nem é exclusivamente por meio da compra para revender ou por meio da permuta que se manifesta o fato econômico do comércio, nem podem ser excluídos do número dos comerciantes aquêles que SCACCIA denomina: artífices ou mecânicos. O transporte, o câmbio, o depósito, a conta-corrente, são tantas operações perfeitamente caracterizadas como operações comerciais, sem serem compra, venda ou permuta. Ademais, as disposições das legislações dos diferentes povos e a doutrina têm sempre considerado na classe dos comerciantes, sob certas condições, o tecelão, o ourives, o mecânico.



Em suas mēdições sôbre a Economia Política, outro escritor italiano, VERRI, deixando-se impressionar com o facto de que a actividade mercantil se manifesta mais frequentemente pelo transporte, pela aproximação entre o produtor e o consumidor, separados por grandes distâncias, considerou como feição característica do comércio o transporte das mercadorias de um lugar para outro. Mas não é exclusivamente pelo transporte das mercadorias que se manifesta a actividade económica do comércio. Mercadorias depositadas num armazém podem ser vendidas e revendidas um sem números de vezes. E ninguém deixará de afirmar que essas permutas, vendas e revendas constituem operações comerciais.

Umás e outras das opiniões expostas tomam a parte pelo todo, quando êsses dois elementos diferentes têm importância igual.

Mais feliz, ROMAGNOSI asseverou que o comerciante é intermediário entre o produtor e o consumidor, lamentando-se, todavia, que, quando trata de dar a noção económica do comércio, não tenha desenvolvido a sua noção fundamental, que era exata, e tivesse feito repousar o traço diferencial do comércio na troca das cousas livremente dadas e aceitas a mútuo aprazimento das partes. Um exemplo bastará para demonstrar o êrro da definição de Romagnosi: si um vinhateiro vende uva a uma pessoa para fabricar vinho para seu uso pessoal, evidentemente aí se encontra a permuta de cousas reputadas úteis peals duas partes contratantes. Ninguém, entanto, sustentará existir aí uma manifestação de comércio: não é ato de comércio para o vinhateiro, porque êle não pratica mais do que a indústria agrícola e não é ato de comércio para o comprador da uva, porque êle pratica um ato de mero consumo individual.

Definindo comércio, MASSÉ, notável escritor, dos de mais renome na França contemporânea, diz que êle é *o complexo* de negociações que tem por *escôpo operar e facilitar a troca dos produtos naturais ou industriais, com o fim de*

*auferir algum proveito.* Quando as relações de interesse entre os homens, continua, tem lugar frequente e assiduamente, temos aí o verdadeiro comércio, economicamente considerado. E acrescenta: o comércio é uma especulação onde se compra para revender, e onde se vende aquilo que se comprou para revender, não se devendo daí concluir, adverte cautelosamente, que só haja comércio quando existir uma compra para revender. Nesta operação, nós desvendamos, observa ainda MASSÉ, três classes de atos: que precedem o comércio, a compra e venda, grande número de atos e contratos que servem de acessórios à compra e venda comercial, outros atos que são consequências da mesma compra e venda característica do comércio, e outros ainda, que, sem serem do comércio, são um incentivo, um móvel acessório ou consequente da verdadeira função econômica do comércio.

A definição de MASSÉ representa já um passo para a aquisição da verdadeira noção econômica do comércio. Aí nós encontramos tôdas as operações capitais do comércio: a mediação frequente entre o consumo e a produção, a facilitação da troca dos produtos, quer naturais quer industriais, com o intuito de auferir lucro. E não faz questão da forma das mercadorias. Evita-se o inconveniente da definição dos antigos comercialistas, pois nesta, embora se abranja o transporte das mercadorias de uma região para outra (e compreende-se que, alcançando a definição todas as operações destinadas a efetuar a troca dos produtos, devesse incluir, portanto, o transporte), entretanto nessa expressão estão também compreendidas outras operações e atos, que, não sendo propriamente de deslocação material dos produtos, facilitam o problema da circulação das riquezas.

Mas uma objeção se levanta contra a definição de MASSÉ: o ter deixado como na penumbra o elemento do lucro, que também caracteriza o comércio, pois, nas operações comerciais, o lucro atua como elemento determinan-

te, como causa eficiente, como causa única. Uma pessoa que compra um prédio para si, tem, certamente, em vista um proveito; pode, sob certo aspecto, praticar uma mediação entre a oferta e a procura, mas nesse proveito não se encontra o característico do comércio, porque êle não tem por causa única o lucro. A idéia do lucro é fundamental para a noção econômica do comércio. Na definição de MASSÉ falta relêvo a essa idéia substancial. A idéia do lucro é determinante, é o fim fundamental do comércio, e, como dizia o cardeal DE LUCCA: *finis mercatorum est lucrûm*. Si não fôsse êsse único defeito, a definição de MASSÉ, no dizer de VIDARI, seria perfeitamente aceitável.

Debaixo dêste ponto de vista, mais correta seria a noção de BESLAY, ao dizer que o comércio se caracteriza ou resulta de dois elementos: de um ato de intermediação entre a oferta e a procura, e do lucro, que deve servir de causa eficiente para o exercício dêsse ato.

De conformidade com as idéias manifestadas por BESLAY estão os juristas e comercialistas alemães modernos, entre os quais GOLDSCHMIDT, THÖLL e ENDEMANN. Entre as diversas definições encontradas nos tratadistas, há uma aceitável, nos seguintes têrmos: O comércio é uma função orgânica de mediação especulativa entre a oferta e a procura das mercadorias, preordenada à circulação econômica.

É uma definição perfeita, filosoficamente considerada, na qual se consegue caracterisar o objeto definido, já pelo gênero a que pertence, já pelo traço diferencial de sua espécie.

#### Função orgânica.

Assim como o corpo humano se compõe de órgãos essenciais para o seu desenvolvimento e para a sua vida normal, chamada pela ciência de *vida fisiológica*, assim também os corpos sociais têm órgãos por meio dos quais desenvolvem a sua vida normal, por meio dos quais con-

seguem o seu destino e o seu fim. Diversos órgãos existem que traduzem o poder, e são os órgãos políticos que traduzem os fenômenos vitais da sociedade, como os poderes legislativo e judiciário com as suas diferentes ramificações. E ao lado dos órgãos políticos se encontram os órgãos econômicos, que servem para o desenvolvimento das forças econômicas duma nação, para a manutenção e engrandecimento da riqueza nacional nas suas diferentes espécies de manifestação. A produção econômica de um país, o consumo, a circulação das riquezas, o trabalho, os valores, o crédito, constituem os problemas que interessam de perto à vida econômica e ao engrandecimento financeiro. E tanto assim é, que se observa que somente são verdadeiramente poderosos, economicamente falando, aqueles países onde se observam os preceitos da Economia Política. A circulação das riquezas em uma nação pode ser, com a maior propriedade, comparada à circulação do sangue no corpo humano. A Economia Política, quando denominou *circulação* ao movimento dos bens e riquezas numa nação, foi buscar o termo à própria ciência da medicina, pela analogia que encontrou entre os dois fenômenos. Desde o momento em que a circulação do sangue se faz regularmente e de acordo com a vida fisiológica, e não há excesso nem falha nessa circulação, não é difícil prognosticar que se trata de um corpo sã; assim também, se no corpo social a circulação das riquezas é motivada por uma produção regular e inteligente, pode-se afirmar que a vida econômica dessa nação é regular, encontrando-se uma nação economicamente sã. Os corpos sociais, politicamente organizados, vivem vida política, assim como vivem vida científica ou vida econômica. Onde há vida, fatalmente devem existir órgãos, e, portanto, funções orgânicas. E, se existem funções orgânicas econômicas na vida das nações, é indiscutivelmente o comércio, que se interpõe entre a produção e o consumo, promovendo a circulação das riquezas. Sem o comércio, a produção se estiolaria e teria de limitar-se ao consumo

local, talvez inferior a si própria; o consumo sofreria várias privações de produtos que não são originários da produção local; não haveria circulação das riquezas. Um corpo onde não circula o sangue é um corpo morto. O comércio é, portanto, uma função orgânica, vital, de tal importância, que vem melhorar todas as outras condições da vida social.

#### Mediação especulativa.

Outras funções orgânicas existem que não são mercantis. A produção, debaixo do ponto de vista exclusivamente econômico; o consumo, considerado de per si; o valor; a moeda e tantos outros institutos econômicos, servem para o exercício de funções orgânicas, mas não fazem parte do domínio do comércio. É mister determinar em que consiste a função orgânica do comércio, e daí o dizer a definição que o comércio só é tal, quando a função orgânica se opera pela mediação especulativa. Sempre, em qualquer de suas manifestações, o comércio há de ter a função de mediador que se interpõe entre a oferta e a procura das mercadorias.

Poder-se-á objetar contra a definição que ela tem uma falha, e, de fato, bastará, dirão, demonstrar que o comerciante, indo buscar as mercadorias às fontes de produção, e trazendo-as até colocá-las ao alcance do consumidor, ou mesmo indo comprar grandes provisões de mercadorias para depois revendê-las em pequenas porções proporcionais às necessidades individuais de cada consumidor, aumenta o valor dessa mercadoria. O fato é fácil de observar, pois nas fontes de produção o negociante paga um preço inferior àquele que lhe paga o consumidor, e nisto consiste o lucro do negociante. De modo que, trazendo o comércio como consequência um aumento no valor da mercadoria, poder-se-ia dizer que a definição é falha por deixar de mencionar essa circunstância. A censura, entretanto, não seria justa, porque o aumento do valor, que é indiscutível,

não é mais do que uma consequência natural da própria mediação, que se destina justamente a conseguí-lo.

E digamos porque a definição diz mediação especulativa e não lucrativa, quando este termo parece traduzir com mais exatidão a idéia do lucro que deve predominar no comércio. O lucro do comércio não é toda e qualquer vantagem que conseguimos, todo e qualquer aumento do valor, e sim, como ensina Vidari, o proveito que é determinado, é medido pela circulação dos valores, levando-se em conta as condições de lugar e tempo, de oferta e de procura, dentro das quais se desenvolve a circulação econômica. Um particular, por exemplo, acionista duma sociedade anônima, que vende as suas ações porque elas atingiram um preço superior àquele que elle pagou, tem em vista um proveito, um lucro, que não é verdadeiramente comercial porque destinado a satisfazer às necessidades individuais desse acionista, ao passo que, no comércio, o lucro do comerciante não é destinado a satisfazer às suas necessidades individuais, mas é condição para que elle possa prosseguir no exercício regular do seu comércio. A especulação própria do comércio é aquella que tem como causa eficiente a circulação dos valores destinados à reprodução do lucro ou proveito mercantil que provém desse ato. E, para a especulação mercantil, basta que a operação seja destinada a deixar lucro; basta que a intenção do comerciante seja de lucrar, e nem outra pode ser, porque não seria para ter prejuizo que empregaria seus capitais; basta que exista a operação comercial para que haja uma fartíssima presunção de que visa o lucro, pois o comércio é destinado, por sua natureza, a deixar lucro. E esse lucro não precisa ser immediato. Diariamente se vêem à venda produtos ao preço da compra, e até por preço inferior: são os *artigos de reclamo*, que visem atrair a clientela aos armazéns, e destinados a deixar ao comerciante um lucro remoto em outras mercadorias.

A mediação precisa ser exercida frequentemente ou de um modo habitual pelo comerciante, pois no caso de uma compra para revenda isolada, haverá um simples contrato de ordem civil. A nossa definição evidencia perfeitamente um tal elemento quando diz ser o comércio uma *função orgânica*: não se compreende função orgânica que se exerça de tempos a tempos; ela deve ser regular, contínua, habitual.

#### Entre a oferta e a procura.

Conhecido o que seja *produção* e *consumo*, desnecessário é explicar o que seja *oferta* e *procura*: são termos que se equivalem. A mediação não importa sempre na deslocação material das mercadorias; pode dar-se mesmo em relação a mercadorias que estejam nos armazéns gerais, onde são representadas por *warrants*, papeis representativos da mercadoria, títulos que podem ser transferidos por simples declaração escrita no seu verso — o que se chama *endosso*, e que tem como efeito a transferência da propriedade da mercadoria. As cousas que estão fora do comércio não podem ser objeto de transações mercantis.

#### Das mercadorias.

Mercadoria é uma espécie do género cousa. Cousa, economicamente falando, é tudo aquilo que tem um valor de troca, que é útil e permutável. Mas esta utilidade e permutabilidade, para caracterizar a cousa economicamente, deve concorrer concomitantemente com o objeto, o que quer dizer que existe muita cousa que é útil: o calor do sol, e que, entretanto, não é permutável, assim como cousas existem que são permutáveis e que por vèzes deixam de ser uteis. Exemplo típico é o do viajante que encontrasse, morto de fome, num deserto, uma bolsa cheia de pérolas. Tôda a mercadoria é uma cousa, e nem tôda a cousa é mercadoria. A diferença entre cousa e mercadoria, no dizer

um escritor alemão, é mais uma diferença de modo que de substância. As cousas destinadas à circulação econômica adquirem a qualidade de mercadorias, são cousas que estão à venda. Mercadorias, pois, são as cousas sobre as quais a pessoa, singular ou coletiva, pode concitar a sua atividade comercial, diretamente ou por meio de agentes. Para o nosso Código Comercial e para outras legislações, existe ainda um requisito da mercadoria: que se trate de cousas móveis. Esse modo de ver, entretanto, vai cedendo terreno, e o novo Código Italiano considera como mercadorias os imóveis, sob certas condições.

#### Preordenada à circulação econômica.

Explicando o modo pelo qual o comércio consegue realizar a circulação econômica das mercadorias, THALLER diz que o fim do comércio, considerado sob um ponto de vista mais geral, consiste em levar a mercadoria desde sua fonte de produção até a sua última estação de consumo, quer para ser transformada, quer para ser entregue ao mercado. Daí resulta trazer o comércio consigo a idéia de movimento, que se pode operar até dentro do próprio mercado onde se acham as mercadorias. Entre o produtor e o consumidor estabelece-se uma longa série de agentes intermediários destinados todos a pôr a mercadoria ao alcance do consumidor. Outras vezes não há a deslocação material das mercadorias e, entretanto, há a circulação econômica. Às vezes um determinado gênero de comércio ou títulos de crédito, no mesmo dia, sofrem diferentes oscilações, que representam precisamente a circulação econômica em virtude da lei da oferta e da procura. Suponhamos os títulos de crédito de uma sociedade anônima cujo capital fôsse representado por cem mil ações: uma simples oscilação de mil réis em cada ação representará uma diferença de cotação de cem contos de réis em relação ao valor do mesmo capital. Isto vem demonstrar como se opera a



circulação econômica dos valores, circulação essa determinada pela lei da oferta e da procura. É de fato, desde o momento que uma mercadoria ou um papel de crédito suba de cotação, é natural que o seu possuidor dela se desfaça, visto como êle ufere lucro, e inversamente se êle baixa. Por isso é que SCHÄFLE, economista alemão, dizia que a circulação no corpo social é uma parte integrante do todo orgânico do mesmo corpo social.

É difícil, senão impossível, dar uma definição perfeita do comércio. Entre os economistas e comercialistas encontram-se três classes de definições ou de noções, umas levando apenas em consideração o elemento econômico do comércio, outras apenas o elemento jurídico e outras harmonizando, reunindo êsses dois elementos para formar a definição que êles entendem ser aceitável. Entre os economistas não se encontra definição alguma aceitável que determine as propriedades essenciais ou as propriedades substanciais do comércio, economicamente falando; umas definições são muito vagas, muito amplas, e outras muito restritas. Entre as primeiras nota-se a de LEROY-BEAULIEU, e essa mesma definição, mais ou menos, encontra-se em SAY, BIANCHINI e outros, que, em vez de dizerem que o comércio é a sistematização das trocas, dizem que é a *indústria das trocas*. Mas a troca não se pode confundir com o comércio: faltam-lhe os elementos, a coordenação, as propriedades essenciais do comércio, que não se pode dizer que seja uma troca sistematizada ou uma troca industrial. Outros restringem esta noção. FERREIRA BORGES diz que o comércio, economicamente falando, é a *compra e venda das mercadorias*; GENOVESI, que é a *troca do supérfluo pelo necessário*, e GALLIANI, que é a *simples comunhão de trabalho para satisfazer as necessidades do homem*. Estas definições são restritas; compreende-se perfeitamente que o comércio, economicamente falando, não se resume na comunicação pelo trabalho; o trabalho é um simples fator da produção. Não se resume também nos contratos de

compra e venda, porque, embora os contratos de compra e venda sejam mais comuns, não são a única manifestação do comércio.

É opinião corrente entre os economistas que a troca equivale ao comércio. A maioria das trocas, entretanto, não pode ser comércio. A troca é o fato fundamental do comércio. O comércio é uma evolução da troca. De acôrdo com êsses princípios, pode-se dizer que, em Economia Política o comércio é a troca por meio da mediação. Dessas definições resulta que o elemento econômico é simplesmente a mediação, a intromissão, a intervenção entre a produção e o consumo.

Vejamos o elemento jurídico.

Entre os comercialistas que tratam de definir ou de dar uma noção do comércio, uns generalizam por demais essa noção. Em STRACCA, com efeito, se vê que êle entendia a palavra comércio como sinônimo de todo e qualquer contrato: *verbum commercium generale est ad omnem contractum*. A mesma cousa dizia Goldschmidt afirmando que o comércio é a *mediação na circulação*. O mesmo defeito se encontra em ENDEMANN, quando diz que o comércio é o *movimento dos bens na circulação*. São noções muito vagas. Entre os que mais as generalizam, encontra-se THALLER dizendo que o comércio é a *circulação dos produtos, dinheiros, títulos fiduciários*, de modo que o comércio abrange tudo quanto diz respeito à circulação, não só manifestada pela troca como pelo transporte.

Outros comercialistas restringem demasiadamente a noção do elemento jurídico do comércio. STRACCA define o comércio como sendo um ofício — *mercatura est officium*. — movido pelo lucro, pela especulação, exerce-se na permuta, compra e venda das mercadorias. O mesmo defeito se encontra na definição de SCACCIA, que restringe o comércio às compras *causa lucrandi*, à compra e venda. Mas destas duas ordens de noções, amplas ou restritas, pode-se ver já que o elemento jurídico do comércio como

que se pronuncia no lucro. Na definição de STRACCA, por exemplo, êle se exerce *ratione quaestus liciti*, pelo motivo do lucro, por motivo de tirar vantagens, de auferir proveitos ou lucros lícitos. Exatamente no fito de lucrar, de ganhar, de especular é que reside a noção jurídica do comércio.

Êstes dois elementos é que devem formar, devem convergir para compor a noção ou definição do comércio, com tôdas as propriedades, todos os organismos diferentes, o organismo econômico fornecendo a mediação e o organismo jurídico fornecendo o fito de lucro ou a especulação.

Outros abandonam por completo a idéia de dar uma noção ou definição do comércio; entendem que é difficilimo compor uma definição exata das operações do comércio sob um âspeto geral para determinar precisamente o elemento substancial, as propriedades indispensáveis do comércio. Dentre êses destaca-se LYON CAEN, que, não obstante, diz que o comércio é *um conjunto de operações feitas com o fito de lucro para transformar, transportar e trocar a matéria prima*.

Outros, por absoluto, renunciam à idéia de definir o comércio, e, em geral, pertencem à escola inovadora de D. Comercial a cuja frente se encontra VIVANTE. Nem a lei e nem a doutrina oferecem um critério seguro para constituir a definição.

Não se podendo dar uma definição concisa, recíproca e clara, que a lógica aceita, entenderam alguns economistas poder dar uma definição descritiva do que seja comércio. VIDARI diz que o comércio é *um complexo de atos de mediação entre a produção e o consumo, exercitados habitualmente com o fim do lucro e com o fim de aumentar a circulação das riquezas, tornando mais fácil e cômoda a procura e a oferta*. CONSTANS diz que o comércio é êsse ramo da atividade que tem por objeto aproximar a produção e o consumo pela troca em tempo e lugar e em qualidade e quantidade convenientes.

Outros, como SUPINO, GERMANO, FRANCHI, BRANCCACIO, procuram resumir ou reduzir essa noção descritiva a uma noção lógica. SUPINO diz que o comércio *é a indústria que, com o fito de lucro, se interpõe entre a produção e o consumo para promover e aumentar a circulação das riquezas*. GERMANO também assim se exprime: *o comércio é um complexo de mediações que operam e facilitam a troca com o fito do lucro*. E BRANCCACIO diz que o comércio *é a mediação entre a produção e o consumo com o fito de especular*. Esta definição foi perfilhada, no direito pátrio, pelo conselheiro *Silva Costa*, em seu magnífico *Tratado de Direito Comercial Marítimo*.

Não aceitamos nenhuma dessas definições. O comércio tem por fim fundamental a troca, e a troca é uma das manifestações da especulação. A circulação resulta da série de movimentos entre a produção e o consumo. Esta série de movimentos não pode ser de atos isolados, de atos entre si independentes; será ao contrário, de atos coordenados, que têm uma certa sequênciã, uma certa ordem; êsses atos não podem ser praticados a êsmo, devem obedecer a um vínculo comum. É preciso, pois, quando se trata de definir o que seja comércio, primar em mostrar a sequênciã dos atos que entre si são travados, ligados, e em determinar perfeitamente esta coordenação, que tem entre si os atos de comércio, dependentes um dos outros, de modo que são verdadeiros elos duma corrente interminável. É preciso encontrar um têrmo que manifeste perfeitamente esta coordenação, esta ligação, êste organismo que tem os atos do comércio. E, à procura dêle, encontramos a maior variedade possível de definições dadas pelos comercialistas. Uns dizem que o ato do comércio é um *complexo*. Complexo é uma reunião de cousas ligadas por um vínculo. Dentre êstes, pode-se citar: VIDARI, que diz que o comércio é um *complexo de atos*; MARCHIERI, que diz um *complexo de fatos*; BOLAFIO que o considera

um *complexo de operações*, e ETENA, que o define como um *complexo de trocas ou mediações*.

Outros põem de parte o termo *complexo* e usam do termo *conjunto*. Este termo melhor esclarece. A expressão conjunto quer dizer que as partes componentes dêsse todo desaparecem para se manifestar a totalidade, todo o conjunto dessa cousa. Usam dessa expressão TORTORI, que diz o comércio um *conjunto de relações*; LYON CAEN, que fala de um *conjunto de operações*. Outros, como MASSÉ e PARDESSUS, usam da expressão *complexo de negociações*, e outros, como MOLINIER e RIVIÈRE, usam da expressão *complexo*, ou seja de operações ou de negociações.

Pondo de parte estes termos *complexo* e *conjunto*, que entram nessas definições, entendem alguns comercialistas que se pode frizar esta relação usando da expressão *série*. Assim é que se encontra o comércio considerado como uma *série de operações* ou de negociações. Mais aproximados da verdade, porém, estão aqueles que usam de outra expressão, desprezando essas primeiras, para determinar o nexos, o vínculo, a conexão dos atos do comércio. Em GOLDSCHMIDT, em BRANCCACIO, em ENDEMANN, em STRACCA, em B. SAY, em SUPINO, em BOCCARDO e outros, encontram-se as expressões: *mediação, atividade, officio, indústria*.

Muito embora estas denominações sejam menos impróprias do que as denominações de *complexo* e de *conjunto* ou de *série* para determinar o organismo dos atos do comércio, entretanto deve-se preferir aquela a que se refere o programa: mais do que tudo isso, o comércio é *uma função orgânica*. *Função* é uma ação dependente ou manifestada por órgãos de conformidade com a natureza e fins desses mesmos órgãos. E, quando se diz função orgânica, quer-se dizer que esta função é inerente, é intrínseca a esse mesmo fim. De modo que se pode dizer que o comércio é uma função orgânica, e por essa palavra os atos de comércio se apresentam perfeitamente, claramente coordenados pela sequência que devem guardar entre si, de maneira que uns são consequentes dos outros, uns explicam

os outros, são atos perfeitamente travados, atos perfeitamente industriais de uma série para indicar perfeitamente essa sequência, êsse vínculo que têm entre si os atos do comércio.

Vejamos como se manifesta essa função orgânica.

Com relação a êste ponto também divergem muito os comercialistas. Assim, uns dizem que o comércio é manifestado pela troca, é uma permuta, como quer VERRI; é uma troca do supérfluo pelo necessário, como dizia GENOVESI; é uma troca do útil pelo menos útil, como exprime BECCARIA. Outros, porém, usam do têrmo *circulação dos produtos*, como THALLER; outros da expressão *indústria que põe à disposição do consumidor os objetos de que êle necessita*, como por exemplo JOÃO BAPTISTA SAY. Mas êstes elementos não podem servir para formar a definição ou para operar a coordenação dessa definição. Esta função orgânica se manifesta por meio da mediação, por meio da intervenção, por meio da intromissão entre a oferta e a procura, ou mais remotamente entre a produção e o consumo. É por meio da mediação, por meio da intervenção, por meio da intromissão entre a oferta e a procura, que se manifesta, que se torna precisa e clara esta função orgânica do comércio. Mas esta função orgânica de mediação dever ter um móvel para a sua ação; êsse móvel se chama *lucro, proveito, vantagem*. Não é um lucro, um benefício, no sentido geral que é o elemento primordial que exprime a necessidade da mediação no comércio. O lucro, a que chamamos *especulação*, como elemento jurídico, quer dizer: *evento de lucro ou dano*. Os comerciantes, quando compram as mercadorias nos mercados de produção, jogam sôbre a diferença do preço, e por isso muitas vezes perdem. Muitas vezes o comerciante vê-se obrigado a vender as suas mercadorias pelo preço da compra; entretanto, apesar dêle não ter êste lucro, não ter esta vantagem efetiva, nem por isso deixa de ser um comerciante. A *especulação* é o nexa que liga a função orgânica à mediação, e êste nexa não se encontra nos outros atos da vida civil, nos atos da vida

comum. O comércio é, pois, uma *função orgânica de mediação especulativa*.

Mas quem diz *mediação* refere-se a dois termos opostos. É preciso determinar entre que termos ela se estabelece. Alguns comercialistas entendem que essa mediação se estabelece entre a produção e o consumo; quer dizer que se referem ao elemento primordial da troca, em que o indivíduo, dos mercados de produção, leva para os de consumo os objetos necessários para as necessidades humanas. Os termos *produção* e *consumo* são muito amplos, muito afastados desta mediação; é preciso dizer antes que é uma mediação especulativa *entre a oferta e a procura*. Mas sôbre que recaem a oferta e a procura? Uns dizem que a oferta e a procura recaem sôbre os bens em geral; outros dizem sôbre os bens econômicos, outros sôbre a matéria prima e outros sôbre a troca. Entretanto, convém, uma vez que se trata de encontrar uma noção precisa, usar do termo próprio, do termo técnico do que, em Economia Política, se chama *utilidade*, e é mercadoria. Mercadorias são tôdas aquelas utilidades econômicas, são tôdas aquelas vantagens econômicas que servem para a satisfação das necessidades do homem. E, si temos em D. Comercial esta palavra técnica, devemos usá-la de preferência a qualquer outra expressão, muito embora sejam aceitáveis, com relação à Economia Política, outras expressões, como, por exemplo, *bens econômicos, riquezas, utilidades*. Esta mediação especulativa entre a oferta e a procura deve recair sôbre as *mercadorias*, que correspondem aos *bens econômicos, riquezas, utilidades*.

Mas de que modo age, ou para que fim age o ato de comércio? Para que fim se exige do comerciante êsse ato de comércio, ou de que modo se exige do comerciante? Pela definição há pouco apontada de VIDARI, os atos de comércio têm uma tríplice fim: efetuar, facilitar e promover a circulação das riquezas; outros dizem, como SUPINO, que os atos de comércio apenas operam e facilitam a circulação das riquezas. O comércio deve, não há dúvida

nenhuma, efetuar, promover, facilitar a troca, a circulação econômica, mas nós podemos encontrar um termo que abranja tôdas estas modalidades do exercício do comércio, dizendo, por exemplo, que esta mediação, esta função orgânica é preordenada, predisposta à circulação dos bens.

Em vez de dizer que os atos de comércio promovem ou aumentam a circulação, podemos dizer que essa circulação, essa função orgânica é preordenada e predisposta para êsse fim. Mas preordenada ou predisposta, a que fim? Em Economia Política distinguem-se as indústrias pelo modo porque removem os obstáculos, as dificuldades. A indústria de transporte remove a dificuldade da distância entre os mercados de produção e os de consumo; a indústria da troca remove a dificuldade que havia de o consumidor ter necessidade de ir aos mercados de produção para aí se prover das utilidades de que êle necessitava para suas próprias necessidades; mas no D. Comercial estas duas indústrias se confundem debaixo da mesma relação jurídica. O D. Comercial tanto domina as relações provenientes pròpriamente da transmissão ou troca como as provenientes do transporte das mercadorias. Dizer, portanto, que esta função orgânica é preordenada, não tanto à troca, como à circulação das riquezas, é abranger, como bem se vê, todas as relações jurídicas no domínio do D. Comercial.

Justificados assim cada um dêstes termos, pode-se dizer que a definição mais aceitável no direito clássico é a que tem os dois elementos, o elemento econômico, que é a mediação, e o elemento jurídico, que é a especulação, ambas sendo preordenadas à circulação das riquezas.



### III

**Ato de comércio ou mercancia. Teorias que tentam caracterizá-lo. Elementos componentes, consoante a opinião comumente recebida na escola clássica: mediação e especulação.**

Antigamente não se encontrava distinção entre os atos de comércio prõpriamente ditos e os atos da vida civil. Mais tarde os atos de comércio foram apenas considerados em suas relações subjetivas, isto é, em relação ao sujeito que os praticava: desde que o comerciante pertencesse a uma corporação dêsse ofício, dessa profissão, todos os atos que êle praticasse eram atos comerciais.

Que é o comércio? Que é ato de comércio? Quais os seus sinais reveladores? Por que se distingue a commercialidade de um ato? Em tôdas estas questões apresentam-se dificuldades, senão impossibilidades.

Que é um ato de comércio?

Ato de comércio é um ato jurídico, e ato jurídico é a revelação da atividade do homem no criar, no modificar, no extinguir um direito. O ato jurídico é, como disse o Projeto de Código Civil Brasileiro, *um ato lícito que tem por fim imediato adquirir, modificar, conservar e criar direitos*. Êste ato lícito, êste ato jurídico, compõe-se de três elementos: a capacidade do agente, o objeto dêsse mesmo ato e a forma preestabelecida ou facultada pela lei, e que deve revestir êsse ato. O ato jurídico, pois, é um ato lícito. Ora, os atos de comércio podem ser ilícitos porque dos atos ilícitos podem derivar-se obrigações e negociações comerciais. Bastam dois exemplos para comprovar êste asserto: -- Quando se trata de violar o privilégio de patente de invenção (Decr. de 14 de outubro de 1882), os atos praticados por aquêle que o viola são até punidos por lei; entretanto, daí se derivam negociações comerciais. O indivíduo que abusa ou viola a firma alheia, firma reconhecida de acôrdo com o Decr. de 24 de outubro de 1890, pratica um

ato ilícito, e dêle, entretanto, se derivam negociações e obrigações comerciais. Se o comércio é um ato lícito, não pode absolutamente abranger atos ilícitos; ora, os atos ilícitos fazem também parte das negociações comerciais; portanto não parece correta a expressão ato de comércio para caracterizar todos os atos que entram nas relações de Direito Comercial. Por isso é que alguns autores, em vez da expressão ato de comércio, usam da expressão fato de comércio, por poder êste ser lícito ou ilícito; si é um fato lícito, é um ato jurídico; si é um fato ilícito também dêle se derivam obrigações comerciais: o fato ilícito é fonte de obrigações.

A denominação ato de comércio é igualmente aceita, quer na doutrina, quer nos códigos. É verdade que os códigos modernos, quando tratam de relacionar aquêles diferentes atos que formam o conjunto do comércio, dizem: atos de comércio, atos comerciais. O nosso código não usa da expressão ato de comércio (1), mas emprega a expressão negócio de comércio (art. 18, tit. 1), ou as expressões: negociação de comércio, negociações mercantís, direitos e obrigações, fatos de D. Comercial (arts. 14 e 16, tit. único). A expressão técnica do nosso direito é mercancia, (art. 19 do Decr. de 5 de novembro de 1850). Assim, em relação aos códigos, não é uniforme a denominação do que comumente se chama — ato de comércio. Em relação à doutrina, porém, esta expressão é corrente.

É preciso também não confundir o que se chama em doutrina ato de comércio e a matéria comercial, que os commercialistas, na Alemanha, principalmente, costumam distinguir. No seu último trabalho sôbre o Direito Comercial Alemão, COSACK usa distintamente da expressão matéria comercial para significar em globo todos os atos comerciais, lícitos ou ilícitos, ficando a denominação ato de comércio para aquêles atos jurídicos que são praticados

---

(1) Entenda-se: usa, mas incidentalmente, como no art. 30 do Código, e no art. 14, § 3 do Reg. 737 de 25 de novembro de 1850.

por comerciantes no exercício de sua profissão industrial. Vê-se, pois, que a denominação matéria comercial abrange os atos de comércio e mais outros atos que não pertencem a essa espécie, ao passo que o ato de comércio é sempre um ato lícito praticado pelo comerciante no exercício de sua profissão, comercial ou industrial.

Os atos de comércio distribuem-se em várias classes: assim, existem atos de comércio *objetivo* ou *absolutos*, segundo a classificação alemã, atos *relativos*, atos que são comerciais *pela forma*, atos que são *accessórios* aos outros atos verdadeiramente comerciais. Ora, quando se pretende dar uma noção do ato de comércio, pretender-se-á, por ventura, abranger todos êsses atos, objetivos, de simples relação, de simples forma comercial, de simples accessão?

A escola clássica entende que da natureza íntima dos atos de comércio se podem deduzir os elementos característicos para separá-los dos atos da vida civil; confessa que, quando dá a noção de ato de comércio, tem apenas em vista o ato objetivo do comércio. Quando se dá, pois, a noção do objeto do comércio, segundo a escola clássica, não se abrangem todos os atos de comércio, mas somente os atos objetivos, atos *re ipsa*, cuja comercialidade resulta da natureza íntima dêsse mesmo ato. A escola clássica não conseguiu, pois, dar uma noção geral, uma noção ampla que abranja todos os atos que são disciplinados pelo Direito Comercial. Para se ver que não tem razão a doutrina da escola clássica, quando pretende dar uma noção incompleta do que seja ato de comércio, lógico é reconhecer que é impossível superar as dificuldades que há em encontrar uma noção que abranja em seu âmbito todos os atos comerciais regulados pelo D. Mercantil. Essa dificuldade que a escola clássica encontra em dar uma noção do que seja ato de comércio, abrangendo os atos objetivos, accessórios e os atos cuja forma apenas é comercial, ainda se revela quando ela trata de definir o ato *re ipsa*, o ato objetivo. Os próprios comercialistas desta escola confessam a dificuldade, senão a impossibilidade, mesmo com relação ao

ato objetivo de comércio, de dar uma noção aceitável. LYON CAEN, tratando de dar um sistema científico sôbre os preceitos do Direito Comercial Francês, quando trata de fazer a discriminação dos atos de comércio, declara sem reserva que o legislador não seguiu um sistema científico, que não se deixou guiar por considerações científicas nem abstratas, e que a discriminação dos atos do D. Comercial Positivo Francês não obedece a um princípio racional. Entre nós, TEIXEIRA DE FRITAS, na elaboração do Projeto de Código Civil, declara que a discriminação dos atos de comércio e do civil é exorbitante, arbitrária, por não se encontrar um critério científico suficiente para se poderem separar ou isolar um dos outros atos. VALBRÈGUE disse que o ato de comércio tem o seu caráter dominante na especulação, na intenção de lucro: entretanto êle é o primeiro a dizer que a intenção do lucro, o fito de especular é insuficiente quando a pessoa vende os produtos da sua lavoura, porque os atos praticados pelos lavradores, embora no intuito de lucrar, não constituem atos de comércio. Diz êle também que alguns entendem que o ato de comércio revela um direito transitório, recai sôbre as mercadorias em movimento, é um modo da circulação econômica, e, entretanto, entram na direção, nas regras que o Direito Comercial expende para disciplinar êsses mesmos atos. Diz, em terceiro lugar, que outros encontram o característico do ato de comércio na circulação dos produtos, e êle então observa que êste critério não pode ser aceito porque há circulação de produtos que não é disciplinada pelas regras de Direito Comercial.

O próprio THALLER declara que o ato de comércio, para êle, está em todo e qualquer ato que intervenha na circulação econômica; confessa, entretanto, que a sua noção é ampla demais, e, por conseguinte, abrange um campo demasiadamente maior do que aquêle em que se deve conter o Direito Comercial, o que importa, diz êle, em que essa noção não pode ser recebida, porque não se pode, em noções amplas, abranger todos os elementos e todas as pro-

priedades do objeto definido. Ora, a noção que êle apresenta é, com efeito, inaceitável. Diz êle que o ato de comércio é todo o ato de uma profissão que tenha por fito o lucro, mas, acrescenta, esta noção só pode ser recebida mediante três condições: não entrem nela todos os atos provenientes dos officios manuais, nem os atos derivados das profissões liberais e nem os atos derivados da cultura do solo, da agricultura, da indústria agrícola.

É, pois, difficil encontrar uma noção precisa do que seja ato de comércio, que revele a sua natureza íntima e reúna os elementos indispensáveis para com êles se poder discriminar os atos de comércio dos atos da vida civil. Porisso é que BENEVIDES, no seu livro *Dos Contratos Comerciais*, declara que, no estado atual da ciência, ainda se não encontra um critério lógico para se poder fazer a discriminação dos elementos constitutivos dos atos da vida comercial e dos atos da vida civil.

Apezar disso, alguns comercialistas têm feito tentativas, infelizmente falhas, para indicar os sinais reveladores da natureza íntima do chamado ato objetivo do comércio. BOISTEL, por exemplo, declara que o sinal distintivo do ato de comércio está em ser êle um direito transitório, recair sôbre os fatos da circulação das riquezas ou mercadorias. Quando êle trata, entretanto, de dar a noção do que seja um ato de comércio, diz que êste só o é tal para o agente que, como intermediário, especula sôbre o valor do objeto de contrato. Refere-se êle à relação subjetiva, isto é, do agente que opera sôbre o valor desse mesmo objeto, o que vale dizer que êle, para dar a noção do ato objetivo do comércio, leva em mira a sua relação subjetiva, isto é: do ato em relação ao agente que o pratica. OBARRIO diz que o ato de comércio é *uma negociação sôbre cousas móveis com o intuito de lucro*. A limitação — *cousas móveis* — sôbre as quais deve recair o ato de comércio, é o principal defeito desta definição, e razão sufficiente para se não poder aceitá-la, porquanto hoje, não só na doutrina como na própria legislação dos povos cultos, o ato de comércio pode recair

sobre objetos imóveis. Outros, como VIDARI, BESLAY, MANARA, THÖLL, BERHEND e outros comercialistas da escola clássica entendem que se deve procurar os elementos característicos do ato de comércio objetivo — no elemento de mediação e no de especulação. Outros entendem que o característico distintivo do ato de comércio está apenas na mediação; e outros ainda entendem, como RUBEN DE COUDER, que êle está, não no elemento da mediação, mas no da especulação. CIPELLI, comercialista italiano, o primeiro que tentou organizar cientificamente um sistema de atos de comércio, disse que o ato objetivo de comércio depende de três elementos: em primeiro lugar, a *especulação* ou o intento de lucro; em segundo lugar, é preciso que o ato de comércio recaia sobre *matéria hábil*, e, em terceiro lugar, que haja *eventualidade de lucro ou prejuizo* para o capital empregado na transação comercial. LYON CAEN, confessando que na legislação comercial francesa não se encontra um critério lógico aceitável para se poder fazer a discriminação dos atos de comércio, diz implicitamente que êsse ato não pode ser definido, o que equivale a afirmar que é inteiramente arbitrária a separação, a enumeração feita pelo código do que seja ato de comércio. Há, porém, outros escritores mais modernos, e entre êles APPERT, que tentaram ver si era possível organizar uma noção, uma definição em que se pudesse abranger todos os atos comerciais, isto é, todos os atos comerciais objetivos, porque, em relação aos atos subjetivos, acessórios e de simples forma comercial, a própria escola clássica reconhece que é impossível dar uma noção, mesmo aproximativa.

APPERT declara que o ato de comércio pode resultar da combinação destes três elementos: primeiro, de uma *intermediação* entre a oferta e a procura das utilidades que servem para a satisfação das necessidades do homem; segundo, que esta mediação seja movida pela *especulação*, que haja intuito de lucro; terceiro, que esta mediação e especulação *recaiam exclusivamente sobre bens móveis*, excluindo, portanto, os bens imóveis. Ora, a mesma obser-

vação que acabamos de fazer sôbre a noção de OBARRIO, pode-se também fazer sôbre esta que êle declara, todavia, ser a mais aceitável, porque os atos de comércio recaem não sômente sôbre os bens móveis, mas ainda sôbre os imóveis. Se APPERT diz que o ato de comércio exclui as negociações sôbre bens imóveis, não dá, porisso mesmo, uma noção ampla, que abranja os atos objetivos, os atos *re ipsa* de Direito Comercial.

Dessas noções se colige, pois, que — si uns entendem que o ato de comércio é apenas um direito transitório sôbre a circulação dos bens; si outros entendem que êle se restringe tão sômente à mediação; si ainda outros entendem que êle é todo ato ou fato que envolve o movimento da circulação econômica — entretanto é certo que a maioria dos comercialistas da escola clássica entende que é do conjunto da mediação e da especulação que se devem retirar os lementos indispensáveis para se poder determinar e precisar o que seja um ato de comércio.

Que é, pois, mediação? Que é especulação?

A produção é a criação de uma utilidade, de uma riqueza indispensável para as necessidades humanas; o consumo é o extremo, é a adaptação, o emprêgo, a aplicação dessa riqueza às necessidades do homem. São, como diz APPERT, os dois polos da circulação econômica dos produtos. É preciso, portanto, um vínculo que ligue êsses extremos. Todos os atos que pertencem à produção e todos os que pertencem ao consumo não são considerados como atos de comércio porque não são mediadores ou especulativos entre êsses dois têrmos da produção e do consumo. Para que o ato econômico se transforme em ato jurídico ou fato jurídico do comércio, é necessário que êle entre nessa circulação, nessa série de movimentos que há entre a produção e o consumo, isto é que seja um fenômeno econômico da circulação. Mas nem tôda a mediação, nem todo o ato entre a produção e o consumo pode ser considerado como um ato de comércio, ou, por outra, nem todas as mediações podem ser consideradas como ato de comércio, co-

mo um dos seus elementos componentes. Já na produção, já no consumo, e principalmente na produção, há mediações que são consideradas atos de comércio. E muito bem observa MANARA que o produtor é, não só produtor das utilidades que êle cria, que êle aumenta, mas é também consumidor de outras utilidades; o agricultor pratica um ato de mediação quando se dirige às indústrias fabrís para adquirir os instrumentos necessários à sua lavoura. É também mediador quando entrega os produtos da lavoura à satisfação das necessidades do consumidor; entretanto, nenhum dos atos de comércio, não têm a mediação peculiar, essencial, singular de tais atos. A mesma cousa se dá em relação às indústrias fabrís: o industrial vai procurar a matéria prima — é, portanto, um intermediário entre a sua própria indústria e a indústria à qual êle vai buscar as máquinas, os utensílios, a matéria prima de que precisa para transformar em artefatos para depois vender ao consumidor. Na indústria extrativa, os indivíduos que exploram essa indústria também procuram os utensílios necessários para a exploração das minas, por exemplo, e então são mediadores entre os produtores dêsses utensílios e máquinas de que precisam para aplicar na exploração dessas minas, e são mediadores em relação ao consumidor a quem entregam êsses minérios inteiramente transformados.

A mediação, para entrar como elemento do ato de comércio, precisa ser um ato principal. Desde que fôr secundária e auxiliar, não pode entrar como elemento componente do ato de comércio. A mediação, recaindo sôbre o fato principal, estabelece uma relação, um vínculo entre a produção e o consumo. Na sua definição, a ilustrada cadeira declarou que o comércio é essa mediação econômica com o fito de especular, preordenada à circulação das riquezas, e esta relação entre a oferta e a procura é que constitui o primeiro e principal elemento componente do ato de comércio.

A mediação, observa BESLAY, pode-se dar entre industriais diferentes, como entre a agricultura e o comércio.



O comerciante vai ao agricultor, ao vinhateiro, compra o seu vinho e vai revendê-lo ao consumidor, na proporção das necessidades dêste. A mediação também se pode dar entre indústrias diferentes, tomada a palavra indústria no seu sentido próprio, restrito. O fabricante de panos vai procurar a matéria prima para transformá-la em artefatos para revender a outras indústrias que preparam os mesmos panos, como o alfaiate.

A mediação é, pois, elemento primordial, indispensável para a existência do ato de comércio.

— Vejamos a — especulação.

Além do sentido técnico, a palavra é tomada no de negociar, comerciar, em que é considerada como o segundo elemento para a construção da definição de ato de comércio. Os contratos de comércio são sempre *onerosos*, e contratos onerosos são aquêles que não são benéficos, são contratos que dão lucro, e êste lucro pode ser estimado em dinheiro. Um ato de comércio pode ser um ato de mediação, de intervenção na circulação; mas, si o movimento das riquezas não é guiado pelo pensamento de lucro, êsse ato não pode ser considerado como um ato de comércio. É preciso haver na mediação o fito de ganhar. Sòmente nessas condições é que a mediação perde a sua amplitude geral para tomar o seu sentido restrito e servir de elemento predisponente à construção da nação de comércio.

Todos os atos humanos, mesmo os civis, são levados por um interêsse. Ninguém pratica um ato qualquer sem ser levado a essa prática por um interêsse mais ou menos intenso, mais ou menos enérgico; mas não é a especulação em geral que constitui um dos elementos do ato de comércio; é preciso que a mediação seja causa de lucro, que o comerciante especule sòbre a mediação. Desde que ela não esteja na relação do efeito para a causa, não pode ser considerada como elemento componente do ato de comércio.

É preciso, além disso, que esta especulação, que recai essencialmente sôbre a mediação indispensável para que êsse ato seja considerado como elemento do comércio, é necessário que seja simultâneo ao ato da mediação. Suponhamos o seguinte fato: há um indivíduo que quer entrar para a profissão comercial. Abre o seu estabelecimento, faz compras de tôdas as mercadorias que pretende revender ao consumidor ou a retalho, e, entretanto, antes de operar a primeira venda, como muitas vêzes acontece, êle fecha o seu estabelecimento: todos os atos praticados por êste indivíduo, que comprou mercadorias com o intuito de revendê-las, isto é, de especular sôbre a mediação, são atos comerciais. Êle responde pelas obrigações contraídas por êsses atos perante a jurisdição comercial, embora não tivesse realizado o seu lucro e a sua especulação porque não vendeu nenhuma das mercadorias.

Outro. Um negociante compra mercadorias para o seu próprio consumo, e, mais tarde, resolve vendê-las por lhe sobrarem talvez das suas necessidades. Êsse ato não é comercial porque a intenção do lucro não é simultânea à mediação, ao ato pelo qual êle comprou essas mercadorias. Ao inverso, si o negociante adquirir mercadorias para revender, e depois resolve destiná-las ao seu próprio consumo, o ato, nem porisso, deixa de ser comercial: a intenção do lucro foi simultânea ao ato da mediação. Não é o fato de lucrar que constitui a especulação comercial, mas apenas a intenção do lucro, que, muitas vêzes, é obscura. O ato praticado pelo comerciante, um ato comercial por êle feito não denuncia, na sua exterioridade, a intenção que moveu o negociante a praticar êsse ato. Quem vê o comerciante comprar uma mercadoria qualquer, não sabe se êle a comprou para o seu uso próprio ou para revendê-la. A intenção é elemento subjetivo e, porisso, surgem muitas vêzes obscuridades e incertezas quanto ao saber si o ato praticado pelo comerciante foi efetuado com o intuito de especular ou como um ato comum da vida.

Além disso, especulação não quer dizer que o comerciante na realidade obtenha lucro nas operações em que entrou. Pode comprar mercadorias e revendê-las por preço abaixo do custo e, nem porisso, deixa de praticar um ato de comércio, porque deve haver o *evento* de dano ou de lucro, um elemento aleatório, como elemento predisponente do que se chama — especulação comercial.

Conclui-se, pois, que nem tôda a mediação mesmo entre a oferta e a procura, é um ato de comércio; é preciso que esta mediação seja o ato principal na operação do agente que pratica êsse ato, e que êsse ato seja preordenado à circulação econômica das riquezas. Nem tôda a especulação é um ato de comércio: é preciso que essa especulação seja simultânea ao ato da mediação e recaia sobre ela; é preciso que esta especulação seja apenas um elemento eventual, um elemento aleatório.

Estes são os dois elementos que a escola clássica apresenta como característicos indispensáveis e uniformes do ato objetivo do comércio. Quando estudarmos o ponto seguinte, entrando na análise da natureza dos diferentes atos objetivos e subjetivos, veremos alguns atos considerados como atos objetivos de comércio pela escola clássica e nos quais falham um ou dois desses elementos.

Da exposição, não se infira que o ilustrado catedrático aceita as doutrinas da escola clássica: regeita *in limine* a possibilidade de se dar uma noção aproximada do que seja ato de comércio. Entre nós, mesmo na jurisprudência, na doutrina, vêem-se princípios estabelecidos em contrário da doutrina clássica. Encontram-se, principalmente na jurisprudência, atos do poder judiciário dispensando inteiramente a mediação como elemento indispensável para a criação do ato de comércio, e apenas dizendo que é necessário, tão somente, a especulação. Desde que um ato seja de especulação, levando em si a intenção do lucro, para alguns tribunais isto só basta para desclassificar estes atos da massa dos atos civis para serem considerados atos

de comércio. Por aí se vê a incerteza que reina nesta matéria.

#### IV

**Principais classificações dos atos de comércio**

- a) **Atos objetivos ou absolutos; atos subjetivos ou de relação: teoria do acessório.**
- b) **Comercialidade dos atos por natureza, conexão ou dependência, força ou autoridade da lei.**
- c) **Atos mistos.**

**Sistemas seguidos nas legislações contemporâneas. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 19.**

A noção de ato de comércio dada pela escola clássica, como sendo uma *mediação especulativa entre a oferta e a procura*, não abrange todos os atos que são disciplinados pelo Direito Comercial. Segundo a doutrina do chefe da escola clássica, VIDARI, a comercialidade de um ato depende do estudo, de investigação de sua natureza íntima; não é consentâneo com os princípios da ciência que o legislador deixe de parte o critério que lhe fornece a natureza íntima do ato objetivo de comércio, para criar um critério diferente que não está de acôrdo com a substância desse mesmo ato.

Ora, se a noção do ato de comércio não abrange todos os atos comerciais e considerados como tais na doutrina e na legislação, foi necessário, para se poder abranger toda a série de atos comerciais, que se fizesse a classificação desses atos, e, então, se atribuisse a noção de ato de comércio dada pela escola clássica, tão somente aos atos objetivos de comércio, procurando-se uma fórmula científica para poder abranger os atos que não estivessem de conformidade com os elementos do ato objetivo de comércio. Daí, a necessidade das classificações. Os escritores da escola clássica, como adiante veremos, não estão de acôrdo

sôbre o número e qualidade das classificações pelas quais se devem dividir os atos comerciais.

Atos objetivos de comércio são, segundo a escola clássica, aquêles que, por sua própria natureza, indicam os elementos da comercialidade.

A principio a doutrina e as legislações apoiaram-se exclusivamente no elemento subjetivo do comércio. Todos os atos praticados por um indivíduo pertencente à corporação dos comerciantes eram, por êsse mesmo fato, considerados como atos comerciais. E atos, que, por sua natureza, deviam ser considerados comerciais, quando praticados por individuos que não pertencessem à corporação dos comerciantes, não eram, nem pela legislação, nem pela doutrina, considerados atos de comércio. Preponderava, então, o elemento subjetivo: era a qualidade da pessoa que praticava o ato que refletia sôbre êsse mesmo ato, reunindo-o à conta dos atos comerciais. Mais tarde, porém, desaparecidas as corporações de artes e ofícios, implantado o sistema de liberdade do trabalho e do comércio, não sendo mais o comércio, como indústria, privilégio de uma classe, procurou-se saber por que modo se deveriam dirigir os legisladores e a doutrina para determinar quais os atos de Direito Privado que deviam pertencer ao Direito Comercial. Veio, pois, o sistema objetivo, deixando-se de lado o subjetivo, que não mais se podia invocar, porque haviam desaparecido as corporações de arte e ofícios, procurando-se, da natureza íntima dos atos, deduzir a sua comercialidade. Êste é o sistema em geral preponderante na doutrina e na legislação dos povos cultos. Sendo objetivo o ato comercial, é indiferente a qualidade da pessoa que o pratica. Qualquer individuo, que, por hábito ou não, sendo comerciante ou não, pratica um ato da ordem daqueles que a doutrina chama atos objetivos, êsse ato continua sendo comercial, muito embora tenha sido praticado, habitualmente ou não, por um comerciante ou pessoa que não exerça o comércio. Na doutrina alemã encontram-

-se classificados como atos absolutos, atos que independem, por absoluto, das circunstâncias que os cercam, e têm, por conseguinte, na sua natureza, os dois elementos indispensáveis da comercialidade. Assim é que ENDEMANN, estudando o antigo Código Alemão, dá a seguinte definição de ato de comércio: — *é todo aquêlê ato que, praticado habitualmente ou não, por comerciante ou pessoa que não seja comerciante, deve ser considerado como comercial.*

Esta doutrina, porém, está perdendo terreno na ciência alemã, porque o novo Código, deixando de parte o critério objetivo, reproduziu o antigo critério subjetivo. Si no código alemão anterior os atos comerciais o eram por sua própria natureza, quando apresentavam os elementos da mediação e especulação entre a oferta e a procura, — pelo novo Código de 1900 os atos comerciais são considerados exclusivamente na sua relação subjetiva, porque o define como *todo aquêlê ato praticado pelo comerciante no exercício do seu comércio.*

Os atos objetivos são, por sua natureza, comerciais, diz a escola clássica, são atos *re ipsa* mercantis, atos comerciais propriamente ditos. No seu *Tratado sobre os atos de comércio de relação*, expõe DUCHANGE perfeitamente êstes diferentes agrupamentos de atos de comércio. Entende que não é possível estabelecer um *abstractum* idêntico para todos os atos de comércio, e diz que apenas pelo laço da forma é que se extremam os atos civis de atos comerciais. Êle diz: na grande, na vária aglomeração dos atos da vida comercial podem ser encontrados dois grupos distintos: atos que, por seu próprio movimento, entram no domínio do Direito Comercial, e êstes atos são chamados — *principais, absolutos* ou *objetivos* pela escola clássica — e atos que entram sob o domínio da disciplina, das regras do Direito Comercial, não por um impulso próprio, mas por impulso estranho, e devem ser chamados atos de *relação*,

*subjetivos* ou *accessórios*. O ato que entra por seu próprio movimento no domínio da disciplina do Direito Comercial, é um ato de comércio, não obstante as várias circunstâncias em que êsse ato se realize, ao passo que os atos relativos não podem ser comerciais senão quando se tornam uma dependência, uma acessão, quando se destinam propriamente a completar o ato principal do comércio.

É conhecida a definição dada por VIDARI do comércio, e, por conseguinte, do ato de comércio. Êle declara que o ato de comércio é *o ato de mediação com o fito de especular entre a oferta e a procura*. É propriamente o ato que promove, efetua, facilita a circulação das riquezas. Por essa definição aplicada à exposição de DUCHANGE, vê-se que êle chama *ato objetivo* àquele ato *que efetua, realiza a circulação das riquezas*, e, *ato relativo, subjetivo ou accessório* àquele ato que *sòmente promove, facilita ou auxilia a prática do ato objetivo, dos atos propriamente comerciais*.

Esta noção não apresenta um critério seguro, é inteiramente falaz e não se aplica a todos os atos de comércio, mesmo aos atos de comércio objetivos.

Entre os atos de comércio alguns existem que dão em relêvo os elementos da mediação e da especulação. Tome-mos como um ato típico, como ato modêlo das operações comerciais, a compra e venda. A compra e venda é um ato que revela mediação, é uma relação que se estabelece entre o produtor que cria as utilidades e o consumidor que precisa de adaptá-las às suas próprias necessidades. O contrato da compra e venda, pois, é um contrato de intervenção entre a produção e o consumo. E oferece também o elemento especulativo: o negociante que compra ao produtor os produtos necessários para o consumo, explora sôbre a passagem, explora sôbre a circulação dessas utilidades ou dêsses produtos, de modo que é um ato de especulação, o comerciante leva interêsse pecuniário nessa operação em que êle se intromete entre a produção e o con-

sumo. Porisso é que, no Direito Romano, quando ULPIANO tentava definir o que era comércio, considerava como ato típico, das operações comerciais, a compra e venda, dizendo que o *comércio era o direito recíproco de compra e venda*. Assim também a doutrina e as legislações modernas a consideram e apresentam, em primeiro lugar, como exemplo do ato objetivo de comércio, a compra e venda. No nosso Decr. 737, de 25 de novembro, art. 19, na primeira classificação dos atos de mercancia, se indica exatamente a compra e venda de efeitos móveis e semoventes.

Se realmente existem alguns atos que apresentam a mediação e a especulação perfeitamente definidas, frisantemente indicadas, outros atos, por absoluto, ou não apresentam o elemento da mediação ou o da especulação, e, apesar disso, a doutrina clássica considera-os como atos objetivos de comércio.

Vejamos um exemplo. Todos consideram como atos objetivos de comércio as transações que giram em torno da letra de câmbio, que é hoje um papel de crédito que circula como a própria moeda e tem como interventores duas pessoas: o sacador ou credor e o sacado ou devedor. Podem ainda intervir nelas outras pessoas, como o endossante, todos êles sendo solidários e responsáveis pelo cumprimento e pagamento da letra. Ora, a letra de câmbio nem sempre é um ato de especulação, nem sempre quem intervém nela tem o fito de lucrar ou de auferir vantagens. Com efeito, entre as letras de câmbio numeram-se também as chamadas *de favor, por complascência*: um comerciante, que precisa de outra firma para poder descontar o seu título em um banco, dirige-se a um amigo, e êste, por complacência, por favor (têrmos técnicos em Direito Comercial) presta a sua assinatura, sem outro interêsse que não seja servir êsse amigo, ou como sacado, ou como sacador, ou como endossante da letra de câmbio. Mesmo em relação aos atos objetivos, pois, não se pode dizer que seja geral



a interferência da especulação para determinar a comercialidade desses mesmos atos.

Outro exemplo são os armazéns gerais, estabelecimentos que recebem mercadorias em depósito. Os armazéns gerais, que pertencem às corporações com fins cíveis, não às comerciais, regulados pela nossa lei de 21 de novembro de 1903, podem receber mercadorias em depósito, e, entretanto, não praticam um ato de comércio. Muito embora as mercadorias entrem nos armazéns gerais, estes depósitos feitos nos armazéns das corporações cíveis, considerados, aliás, como um ato de comércio, não têm, não oferecem o elemento da especulação, que, segundo a escola clássica, é o elemento indispensável para caracterizar o ato absoluto de comércio.

Com relação ao comércio marítimo, nós temos o contrato de fretamento, que é o aluguel que se faz de um navio para uma ou mais viagens. Quando estas são feitas para o transporte de mercadorias, que é uma operação acessória do ato de comércio, ainda se pode ver que este fretamento pertence à soma, ao grupo dos atos de comércio objetivos. Mas quando se trata, por exemplo, do fretamento de um navio para uma expedição científica, bem se conclui que este fretamento não pode ser considerado como tendo o elemento primordial da especulação, para ser tido na conta de ato comercial. Qualquer que seja o fim para o qual se frete, entretanto, o navio, ou seja para o transporte de mercadorias e passageiros, ou para fins inteiramente diferentes aos comerciais, como o transporte de uma expedição científica aos polos, esses fretamentos são considerados, por sua própria natureza, atos comerciais, definidos e disciplinados pelo nosso Código nos arts. 566 e seguintes.

Há, também, atos de comércio em que falta o elemento da mediação. As legislações modernas consideram como um ato comercial a compra de ações de companhias ou de sociedades comerciais, muito embora os indivíduos que comprem essas ações queiram apenas um emprêgo para

o seu capital. Não é para especular, para revender, para tentar lucro, questão de ágio ou de cotação desses títulos que os indivíduos as compram, mas simplesmente para empregar as suas economias. Desaparece, pois, inteiramente, a mediação. Esses indivíduos que compram essas ações dessas companhias ou dessas sociedades não estabelecem uma intervenção comercial, uma mediação mercantil: êste é, entretanto, considerado pela doutrina e pelos códigos como um ato objetivo, absoluto e principal de comércio.

É preciso, portanto, concluir, mesmo com alguns escritores, como MANARA, que estabelece a distinção entre atos subjetivos e objetivos, e entende que existem atos objetivos de comércio pela mediação e especulação, é preciso concluir com êles que, modernamente, a doutrina ainda não tem um critério uniforme para poder determinar a natureza íntima dos atos objetivos de comércio, e, por consequência, deduzir dessa natureza íntima os elementos de discriminação e classificação.

Há, além disso, na doutrina clássica, alguns pontos de contradição. Apontamos um. VIDARI, que é o chefe incontestável da escola, e que, reproduzindo o que há pouco disse, declarou no seu *Tratado de Direito Comercial* que a comercialidade de um ato devia ser perscrutada na sua própria natureza, na sua essência, na sua substância, mais tarde virá dizer que não existem atos objetivos nem subjetivos de comércio, que é completamente incorreta a classificação daqueles que entendem que há atos comerciais por sua própria natureza, porquanto os atos comerciais apenas o são por um simples vínculo de relação. Em um artigo posteriormente publicado em seguida ao seu *Tratado*, declara que o verdadeiro caráter do ato está no fim com que é praticado pelo comerciante. Não é pela natureza íntima dos atos, portanto, que se lhes pode descobrir a comercialidade, porisso que depende apenas do elemento intencional do indivíduo que pratica o ato. Se o fim do ato é comercial, êste ato é considerado como tal, e, se, ao contrá-

rio, o fim não é comercial, o ato não o será também. Desaparece absolutamente o critério indispensável para indicar que os atos devem ser considerados comerciais por sua natureza, quando êle declara mais tarde que é apenas o elemento da intenção que caracteriza êsse mesmo ato.

Ainda está em contradição com a sua definição de ato de comércio. Declara que atos de comércio são aquêles que efetuam a circulação das riquezas, ou que apenas a promovem e auxiliam. Por esta definição parecia admitir distinção entre atos objetivos, isto é: atos que, de fato, operam a circulação, e atos relativos, isto é: atos que apenas promovem a circulação das riquezas.

No entanto, vem mais tarde dizer que não se admite esta classificação dos atos em objetivos e subjetivos.

### Teoria do Acessório

Chama-se ou diz-se *teoria do acessório* dos atos de comércio, aquela que estuda a natureza dos atos objetivos de comércio, em contraposição aos atos objetivos, atos comerciais pròpriamente ditos ou atos absolutos. É vária a denominação com que se caracterizam na doutrina êstes atos subjetivos: — uns os chamam *atos de relação*, outros — *atos por destino*, outros — *atos relativos*, outros — *atos acessórios*, outros — *atos subjetivos*, e outros — *atos derivados*. No direito alemão êstes atos são chamados: *negócios comerciais acessórios* ou *negócios comerciais derivados*. Não é indiferente, entretanto, para a teoria do acessório dos atos de comércio, usar indistintamente de uma ou de outra dessas expressões. As expressões: *atos subjetivos*, *atos derivados*, *atos acessórios*, *atos dependentes*, *atos conexos*, com que a doutrina ordinariamente indica êstes atos que entram na teoria do acessório, não exprimem perfeitamente a natureza dêstes atos. Seria melhor dizer: *atos de relação*, *atos por destino*, *atos que promovem*, *atos que facilitam a circulação das riquezas*, isto

é, atos que integram a comercialidade objetiva dos atos de comércio pròpriamente ditos.

No nosso direito não temos nem a expressão *atos objetivos* nem a expressão *atos absolutos* para determinar os atos de comércio pròpriamente ditos, e menos ainda temos denominação técnica com relação a êstes outros atos que entram na teoria do acessório dos atos de comércio. Assim, nos arts. 18 e 21, tit. único do nosso Código Comercial, só se fala em *direitos* e *obrigações, atos* ou *obrigações* que devem ser disciplinados pelo Direito Comercial.

Entre os escritores pátrios, o que melhor trata do assunto é o sr. CARVALHO DE MENDONÇA. Êle refere que os atos são chamados *subjetivos* quando têm uma relação íntima, indissolúvel com os atos de comércio pròpriamente ditos; são atos que se referem ao exercício profissional do comércio e que integram o ato comercial na profissão mercantil. Chama também êstes atos: *atos por conexão, atos por dependência*.

Vejamos o fundamento da teoria do acessório.

A opinião geralmente corrente e perfeitamente elucidada por APPERT no seu *Tratado dos atos comerciais terrestres*, diz: *o acessório segue sempre o principal*. Por isso, desde que o ato é um ato acessório, dependente, subservente, como diz DUCHANGE, êste ato deve ser considerado como um ato relativo, de destino comercial; não é um ato objetivo, mas simplesmente um ato subjetivo.

Esta teoria, entanto, encontra opositores, como DUCHANGE, por exemplo, quando trata dos atos de comércio por meio de relação. Entende êle que o princípio da teoria do acessório — o acessório segue o principal — não é fundamento legítimo da teoria, porque, no direito francês, nem todos os atos acessórios podem ser considerados como comerciais. Assim, é doutrina corrente naquele direito que a fiança dada por um terceiro para garantir uma obrigação comercial, embora seja um ato dêste terceiro não é, no direito francês, considerado como

um ato relativo de comércio, como um ato dependente de comércio. Segundo DUCHANGE, portanto, não se pode dizer que êste princípio é absoluto: o acessório segue o principal, fundamento da teoria do acessório, porque há casos, como êsse apontado por êle, da fiança de um terceiro para garantia das obrigações comerciais, em que, apesar de ser o ato acessório, não é, entretanto, considerado como ato comercial.

Não aceitamos a teoria de DUCHANGE porque a essa doutrina se opõem textos expressos do nosso Código Commercial. No art. 256, o legislador considera como ato comercial, como ato subjetivo de comércio, segundo a doutrina, a fiança prestada por um terceiro para garantia de uma obrigação mercantil do comerciante. Eis aí uma fiança, uma caução prestada por um indivíduo que não é comerciante, que não exerce profissionalmente a indústria do comércio, e que é considerada pelo Código como ato de comércio. Quando, pois, fôsse verdadeira essa teoria de DUCHANGE, em nosso direito ela não pode ser aceita porque a ela se opõe o art. 256 do Código Commercial.

Para nós, pois, o princípio de que o *acessório segue o principal*, é que é o verdadeiro fundamento, a verdadeira base e a verdadeira explicação dessa teoria do acessório. É porque êstes atos de natureza pròpriamente civil se referem ao comércio, dependem do comércio, facilitam o comércio, promovem o comércio e são uma consequência do comércio. O ato comercial estende, por assim dizer, a sua comercialidade ao ato acessório, fazendo que o ato acessório figure como principal — e, como o ato principal pertence ao comércio, assim também o ato acessório deve pertencer.

Esta relação de dependência que existe, porém, entre os atos objetivos e subjetivos, ou a intromissão dos atos subjetivos no exercício da profissão comercial, não é uma relação pròpriamente subjetiva mas uma relação objetiva, é uma relação pròpriamente real. Neste ponto não estão

acordes os escritores. Alguns entendem (e parece ser essa a doutrina aceita pelo nosso Código Comercial), alguns entendem que a relação que prende, que liga o ato acessório, o ato civil ao ato comercial, dá, empresta-lhe o seu caráter de objetividade. Outros são de parecer que esta relação é uma relação puramente subjetiva, é preciso que a pessoa que pratica o ato seja comerciante e que pratique êsse ato em benefício, no interêsse e em virtude da sua exploração comercial. Essa relação, portanto, dizem êles, é uma relação puramente subjetiva, não é uma relação objetiva. A opinião que ao douto catedrático parece melhor é a que declara que esta relação que existe entre êstes atos não é uma relação puramente subjetiva, mas é uma relação real, é uma relação objetiva. Dois exemplos bastarão para indicar a plausibilidade desta doutrina.

Não se discute, qualquer que seja o direito que se invoque, que todos os atos praticados por um indivíduo que deseja exercer a profissão comercial, mas que, de fato, ainda não a exerceu, pertencem ao quadro dos atos de comércio. Todos os atos que se predestinam, que visam o lucro, têm um fim comercial. Suponhamos que o indivíduo, que se quer estabelecer, abra o seu estabelecimento comercial. É preciso que êle se proveja de todo o material necessário para a exposição das suas mercadorias, o balcão, a mobília, a armação, etc.; é preciso tirar licença do poder público; é preciso fazer anúncios, expedir circulares; é preciso acondicionar essas mercadorias em uma casa, alugar ou adquirir uma casa suficiente para o negócio. Todos êstes atos são considerados uniformemente, por todos os direitos positivos, como atos pertencentes ao comércio. Êsse indivíduo, que assim compra êstes objetos e se provê do material indispensável para o exercício do comércio, não se pode dizer que seja comerciante, porque a qualidade de comerciante depende da habitualidade da profissão; é preciso que êle exerça efetivamente a profissão, para que

possa ser considerado comerciante. Estão aí, pois, praticados atos por um indivíduo que não é comerciante e que são comerciais pelo fim a que propendem.

Não é a relação subjetiva, pessoal, portanto, que imprime a comercialidade ao ato acessório, mas é uma relação real, objetiva; é porque êste ato se refere aos atos de comércio, tem uma relação objetiva, uma relação real com o ato de comércio; êstes atos são acessórios do ato de comércio, e, por conseguinte, são considerados na mesma linha, no mesmo nível que os atos objetivos de comércio.

Nem todos os atos praticados na dependência ou na relação dos atos objetivos de comércio, entretanto, podem ser considerados como comerciais. Os códigos modernos os distinguem perfeitamente sob todos os pontos de vista. Eles classificam os atos de comércio em: *atos de comércio por sua própria natureza e atos de relação ou subjetivos*. Dizem, não obstante, que não podem fazer corpo com os atos de comércio relativos ou subjetivos aquêles atos que são essencialmente civis, e cuja natureza civil repele a comercialidade. E, assim, apresentam alguns exemplos: os atos civis que se resolvem no direito de família, não podem, de modo algum, fazer parte do comércio, não se podem constituir como atos de comércio, não podem fazer parte da especulação mercantil. Assim, também, no nosso direito, tôdas aquelas operações que recaem sobre bens imóveis ou bens de raiz, não podem fazer parte do comércio, porque o nosso Direito Comercial não quer incluir os imóveis nas transações comerciais. Êstes atos, por conseguinte, muito embora sejam praticados por um comerciante em benefício, no interesse ou em virtude do seu comércio, por disposição expressa do nosso Direito, não podem ser considerados comerciais em caso algum. Fora dêste limite, fora desta restrição, todos os atos de Direito Civil, principalmente todos os que se referem a questões patrimoniais, a relações patrimoniais, podem fazer parte do

comércio, podem sôbre êles recair obrigações comerciais. Êstes atos podem se transformar em atos comerciais.

Vejamos agora a aplicação, segundo o direito pátrio, desta teoria do acessório.

Como sabemos por estudos do Direito Romano, cinco são as fontes principais das obrigações. A obrigação é o vínculo que obriga as partes contratantes a dar, fazer ou omitir qualquer fato. A obrigação de fazer, de praticar certo fato, de omitir êsse fato, deriva-se das seguintes fontes: ou são *fontes contratuais* em que, por acôrdo das partes contratantes, aparece o vínculo da obrigação; ou esta obrigação deriva do *quasi-contrato*, isto é, de um ato lícito a que a lei presta eficácia; ou a obrigação pode derivar de um *delito*, que é um ato ilícito doloso, que é um ato ilícito culposo; ou de um *quase-delito*. Vejamos, nesta ordem, quais são os atos relativos, quais são os atos da teoria do acessório em Direito Comercial, que se derivam: — da fonte contratual, do quase contrato, do quase delito e da obrigação da lei.

É preciso — para que um ato comercial que não é da ordem daquele que a escola clássica chama *atos objetivos*, isto é, não é da ordem daqueles que sejam mediação e especulação — é preciso que os atos, para que se tornem acessórios, tenham uma dependência íntima, indissolúvel com os atos principais, com os atos comerciais propriamente ditos. Todos aquêles contratos, pois, a que, por convenção feita por vontades livremente consentidas, se refere essa obrigação indissolúvelmente, intimamente, dependentemente dos atos de comércio, são considerados como de Direito Comercial.

Temos, portanto, uma fonte copiosa de atos relativos de comércio na convenção das partes, isto é, na obrigação contratual. No caso acima citado: o comerciante precisa de mobiliar o seu estabelecimento, precisa de armação, de balcão, pesos e medidas, de livros comerciais onde escritu-



re tôdas as suas transações. Todos êstes atos, são de natureza pròpriamente civil, mas como êles se destinam ao interêsse, em virtude do exercício do comércio, êstes atos, que não eram, por sua própria natureza, senão atos de ordem civil, transformaram-se em atos de ordem comercial.

A mesma cousa se pode dizer com relação ao ajuste feito pelo comerciante com os empregados de que êle precisa para a exploração do comércio, caixeiros de balcão e viajantes, guarda-livros, etc. Êstes ajustes, embora sejam, por sua natureza, atos civeis, se transformam em atos comerciais, são atos dependentes, relativos, atos que se destinam ao exercício da profissão comercial. O mesmo princípio se applica com relação à compra de combustível para as máquinas. A compra de combustível é um ato puramente civil, e, no entanto, quando os combustíveis são applicados à propulsão das máquinas industriais, êsse ato perde o caráter de ato civil para tomar o caráter comercial, para receber o cunho da commercialidade. Com relação à venda ou trespasso dum estabelecimento comercial dá-se ainda o mesmo. O indivíduo que vende a outro o seu estabelecimento comercial, incorpora à venda o ativo e passivo. Êste ato se considera como um ato comercial, isto é: à exploração do comércio, êste ato perde o seu caráter de ordem civil para assumir o caráter com relação à *fiança*. A fiança é um contrato acessório que garante uma ação principal. Quando êste contrato, que é de ordem civil, vai garantir uma obrigação comercial, quer o fiador seja comerciante, quer não, êste contrato passa a ser de ordem comercial, tornando-se comercial. É um ato da natureza daqueles que os jurisconsultos chamam — *atos neutros*, por que se podem applicar, não só com fim pròpriamente comercial. A mesma cousa dá-se com o *penhor*, que pode ser dado por um outro comerciante, por um terceiro. O penhor dado para garantir, para assegurar uma obrigação, é um ato, em si, puramente civil; mas, quando vai assegurar uma

obrigação comercial, é um ato que se torna de natureza comercial. Dá-se o mesmo com as *cartas de crédito*, que, sendo de ordem civil, podem servir, tanto para as relações de Direito Civil como para as de Direito Comercial, porquanto, quando aplicadas ao Direito Comercial, perdem o caráter primitivo para assumir o de um ato de comércio.

Tôdas estas aplicações se encontram nos arts. 256, 271, e 274 do nosso Código Comercial.

Eis aí uma fonte copiosa de atos do gênero dos atos relativos de comércio, derivados da primeira fonte, isto é, da contratual.

Mas existem atos lícitos que, embora para a sua formação não intervenha segunda vontade, como nos contratos, entretanto a lei, com relação a êles, reconhece a sua eficácia. Êsses atos lícitos dos quais deriva uma obrigação sem que se verifique um ajuste são os *quase-contratos*.

A *conditio indebiti* é uma forma muito saliente do quase contrato. É um indivíduo que, supondo dever a outro, paga. Se a obrigação para êle existe, é só por supor que entre si e o credor há um vínculo de obrigação. O indivíduo, que assim paga, poder reaver aquilo que pagou em cumprimento de uma obrigação que não devia. Eis aí caso de um quase contrato gerando um ato relativo da teoria do acessório.

Outro caso bem conhecido é o da *gestão de negócios*. O indivíduo que, por afeição a um comerciante, gere sem mandato seu um ato pertencente ao comércio, pertencente à profissão comercial dêsse comerciante, estabelece uma gestão de negócios, e a lei dá eficácia, dá valor a êstes quase contratos, porque obriga o comerciante, em benefício de quem o terceiro gere seus negócios, a indenizar tôdas as despesas feitas pelo gestor do negócio em benefício do seu administrado, segundo o art. 103 do Código Comercial. Aí se diz que um comerciante pode gerir sem mandato os negócios de outro comerciante, mas que êsse comerci-

ante em benefício de quem êle administra êsses negócios é obrigado a indenizar o seu gestor das despesas feitas com a gestão.

A mesma cousa se dá com relação às *avarias grossas*, de Direito Mercantil, e que são todos os prejuizos, todos os danos que sofre a carga de um navio ou o próprio navio. Se êsse prejuizo, se êsse dano recai sôbre um só objeto da carga do navio, essa avaria é chamada *avaria simples*; são, porém, *avarias grossas*, quando redundam em prejuizo total. Êste dano na carga, em benefício, por exemplo, da salvação comum, no caso de perigo de um naufrágio, em que o navio esteja demasiadamente sobrecarregado, é chamado *avaria grossa*. O capitão do navio pode alijar a carga que pesa no navio para o aliviar, a ver si assim o salva do naufrágio. Os danos assim acontecidos são chamados *avarias grossas*, porque tôdas as outras mercadorias, embora não sofram, são obrigadas a entrar com o seu *quantum* para indenizar os prejuizos. Eis um caso perfeitamente característico de um quase contrato: as mercadorias salvas são obrigadas a entrar com a sua *quota* parte, proporcionalmente, para cobrir os prejuizos derivados, por exemplo, no caso proposto, do alijamento da carga ao mar.

Vejamos, agora, outra fonte de obrigação da teoria do acessório: o *delito*, que é todo ato ilícito em que intervém o dolo. Há delitos civis e comerciais. Dos delitos comerciais apontamos apenas dois, como exemplo da teoria do acessório dimanando do delito.

O comerciante, uma vez que registre a sua firma, a sua razão comercial, tem propriedade exclusiva sôbre essa firma, essa razão comercial. Desde que êle registre perante as juntas comerciais o seu nome comercial, a sua firma ou a sua razão comercial, nenhum outro indivíduo pode usar dela no exercício de qualquer ato de comércio. Desde que, porém, há um terceiro que abuse da firma ou

razão comercial que não lhe pertence, a lei considera esse fato como ilícito, como doloso, e não só pune criminalmente o indivíduo que pratica esse abuso, impondo-lhe uma pena, como ainda o obriga a ressarcir todos os prejuízos que com essa usurpação êle causou ao dono da firma. Eis aí um delicto comercial e uma obrigação de indenizar que é um ato relativo da teoria do acessório.

A mesma cousa se dá com relação à usurpação, ao abuso das marcas de fábrica ou de comércio. O comerciante tem o direito de indicar por um modo sensível todos os seus produtos, todos os produtos que êle expõe à venda, com certos sinais distintivos que permitem diferenciar esses produtos de outros produtos similares. Se um indivíduo a quem não pertence a marca, porque ela é propriedade exclusiva de quem a regista, se utiliza dela, comete um delicto comercial, prejudica ao comerciante cujo gênero está acreditado, que tem largo consumo. E quem assim abusa, usurpa essa marca de comércio, essa marca de fábrica, tem obrigação de indenizar o proprietário legítimo de todos os prejuízos a êle causados. Eis aí ainda uma obrigação comercial de atos relativos de comércio procedentes da fonte do delicto. Apesar dos exemplos indicados, entretanto, e exemplos que estão aceitos nas legislações, como em relação ao caso do abuso de marca de fábrica ou de comércio (lei de 14 de outubro de 1882, regulamentada pelo dec. de 30 de dezembro desse mesmo ano) ou do abuso da razão comercial (decr. de 16 de outubro de 1890); apesar de estarem perfeitamente esclarecidos por disposição expressa do nosso direito, estes casos em que a obrigação comercial deriva, já do delicto, já do quase delicto; há, entretanto, jurisprudências pátrias que negam a sua comercialidade.

Quando se fala comercialmente do delicto ou do quase delicto, não se quer dizer que o delicto ou que o quase delicto possam ser objeto de exploração comercial. O comerciante usurpa a razão comercial de outro em benefício do consumo ou em benefício do seu próprio produto sobre o

qual êsse explora; um individuo na indústriã de transporte produz um dano a qualquer pessoa, esmaga ou atropela um individuo: eis um quase delito cometido no exercíco do comércio. Mas esta teoria do delito e do quase delito, como fonte de obrigações, e, pois, como fonte de atos relativos de comércio não é uniformemente aceita, já na doutrina estrangeira, já no Direito pátrio. Entre outros, o sr. INGLÊS DE SOUZA entende que o delito e o quase delito não podem ser considerados como fonte de atos relativos de comércio, que o delito e o quase delito não se podem transformar em atos comerciais por dois motivos: 1.º — o argumento doutrinal, 2.º por disposição expressa da nossa lei, que repugna completamente à commercialidade dos atos de comércio derivados do delito e do quase delito. O argumento doutrinal consiste em dizer que o crime ou delito, ou quase delito, constituem matéria de D. Penal; e, como o D. Penal pertence ao D. Público, e o D. Commercial pertence ao D. Privado, não se pode transformar uma relação de D. Público em uma relação de D. Privado, tornando comerciais os atos derivados do delito e do quase delito. O segundo argumento em que êle procura firmar, é a lei: refere-se à disposição do art. 68 da lei n. 26, de 3 de dezembro de 1841, que trata da ação de indenização do dano causado por delito, dizendo dever ser apresentada por ação civil. Quando se promulgou o Código de Processo Criminal de 1832, o legislador entendeu que a mesma sentença devia determinar o valor da indenização do dano causado. Cometido o crime, incorre o delinquente em dois efeitos jurídicos: — a repressão do crime e a reparação do dano causado pela indenização dêsse mesmo dano. No domínio do Código de Processo Criminal, a mesma sentença, não só impunha a pena, como também determinava o *quantum* da indenização do dano causado. Sobrevindo a lei de 3 de dezembro de 1841, art. 68, determinou duas consequências derivadas da perpetração do crime: no que dizia respeito à imposição da pena, deixou afeta à jurisdição criminal; no que dizia respeito à indenização do dano,

desaforou, segundo o termo aí empregado, da jurisdição criminal para atribuir à jurisdição civil, e mandou que, si pela ação criminal se podia impor a pena, somente pela ação civil se poderia pedir a indenização do dano. Isto foi reproduzido no art. 76 do Código Penal, onde se diz que a indenização do dano deve ser sempre pedida por ação civil. Ora, dessas duas disposições, provém a teoria que regeita a commercialidade dos atos relativos da teoria do acessório. A teoria entende que êsses artigos se opõem à commercialidade dêsses atos por não falarem em ação commercial, dizem.

O primeiro argumento, o doutrinal, é de dizer-se que o delito é uma relação de D. Público, porquanto o D. Penal, que deve determinar, proibir o delito e impôr a pena, pertence ao D. Público. A confusão daqueles que entendem que êste argumento é procedente, provém de que êles não consideram no delito dois aspectos diferentes — o aspecto puramente público e o aspecto estritamente privado. Além da consequência penal, o delito importa uma consequência civil, na reparação do dano. O delito pertence a duas relações diferentes: por um lado, em relação à pena, pertence ao D. Penal; por outro, com relação à indenização do dano causado, pertence à jurisdição civil. Além disso, quando a lei de 3 de dezembro de 1841, art. 68, se refere à jurisdição civil, neste termo — civil — ela compreende não só o D. Commercial como ainda o D. Civil. A denominação — civil — é muitas vezes empregada em contraposto à denominação — criminal: legislação civil, legislação criminal; mas, quando se diz: legislação civil, se compreendem não só as relações ou normas de D. Civil propriamente dito, como as relações ou normas de D. Commercial. Dizer, portanto, que o D. Commercial não pode conter em si a commercialidade dos atos relativos de comércio oriundos do delito, dizendo que o delito ou o quase delito pertencem a uma relação de D. Público, importa em confundir os dois aspectos em que pode ser considerada esta infração

da lei penal que se chama crime ou delito. Ademais, não se podem considerar como sinônimos o crime no D. Penal e o delito no D. Civil ou Comercial. O crime, no D. Penal, deve ser previsto pela lei: ninguém pode ser processado ou sofrer uma pena sem ser em virtude de um delito que tenham sido determinado pela lei penal. Ora, há infrações extracontratuais ou aquilianas que não estão previstas pelo Código Penal, não são passíveis de pena certa, e, entretanto, se consideram como delitos civis.

Que é, pois, delito, no ponto de vista de D. Privado? Delito é *um ato ilícito, danoso, previsto ou não pela lei penal, com o fito de prejudicar alguém*. A expressão — *previsto ou não pela lei penal*, que entra como elemento da definição do delito civil, importa em esclarecer esta distinção que há entre o crime propriamente dito e o delito, entre o crime, como infração da lei penal, e o delito, como um fato da lei civil. Não se trata, aqui, do que se chama *culpa contractual*. Há uma distinção entre *culpa contractual* e a *culpa extracontractual* ou *aquilianas*: aquela resulta da ação ou omissão de uma obrigação que foi expressamente compreendida no contrato; e esta é a ação ou omissão que não resulta do contrato, mas importa em dano das partes contratantes. Se o delito é um ato ilícito, danoso, previsto ou não pela lei, em prejuízo de outro, o quase delito é também um ato danoso e ilícito, previsto ou não pela lei penal, em detrimento de outrém. A distinção está em que, para haver delito civil é necessário que haja dolo, que haja a intenção de cometer a ação ou omissão que importa em prejuízo de terceiro, e quanto ao quase delito, não é preciso essa intenção, ou, antes, essa intenção é excluída, como no caso de culpa, de negligência, em que o indivíduo não é dolosamente levado a cometer o delito, a ação ou omissão, mas, entretanto, por sua imprudência, negligência comete a infração. O delito é cometido com o fito de prejudicar, e o quase delito, sem a intenção de prejudicar.

O outro argumento da teoria que não aceita a comercialidade dos atos relativos e acessórios derivados do delito e do quase delito, é o que se firma no art. 68 da lei de 13 de outubro de 1848. A lei de 14 de outubro de 1882, que legislou sôbre as patentes de invenção, declara que aquêle que usurpa, usa ou emprega ilegalmente uma marca de fábrica, de comércio ou de indústria, incorre numa multa, na obrigação de ressarcir o dano, a indenizar os prejuizos causados pelo uso ilegal dessa marca de fábrica, de comércio ou de indústria. Uma vez, pois, que a lei obriga o infrator da marca de fábrica a reparar o dano causado, reconhece claramente que a comercialidade pode se dar com relação ao delito ou ao quase delito, quando esta marca de fábrica seja usada com intenção de prejudicar ou quando seja usada sem uma tal intenção. A mesma cousa se pode dizer com relação aos direitos autorais. A lei de 1.º de agôsto de 1898, estabelecendo o organismo da propriedade literária ou artística, declarou que aquêle que não é dono da obra artística ou literária, não pode usá-la ou explorá-la quando viola os direitos autorais, e é obrigado a indenizar o autor dessa propriedade de todos os prejuizos, de todos os danos causados pelo abuso que fêz da propriedade alheia. É mais um argumento em favor da doutrina que vimos sustentando. A mesma cousa se pode dizer com relação às patentes de invenção ou de comércio. A lei de 14 de outubro de 1887, diz que aquêle que, ciente ou inconscientemente, usa de uma patente de invenção que não é de sua propriedade, é obrigado a indenizar o dono dessa patente de invenção por todos os danos que lhe causou.

Na legislação pátria, como se vê, encontram-se disposições precisas reconhecendo a comercialidade dos atos relativos resultantes dos delitos e quase delitos.

Na sua monografia sôbre os atos de comércio, o sr. CARVALHO DE MENDONÇA diz que, segundo o D. Comercial



pátrio, os atos de comércio podem ser classificados em três classes: *atos de comércio por natureza, atos de comércio por conexão ou dependência e atos de comércio por força ou autoridade da lei*. Ao expender esta sua opinião, êle confessa que nas legislações dos povos cultos o legislador não se deixou levar por considerações abstratas ou científicas, não se sujeitou a um critério lógico quando fêz a discriminação dos atos de comércio. Daí, a enorme diversidade que há com relação aos sistemas que os legisladores seguiram quando trataram de determinar nos códigos comerciais a enumeração dos atos de comércio. Ora, o nosso D. Comercial positivo proveio dos códigos da França, Portugal e Holanda, e é unânime a opinião dos comercialistas francêses em declarar que o legislador de 1807, assim como os legisladores posteriores francêses, os portuguezes e os holandêses, não obedeceram a um critério científico, não applicaram nenhum princípio de ciência à enumeração dos atos de comércio que vêm catalogados nos diferentes códigos. O nosso Código, procedente do francês, também não obedeceu a nenhum critério científico. Entendeu, pois, o sr. CARVALHO DE MENDONÇA aplicar um plano doutrinário a esta numeração confusa feita pelo nosso Código Commercial, e appareceu a sua classificação. Êle chama *atos de comércio* pròpriamente ditos não sòmente àqueles atos de comércio que são por sua própria natureza e índole comerciais, como ainda àqueles atos que, sendo civis por sua natureza, entretanto, por sua relação e dependência com os atos comerciais pròpriamente ditos, entram no regime do D. Commercial. Daí vem êste primeiro membro da sua definição: *atos de comércio pròpriamente ditos por natureza e atos de comércio pròpriamente ditos por conexão ou dependência*. Além dêstes atos relativos, ainda há atos que entram para o domínio do D. Commercial por fôrça ou autoridade da lei; a lei arbitrariamente *desaforou* os atos civis para incluí-los na classe dos atos comerciais — *são os atos comerciais por fôrça ou autoridade da lei*.

Se êle se tivesse limitado ao terreno da doutrina no estabelecimento da sua classificação, poderíamos recebê-la, embora ela, mesmo sob o terreno doutrinal, apresente defeitos e lacunas, mas o alcance desta classificação é sistematizar, igualar num corpo doutrinal a enumeração dos atos de comércio feita pelo nosso Código. Neste ponto, absolutamente não tem razão o dr. Carvalho de Mendonça porque a sua classificação em *atos de comércio própria-mente ditos* e *atos de comércio por força ou autoridade da lei* não se ageita, não se informa no nosso direito positivo. O nosso Código Commercial não usa da expressão — *atos de comércio*. Fala-se, sim, em *atos e obrigações comerciais, atos de mercancia, negócios comerciais*. Para estabelecer, debaixo do ponto de vista da nossa legislação, assento à sua primeira classificação de *atos de comércio por sua natureza* ou *atos de comércio propriamente ditos*, o dr. CARVALHO DE MENDONÇA se refere aos arts. 17 e 21 do Código e 19 do decr. 737, de 25 de novembro de 1850. No art. 18, título único do Código, o legislador diz que devem ser submetidas à legislação commercial *todos os atos ou tôdas as causas derivadas dos direitos ou das obrigações regidas pelo Código*. No art. 21 reproduz o mesmo pensamento, dizendo que todo o juiz ou tribunal que se tenha de pronunciar sôbre questões de *atos ou negócios comerciais* deve aplicar a legislação do Código, e no art. 19 do decr. 737 de 25 de novembro de 1850 o legislador enumera como *atos de mercancia* os diferentes atos cuja compreensão, cujo efeito jurídico êle determina. No corpo do Código êle determina as normas para reger essa mesma compreensão, êsses mesmos efeitos, essas mesmas consequências. Dissemos que, em relação ou em confronto com o nosso direito positivo, era improcedente a classificação. Êle diz que todos os atos de comércio por sua própria natureza ou atos de comércio por conexão ou dependência estão incluídos nestes três artigos 18 e 21 do Código e 19 do Decr. 737 de 25 de novembro de 1850. Ora, basta con-

frontar esta sua teoria e essas disposições do código para se ver que essa classificação não calha, não se informa com o preceito legislativo do nosso Código Comercial. Ele chama atos de comércio por sua própria natureza aquêles que nós chamamos atos objetivos, atos absolutos, isto é, aquêles que na doutrina clássica contêm em si os elementos da mediação e da especulação, e êstes atos estão previstos no art. 19 do decr. 737 de 25 de novembro de 1850.

*Atos por conexão ou por dependência:* Ele chama assim os atos relativos de comércio. Ora, os atos relativos de comércio não são somente aquêles que têm uma relação subjetiva, mas são exclusivamente aquêles que têm uma relação objetiva. A relação que prende os atos por conexão ou por dependência aos atos comerciais propriamente ditos, ao exercício profissional do comércio, é uma relação objetiva e nem sempre uma relação subjetiva; e então o exemplo é o do caso assás conhecido do individuo que quer abrir um estabelecimento comercial, e que, antes de ser comerciante, pratica atos preparatórios para êsse comércio. É assim que a legislação os considera como atos relativos de comércio, independentemente da relação subjetiva, porque, então, o agente dêsses atos, na ocasião em que os praticava, não era ainda comerciante. Temos também o caso do individuo que interrompe o exercício do comércio e deixa de ser comerciante, porque, pelo nosso Código, não há comerciante sem a efetividade do exercício, segundo o art. 4. Êste individuo praticava atos do interesse do seu comércio, visando fins comerciais: praticar atos de comércio, embora relativos aos atos objetivos, não é um vínculo subjetivo, mas objetivo. Ora, quando o dr. CARVALHO DE MENDONÇA trata de descrever os atos por conexão ou por dependência, e, pois, os atos por sua natureza comerciais, êle exclui os atos que pertencem ao D. Comercial, como no caso do art. 256, quando se trata da fiança, em que o legislador determina que a fiança, para ser comercial, é necessário que intervenha para garantir, para

assegurar uma obrigação comercial, muito embora o fiador não seja comerciante. Este ato da fiança, o dr. CARVALHO DE MENDONÇA o inclui entre os atos que são sujeitos à jurisdição comercial, não só em relação à pessoa como em relação ao ato, quando aí não se trata absolutamente de uma relação subjetiva, mas sim de uma relação objetiva.

Esta classificação não se ageita com o nosso direito positivo. A única classificação que poderá servir é justamente aquela de que tratam os dois primeiros capítulos do decr. 737 de 25 de novembro de 1850. Aí se trata de *jurisdição comercial com relação aos atos e com relação às pessoas* e da *jurisdição comercial somente com relação aos atos*, o que importa em o legislador declarar que existem atos que, independentemente da consideração pessoal do agente que os pratica, são comerciais, e o são, não só por sua própria natureza, mas ainda que, para serem considerados como comerciais precisam de ser praticados por comerciante. No primeiro desses títulos, art. 20, se diz: *serão julgados de conformidade com as disposições do Código, pela mesma forma e processo, ainda que não intervenha o comerciante.* tais e tais atos comerciais. Aqui o legislador toma o ato de comércio apenas na sua relação objetiva, pondo de parte toda a consideração pessoal para que as sociedades comerciais não possam ser prejudicadas por este ou aquêle indivíduo. Com relação ao cap. 3.º, do decr. 737, de 25 de novembro de 1850, diz-se: *a jurisdição comercial segue a pessoa do ato, ou, competem à jurisdição comercial todas as causas que derivarem dos direitos e obrigações comerciais, contanto que uma das partes seja comerciante.* Estes atos, que o legislador relaciona nos arts. 10 e 11, embora sejam atos por sua própria natureza comerciais, uma vez que nesses atos não intervenha ao menos uma pessoa que seja comerciante, o Direito não os considera como atos comerciais, nem como sujeitos à jurisdição comercial. Se o dr. CARVALHO DE MENDONÇA se tivesse limitado a dizer: o nosso Código Comercial considera os atos comerciais debaixo de duas relações, na re-

lação objetiva quando fala da legislação comercial, atos comerciais independentemente da pessoa que os pratica, e considera ao mesmo tempo a relação subjetiva e objetiva, quando ela rege, disciplina os atos que são praticados pelo comerciante, uma classificação desta ordem, concebida nestes termos poderia ser considerada como uma classificação legal; não, porem, como ele a concebeu, em *atos propriamente ditos comerciais*, isto é, *atos por natureza, atos por dependência ou por conexão comerciais*, e *atos que derivam propriamente da lei, da força ou da autoridade da lei*.

Quando trata de discriminar os diferentes atos comerciais que são considerados mercantis por força ou autoridade da lei, êle inclui nos atos que diz que são comerciais por força ou autoridade de lei, atos que pertencem aos atos relativos por conexão ou por dependência. Assim, com um simples exemplo, êle diz que os atos ou obrigações referentes ao seguro, ao fretamento de D. Marítimo, são considerados atos comerciais, quando o não sejam, diz êle, por conexão ou dependência dos atos ou do exercício profissional do comércio, porque a lei assim o ordena. Basta considerar o que seja um seguro ou um fretamento para se verificar que êstes atos não são comerciais por força ou autoridade da lei, mas sim porque se referem, estão na dependência, na conexão com o exercício do comércio. O seguro que é feito, por exemplo, para garantir contra o fogo uma casa, não se considera como comercial porque o seu fim não é comercial, trata-se apenas de resguardar um direito privado — o de propriedade. Mas quando o comerciante põe no seguro o seu estabelecimento comercial, êle trata de garantir, de pôr em segurança êsse seu estabelecimento, portanto o fim é comercial. Está, aí, pois, um seguro que, conforme o fim a que êle se destina, pode ser comercial, inteiramente comercial, ou civil, inteiramente civil. Êsses atos, entretanto, que segundo o fim a que êles se destinam, estão na dependência dos atos comerciais, de-

vem ser considerados como atos relativos de comércio, o dr. CARVALHO DE MENDOÇA os inclui no número dos atos comerciais por força ou autoridade da lei.

Além destas duas classificações geralmente aceitas, em atos objetivos e subjetivos de comércio, há outras que mais ou menos reentram nessa classificação, como as de OBARRIO, APPERT e THALLER.

OBARRIO, sem critério algum científico, distribui os atos comerciais nas seguintes classes: *atos comerciais re ispa* — aquêles que, por sua forma, entram no quadro dos atos comerciais, e êle apresenta como exemplo a letra ou as operações de câmbio; *atos comerciais ratione personae* — aquêles que são considerados tais em virtude da consideração do agente ou da pessoa que pratica êsses atos; *atos acessórios* ou *auxiliares* — aquêles que, não promovendo, não efetuando os atos comerciais, entretanto auxiliam a sua realização, como as operações de corretagem; *atos comerciais por sua forma* — aquêles que se revestem de forma comercial, como a letra de câmbio, as sociedades anônimas.

A classificação de APPERT é tripartida: distribui os atos comerciais em *atos de comercialidade objetiva*, atos que, por sua natureza, pela mediação e pela especulação devem ser considerados mercantis; *atos de comercialidade subjetiva*, em que sòmente a pessoa do agente é que apresenta o cunho da comercialidade pelo ato que ela pratica; *atos de comercialidade pela forma* — aquêles atos da vida civil que, uma vez revestidos da forma própria, da forma peculiar ao D. Comercial, devem ser considerados como atos mercantis, e apresenta o exemplo clássico da letra de câmbio, as sociedades anônimas e as sociedades civis que revestem a forma das sociedades comerciais.

Distribui THALLER os atos de comércio em três classes: *atos de comércio principais*, compreendendo os atos objetivos ou atos por sua própria natureza comerciais; *atos acessórios*, e com isto êle quer compreender os atos sub-

jetivos; e *atos por sua própria natureza não comerciais ou atos mistos*, isto é, *atos bilaterais*.

Vejamos os *atos comerciais mistos*, isto é, os *atos comerciais bilaterais e atos comerciais unilaterais*.

Chamam-se *atos bilaterais de comércio* aquêles em que interveem duas partes comerciantes, isto é, em que as partes contratantes são uma e outra comerciantes; são, pois, atos comerciais tanto para uma como para outra das partes contratantes; *atos unilaterais* são, ao contrário, aquêles que sòmente são comerciais para uma das partes contratantes, conservando a sua natureza de ato civil para a outra das partes contratantes. Assim, quando o negociante por grosso vai aos centros de produção adquirir as mercadorias ou produtos do produtor, êste ato é um ato unilateral, é um ato comercial para o comerciante que vai adquirir essas mercadorias, porquanto êle, adquirindo essas mercadorias, pretende revendê-las, pretende especular sòbre a mediação; — e é um ato civil em relação ao produtor, porque êste não especula, comercialmente falando, sòbre a venda que êle opera dos seus produtos. Assim, também, o comerciante a retalho, que vende uma mercadoria a um indivíduo, pratica um ato unilateral, sòmente comercial para êle; êle, revendendo esta mercadoria que comprou com êste fito, pratica um ato comercial, mas o comprador que adquire essa mercadoria, não para revender, mas para aplicar ao seu uso, êste indivíduo pratica um ato unilateral, civil, isto é, em relação a êle é um ato civil. Quando se fala, nesta classificação, de atos unilaterais e de atos bilaterais, leva-se em consideração a pessoa do agente que pratica êstes atos; por conseguinte, todos aquêles atos comerciais que o são, não porque quem os pratica seja comerciante, mas porque êles por sua objetividade entram no quadro dos atos comerciais, êstes atos estão excluidos desta classificação.

Na nossa legislação, temos no art. 19 do tit. único do Código e no art. 20 do decr. 737, de 25 de novembro de 1850, exemplos frizantes dêstes atos que são comerciais independentemente da pessoa que os pratica. Assim, segundo o decr. 737, art. 20, a jurisdição comercial recai sôbre os seguintes atos, muito embora quem os pratica não seja comerciante: todos os atos relativos a letras de câmbio, a riscos, a seguro e a fretamento no D. Marítimo; todos os atos relativos a títulos da dívida pública ou de crédito do Estado; todos os atos de locação de serviços quando se trata de preço e de tempo determinado. Todos êstes atos são comerciais, não em razão da pessoa que os pratica, mas por determinação expressa da lei. Porisso dissemos atrás que o dr. CARVALHO DE MENDONÇA, na sua classificação, incluía entre os atos que são comerciais por fôrça ou autoridade da lei, os atos discriminados no art. 20 do decr. 737. Comparando o art. 20 com o art. 19 que êle pretende regulamentar, nota-se uma discrepância. O art. 19 do título único do Código apenas enumera três casos em que os atos são considerados comerciais independentemente de considerações da pessoa. Qualquer que seja a pessoa que os pratica, seja ou não comerciante, êstes atos estão sujeitos à jurisdição comercial. No decr. 737, entretanto, quem regulamentou a lei de conformidade ou autorizado pelo art. 27 do título único, além dos atos unilaterais do art. 19, incluiu os atos referentes a riscos, ao fretamento e ao seguro no D. Marítimo.

Os atos unilaterais e bilaterais são contestados por alguns escritores, e a doutrina varia com relação à solução a dar a êstes atos. O alcance prático dessa classificação está nisto: si o ato unilateral, sômente é comercial para a parte que é comerciante e que o pratica, a que jurisdição se deve submeter o outro individuo que entra neste ato, que é parte contratante neste ato, e que pratica um ato civil? Deve-se aplicar-lhe a jurisdição comercial? Esta classificação tem um largo alcance prático para a deter-



minação das jurisdições. Uma é jurisdição civil e outra é comercial, e, tratando-se duma tal classificação, é preciso chegar-se a esta solução: qual das duas jurisdições é a competente para conhecer das questões, dos conflitos e colisões resultantes dos atos unilaterais?

No Direito francês são várias as opiniões. Uns entendem que o ato comercial é um ato íntegro, deve ser considerado em tôda a sua integridade, não pode ser separado, cindido, para que uma parte seja regulada pelo D. Civil e outra pelo D. Comercial. Assim é que entendem os jurisconsultos desta opinião que tôda a vez que se trata de um ato unilateral, tanto a parte que é comerciante como a que o não é, devem ser sujeitas à jurisdição comercial. Outros entendem, ao contrário, que, sendo o D. Comercial uma exceção ao Direito, uma concessão, tratando-se de um ato unilateral, é o comerciante que deve sujeitar êsse seu ato à jurisdição civil, porque a jurisdição civil é a regra e a jurisdição comercial é simples exceção. Entendem ainda outros que neste caso deve deixar a opção àquele que vai demandar em juízo acêrca dêste ato unilateral. De modo que se pode dizer que na doutrina do Direito francês não se encontra uma solução precisa e uniforme a respeito de saber a qual das duas jurisdições se deve recorrer quando se trata de questões relativas aos atos unilaterais, e isto porque a legislação francesa não tem em nenhum dos seus dispositivos uma prescrição clara que mande sujeitar o ato unilateral à jurisdição comercial. Não assim nos códigos modernos, em que o legislador tratou de derimir completamente estas questões que se davam com relação à doutrina dos atos bilaterais e dos unilaterais. O código italiano no art. 54, o argentino, no art. 7, o alemão, de 1900, no art. 345 e outros, quando tratam de um ato unilateral, sujeitam-no à jurisdição comercial, a menos que o legislador expressamente não exclua da jurisdição comercial êste ato unilateral.

À primeira vista parece que o Direito pátrio, o Código Comercial, tendo sido moldado e inspirado principalmente pelas idéias, pelos princípios, pelo regime, pelo organismo do código francês, também, como êles, deveria deixar sem solução esta questão dos atos unilaterais e bilaterais, quanto à jurisdição que deve ser invocada para dirimir as questões resultantes. Mas o nosso Código não foi bastante claro, embora avançasse um passo sôbre as determinações do Código francês de 1807. Não foi bastante claro nas suas disposições para que se possa considerar resolvida legalmente esta questão da jurisdição que deve ser chamada para dirimir as questões resultantes do ato unilateral. Assim é que se encontram duas opiniões correntes em relação ao Direito pátrio: uma sustentada pelo sr. conselheiro SILVA COSTA, no seu *Tratado de Direito Comercial Marítimo*, e outra sustentada pelo dr. CARVALHO DE MENDONÇA.

Entende SILVA COSTA que o ato é unilateral, isto é, que deve ser submetido, não à jurisdição civil, mas à jurisdição comercial, porque, diz: o ato apresenta dois aspectos distintos — é um ato civil por um lado e por outro é comercial — e apresenta como exemplo o contrato da compra e venda. E acrescenta: as duas partes contratantes que intervêm num ato de compra e venda, são, por um lado, o vendedor, e, por outro, o comprador, ou, suposto o caso em que o vendedor seja comerciante e o comprador não, segue-se que o ato da venda feita pelo comerciante é um ato comercial, e o da compra feita pelo indivíduo não comerciante é um ato puramente civil. Contestando essa opinião, o dr. Carvalho de Mendonça, aliás não com muita felicidade, apela para os arts. 11 e 12 do decr. 737 de 25 de novembro de 1850. Ora, por êsses artigos não se resolve de modo claro e preciso a questão de saber qual das jurisdições deve ser invocada para conhecer do ato unilateral de comércio. Com efeito, o art. 11 declara que “não basta para determinar a competência da jurisdição comercial que

ambas as partes ou alguma delas seja comerciante, mas é essencial que a dívida seja também comercial: outrossim, não basta que a dívida seja comercial, mas é essencial que ambas ou uma das partes seja comerciante, salvos os casos e exceções do art. 20”. Daí se poderia deduzir que, desde que o legislador sujeita à jurisdição comercial uma obrigação comercial, muito embora uma das partes não seja comerciante, é competente pra conhecer do ato unilateral do comércio a mesma jurisdição comercial. Mas confrontando êste art. 11, que parece estabelecer uma regra geral para todos os atos comerciais com relação à jurisdição que deve conhecer dêles, com o art. 12, nascem dúvidas muito sérias a respeito do pensamento que teve o legislador ao formular o art. 11, pois no art. 12 diz que: “a parte não comerciante é sujeita à jurisdição comercial, ou intervenha no contrato, ou seja herdeiro, sucessor cessionário, subrogado, possuidor de títulos, etc”. Ora, si o art. 11 determina que são sujeitas à jurisdição comercial as obrigações comerciais em que alguma ou tôdas as partes que nelas intervêm não sejam comerciantes, parecia inteiramente excusado que pelo art. 12 declarasse que a parte não comerciante está sujeita à jurisdição comercial em tais e tais casos, porque êste caso parecia estar liquidado pela regra geral (si é que o legislador quiz estabelecer uma regra geral). Pelo art. 12 parece, à primeira vista, que o legislador, determinando que a parte não comerciante esteja sujeita à jurisdição comercial em tais e tais casos, parece, a *contrario sensu*, deduzir ou indicar que, fora dêstes casos expressamente determinados no art. 12, a parte não comerciante não pode estar sujeita à jurisdição comercial. Não tem, portanto, razão de ser o argumento do dr. CARVALHO DE MENDONÇA quando afirma que os arts. 11 e 12 resolvem perfeitamente a questão; ao contrário, tem razão o dr. Silva Costa quando diz que, tratando-se do ato unilateral do comércio, tanto a parte comerciante como a não comerciante estão sujeitas à jurisdição comercial.

Êstes dois artigos 11 e 12 são, até à primeira vista, contraditórios. A que vem a disposição do art. 11 declarando que a obrigação comercial, embora nesta não intervenha alguma parte comerciante, está sujeita à jurisdição comercial? Se se trata de uma regra geral, a que vem a disposição do art. 12 fazendo especificações? O único meio que há, de conciliá-los, seria admitir que êstes atos a que se refere o art. 12 não são atos comerciais senão em relação à pessoa que os pratica, tem o legislador razão em discriminar êstes atos, apesar de ter determinado que em tôdas as obrigações comerciais as partes devem ser sujeitas à jurisdição comercial.

A conclusão a que queríamos chegar é a seguinte: o dr. CARVALHO DE MENDONÇA, quando declara que o ato unilateral de comércio não pode deixar de estar sujeito à jurisdição comercial em virtude da precisa determinação do legislador no art. 12, não atendeu bem à dificuldade que a interpretação dêsse artigo apresenta, porque êle não é absolutamente claro com relação ao pensamento que o legislador diz nêle introduzir. Por outro lado, diz que o ato unilateral, que êle chama *ato bifronte*, *ato bicolor*, é um verdadeiro absurdo em relação à doutrina, e porisso êle não aceita a discriminação feita por Silva Costa em *atos bilaterais* e *atos unilaterais de comércio*. O dr. CARVALHO DE MENDONÇA declara que no nosso Direito e na doutrina não existem atos mistos de comércio. Ainda neste ponto não tem razão.

Quando tratamos de explicar a própria natureza das relações do comércio, a relação econômica e a relação jurídica, vimos que os atos comerciais em sua relação econômica apresentavam sempre duas faces distintas: ou eram atos de consumo, ou eram atos de circulação. Se são atos de circulação, não há dúvida que estão incluídos na jurisdição comercial; si são atos de consumo, pertencem ao círculo da jurisdição civil, porque só é ato de comércio, no dizer de THALLER, o que representa um movimento ou

um fato de movimento da circulação das riquezas, e aquêlê, que adquire uma mercadoria, para applicá-la às suas próprias necessidades, aquêlê que compra um certo produto para consumir, pratica um ato de mero consumo, mas nunca poderá praticar um ato de circulação, um ato de comércio. Mesmo em relação à natureza econômica do comércio, portanto, se apresentam estas duas faces bem distintas. Isto, porém, não quer dizer que o ato de comércio, porque apresenta uma face voltada para o D. Comercial e outra para o D. Civil, deve estar sujeito a duas jurisdições distintas, porque é preciso evitar ou impedir que haja decisões contraditórias. Se, por exemplo, no contrato de compra e venda, o vendedor, que é comerciante, vai liquidar as condições do contrato em juízo, e chama o comprador a juízo para dirimir essa questão, resultante do ato que elle praticou, o comprador pode, por seu lado, chamar o vendedor comerciante a liquidar a questão derivada dêsse mesmo ato perante a jurisdição civil, e então, sendo duas ações paralelas que correm, era inadmissível que uma fôsse decidida por uma forma e outra por outra forma diferente. Para evitar esta contradição de decisões referentes ao mesmo ato, é que o legislador e a doutrina aquiesceram em que êstes atos, embora sejam por um lado considerados civis e por outro, comerciais, devem ser regidos apenas por uma jurisdição — a comercial. Não é, portanto, porque a nossa lei (que não é expressa) sujeite êsse ato unilateral à jurisdição comercial, nem mesmo porque não existam atos unilaterais (porque existem por sua própria natureza, não só econômica como jurídica), não é por causa dêsses dois argumentos do dr. CARVALHO DE MENDONÇA que os atos são sujeitos à jurisdição comercial, mas sim pelo motivo de evitar que haja sôbre a mesma questão duas decisões, duas sentenças, dois julgados contraditórios.

Vejamos como os legisladores procederam quando, tratando de determinar o raio de influência do D. Commercial, se viram forçados a determinar quais eram os atos de comércio que se deviam sujeitar às regras, às prescrições do D. Commercial.

No seu relatório apresentado ao parlamento italiano, por ocasião da discussão do projeto do atual Código de 1882, disse o célebre MANCINI que o legislador, para poder cumprir a missão de determinar quais eram os atos comerciais, tinha de seguir invariavelmente um destes caminhos: ou por uma de suas disposições determinar a definição ou a noção do que seja ato de comércio, para nela incluir todos os atos, tôdas as transações, tôdas as operações que entram no domínio do D. Commercial, ou limitar-se a uma simples enumeração dêsses mesmos atos disciplinados pelo D. Commercial. Mas reconheceu-se que o primeiro caso era impossível, porque a ciência, a doutrina, não fornecia elementos capazes para se poder determinar a natureza, a essência, a substância do ato de comércio, de modo que se pudesse formar uma noção ou uma definição exata. Não existindo, pois, essa noção ou definição, ficava-lhe livre o acesso para a enumeração dos atos de comércio, e esta enumeração, por mais minuciosa que fôsse, jamais poderia alcançar todos os atos de comércio que entram na profissão comercial, e que, portanto, devem ser sujeitos à legislação do comércio.

Mas a enumeração ou enunciação dos atos de comércio dos códigos modernos tinha de obdecer a um outro destes dois critérios: ou fazer uma enumeração taxativa, restritiva, ou fazer uma enumeração exemplificativa ou compreensiva; queremos dizer: ou conter nas disposições dos códigos e da legislação comercial todos os atos que pertencem ao exercício do comércio, ou apenas escolher dentre êsses atos alguns mais significativos, mais salientes, para servir de modêlo, de critério quando se tratasse de, em concreto, verificar se o ato é ou não comercial. Alguns

códigos entendem que essa enumeração deve ser uma enumeração taxativa, de modo que todos aquêles atos de comércio que não sejam expressamente indicados, não sejam *atos categorias*, não sejam expressamente arrolados na legislação comercial, êstes atos não pertencem ao comércio, não são atos comerciais, e não estão, portanto, sujeitos à legislação comercial. Outros códigos, porém, entendem, e com melhor razão, que basta enumerar aquêles atos de comércio mais característicos, para servir de modelo, de tipo, quando o poder judiciário seja chamado para, em concreto, resolver se o ato submetido à sua apreciação é ou não um ato comercial.

Houve um código que tentou conciliar êstes dois sistemas — o Código Português de 1889 nos seus arts. 202, 203, 204 e 504, nos quais o legislador tratou de determinar, de enunciar, de enumerar os atos que êle reputava como comerciais. No art. 504, para dirimir as dificuldades que pudessem emergir do ato de comércio, enumerou quais eram aquêles atos, aquelas relações jurídicas que, em caso algum, poderiam ser considerados como atos de comércio, e, no art. 202, dava uma definição do que fôsse ato de comércio, dizendo que o Código entendia por mercancia: a compra e venda de mercadorias, quer em bruto, quer trabalhadas, quer em grosso, quer a retalho, e também considerava como atos de comércio o aluguel de uso dessas mercadorias. É uma definição inteiramente restrita, inteiramente limitada aos contratos de compra e venda, e que FERREIRA BORGES reputava das mais exatas.

Outros códigos, porém, não tratam de conciliar, reunir, harmonizar êstes dois sistemas. E êste é o sistema seguido pelos códigos modernos: o Código Italiano, principalmente, em 1882, e com êle o da Rumânia, que lhe é uma cópia servil, o do Chile, o da Argentina, o do Uruguai, o do México — todos êles adotam o sistema da enumeração dos atos de comércio, mas não adotam um mesmo número dos atos de comércio.

O Código Italiano enumera 24 atos de comércio, e, com êle, o do México, no art. 75; o Argentino enumera apenas 8 ou 10, e o do Chile enumera 19, e, assim, os outros códigos. Como se vê, mesmo com relação ao número de atos de comércio que devem ser designados como mais característicos da profissão ou da indústria comercial não são uniformes os códigos. Mas existem atos que pertencem à jurisdição comercial, e que, entretanto, não apresentam o característico, nem da mediação nem da especulação, e, pois, não são atos objetivos, absolutos, são atos relativos ao exercício do comércio, são referentes a uma exploração mercantil; e então êsses códigos, ao passo que enumeravam os atos que entendem ser objetivos de comércio, atos mais característicos de comércio, êles, por uma disposição geral, abrangem, no domínio do D. Comercial, aquêles atos que, sem serem objetivos, são relativos, promovem, facilitam a execução dos atos comerciais propriamente ditos. Porisso no Código Italiano, art. 4, depois de ter o legislador enumerado, no art. 3, vinte e quatro atos de comércio, que êle repütava como mais característicos da indústria comercial, diz que todos os contratos e obrigações do comerciante devem ser presumidos comerciais, uma vez que êstes atos não recaiam sôbre relações exclusivamente civis, e que a sua não referência ao ato comercial resulte do próprio ato. Com esta disposição geral, o Código Italiano e aquêles que o seguiram por modêlo, entenderam abranger todos os atos relativos de comércio, todos aquêles que, não sendo, segundo a escola clássica, comerciais por sua natureza, entram no exercício para promover, facilitar e auxiliar os atos de comércio objetivos. E, depois de ter, por uma disposição geral, abrangido os atos relativos de comércio, ainda declara que todos aquêles atos, praticados por um negociante, devem ser considerados comerciais, salvo quando haja prova em contrário.

O fato da não uniformidade dos códigos na determinação do número dos atos de comércio é mais uma prova da



incerteza, da vacilação do legislador quando tratava de enumerar êsses mesmos atos de comércio, — vacilação que se torna mais saliente quando se comparam os atos de comércio enumerados por um código com os enumerados por outro. Basta um exemplo para demonstrar mais esta incerteza do legislador quando trata de catalogar, de dar em quadro os atos que êle considera como de comércio, como atos objetivos e absolutos de comércio. O Código Italiano, por exemplo, considera como comerciais todos aquêles atos que recaem, não só sôbre bens móveis e se-moventes, mas ainda sôbre imóveis, ao passo que a nossa legislação não reconhece que o comércio se possa dar sôbre bens imóveis. E já o Código da Rumânia, cópia do Código Italiano, exclui por completo do comércio tôdas aquelas transações e operações que tenham de recair sôbre bens imóveis ou de raiz. Quaisquer que sejam os matizes que sigam os legisladores ao catalogar os atos de comércio, é êste o sistema geralmente aceito. Há, porém, três códigos modernos que se desviam do rumo geral tomado pelos legisladores quando tratam de determinar ou catalogar os atos de comércio: o Código Alemão de 1897, o Espanhol de 1885 e o Português de 1889.

Já vimos atrás que o pensamento diretor que informa tôda a legislação comercial da Alemanha, devido às disposições do Código de 1900, diverge por completo do pensamento diretor dos outros códigos. Para êle não existem atos objetivos de comércio, não existe sistema objetivo para a determinação do ato comércio: volta os olhos, faz um retrocesso ao antigo sistema subjetivo, tanto que êle define ato de comércio *aquêle que é praticado pelo comerciante no exercício de sua profissão*, de modo que quando êle trata de dar uma noção, uma definição do que seja ato de comércio, e quando trata de caracterizar o comércio, põe de parte o elemento objetivo, para apenas atender à relação pessoal do indivíduo que pratica o ato. Si o indi-

víduo é comerciante, si pratica o ato no exercício de sua profissão, o ato praticado é um ato de comércio; mas, si pratica o mesmo ato, não no exercício da sua profissão, não para exploração comercial, segundo o art. 283 do Código Alemão, êsse ato não pode ser considerado como comercial. Assim, no art. 3 do título único enumera certas profissões industriais, e é por isto que êle se limita à enumeração destas operações, não como atos comerciais, mas como uma categoria de matéria que ora pertence a uma exploração profissional, ora a uma exploração mercantil ou comercial.

O Código Espanhol pôs de parte tôda e qualquer enumeração de atos de comércio, e apenas, por uma disposição do art. 3, declara que o legislador reputa atos de comércio todos aquêles que são regulados pelo Código Commercial, e todos aquêles que por sua natureza análoga possam ser considerados comerciais. É um sistema empírico, o do Código Espanhol. Não trata de enumerar, de definir, de saber preliminarmente quais são os atos que êle deve sujeitar à legislação comercial: apenas diz que todos os atos que êle enumera, todos os contratos e obrigações que êle inclui na jurisdição comercial, por isso mesmo devem ser considerados como atos comerciais, e como êle poderia deixar de fazer a enumeração de muitos atos comerciais que não estivessem determinados na legislação positiva, êle declara que todos os atos de natureza análoga àqueles que eram legislados pelo Código Commercial devem também, por igual, ser considerados atos comerciais. Êste sistema não deixou de ser seguido pelo Código Português de 1889, que, assim, deixou de parte as tradições do D. Commercial Português. O legislador de 1889 tratou de harmonizar os dois sistemas, de dar uma definição geral do que fôsse ato de comércio, atos por natureza comerciais, seguiu plano inteiramente indiferente: no art. 3 declara que são atos comerciais todos aquêles que são disciplinados pelo Código Commercial. É, pois, o mesmo sis-

tema do Código Espanhol de 1885. Mas acrescenta que além daqueles atos que são disciplinados pelo Código Commercial, e são *ipso-facto* considerados comerciais, existem outros, outras obrigações e outros contratos que também devem ser regidos pela legislação commercial. E ainda declara que tôdas aquelas obrigações, todos aquêles contratos realizados pelo comerciante e que não são de natureza exclusivamente civil, e só por via de referênciam resultam do próprio ato, êstes atos devem ser considerados como comerciais. As legislações commerciaes portugueza e espanhola, pondo de parte tôda e qualquer enumeração dos atos de comércio, apenas por uma disposição geral abrangem como commerciaes todos aquêles atos que são precisamente regidos, que são precisamente normalizados pela legislação commercial.

À exceção dos Códigos Alemão, Português e Espanhol, todos os outros códigos modernos seguem o sistema da enumeração dos atos de comércio, mas uma enumeração exemplificativa, não uma enumeração taxativa; de modo que todos aquêles atos que, embora não enumerados, ofereçam uma natureza análoga a dos previstos pelo legislador, também devem ser considerados como commerciaes.

Vejamos o sistema seguido pela legislação pátria. O nosso Código Commercial de 1850 teve como fontes doutrinarias, como modelo, o Código Francês de 1807, o Holandês de 1830 e o Português de 1833. Foram estas as fontes onde o nosso legislador copiosamente bebeu as disposições do nosso Código. O Código Francês de 1807 foi a primeira dentre as legislações commerciaes que tratou de ensaiar uma enumeração inteiramente restrita, pequena; muito poucos atos considera como commerciaes. Foi um simples ensaio. Porisso é que todos os doutrinários do direito francês ou dizem que o legislador não teve um critério científico victoriosamente assentado quando tratou de enumerar os atos de comércio, ou foi inteiramente arbitrário. A mesma cousa se pode dizer em globo, do nosso legislador. O Código

Francês de 1807, nos arts. 632 e 633, tratou de dar a enumeração dos atos de comércio em: *atos de comércio terrestre* e *atos de comércio marítimo* se limitou a muito poucos atos que êle chama *carateristicos* para servirem de norma ou de modelo aos outros atos que não enumerou, mas que considerou implicitamente como subjetivos e sujeitos à legislação comercial. O nosso Código seguiu o sistema do legislador francês. Todos os códigos modernos, desde o primeiro artigo, tratam de determinar, de classificar, de enumerar poucos atos de comércio, que êle incluiu na legislação comercial, quando tratou de determinar qual a jurisdição que devia ser invocada para reger os conflitos ou as colisões comerciais resultantes das transações, e faz a enumeração dos atos de comércio nos arts. 632 e 633, que são dos últimos artigos.

A mesma cousa se deu em relação ao nosso Código: divide-se em quatro partes, em que trata do comércio terrestre, do comércio marítimo, das formas, e tem um título único, que é uma espécie de apêndice. Neste título único é que o legislador brasileiro tratou de indagar quais eram os atos comerciais, para sujeitá-los à legislação mercantil, nos arts. 18, 19, 20 e 21.

O legislador que regulamentou o Código, que promulgou o decr. n. 737, de 25 de novembro de 1850, procurou sujeitar-se a esta norma geral dada pelo legislador no título único do Código, pois determinou que aquelas obrigações, aquêles contratos praticados pelo comerciante no exercício do comércio deviam estar sujeitos à legislação comercial, e declarou ainda mais precisamente que todos os contratos e tôdas as obrigações legisladas ou normalizadas pelo Código Comercial, porisso mesmo deviam ser consideradas comerciais, reproduzindo, portanto, o mesmo sistema do Código Português no art. 1.029, em que essa mesma disposição se encontra, e onde êle diz que tôdas as disposições incluídas no Código Português, porisso mesmo devem ser considerados como comerciais. O nosso legislador não

seguiu, antes de tudo, um sistema qualquer: é uma legislação meramente arbitraria, anormal, quando tratou de apurar quais são os atos que elle reputa comerciais, entende como atos de mercancia. De modo que no titulo unico do Código, o legislador por um lado declara que todos os atos, contratos e obrigações contraidas pelo comerciante, e que são incluídas no Código, são, porisso mesmo, reputados como atos de comércio; por outro lado, no art. 20 enumera alguns atos de comércio que, embora praticados por uma pessoa que não é comerciante, o Código reputa como comerciais. Ora, isto não é sistema para metodizar, enumerar ou enunciar, ao menos por um dispositivo geral, o que seja um ato de comércio. Assim é que o legislador do decr. 737, de 25 de novembro de 1850, que foi o célebre estadista EUZÉBIO DE QUEIROZ, desvia-se por completo dos arts. 17, 19 e 21 do tit. unico do Código, tratando aparentemente nos caps. 3º e 4º de dar uma classificação de atos de comércio, considerando no Código a jurisdição commercial, ora em razão do ato, ora em razão da pessoa, apanhando todos aquêles atos que eram comerciais não só por sua própria natureza, como em razão de serem praticados por um comerciante; e no cap. 4º tratou de definir a jurisdição commercial em relação aos atos comerciais que só o eram em virtude da sua natureza, de modo que, qualquer que seja a pessoa que pratique êsses atos, êles deviam ser considerados como comerciais e regidos pela legislação commercial. Ora, para se ver que esta classificação nada tem de científica, é arbitraria, basta comparar as disposições do decr. 737, de 25 de novembro de 1850, com o art. 4. Aí o legislador reproduz como atos que são comerciais por virtude da natureza do próprio ato, atos que elle considerava comerciais, não por natureza do próprio ato, mas em consideração da pessoa que o praticava — confundiu, baralhou completamente a classificação: em um membro collocou uma classe de atos, indo collocar os mesmos atos em um membro diferente. Referimo-nos ao *seguro, risco e fretamento*

*marítimos*. O decr. 737 de 25 de novembro de 1850, no cap. 3, que se inscreve: *Da jurisdição comercial em razão das pessoas e dos atos*, diz no art. 19: *Considera-se mercancia: § 4 — Os seguros, fretamentos, risco e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo*. De modo que estando incluídos nesse cap. 3 o seguro, o fretamento, etc., como atos que eram comerciais, não só por sua própria natureza, mas em consideração ao agente que os praticou, êle não podia declarar êste mesmo seguro, êste mesmo fretamento, nesse capítulo, onde êle trata apenas de apurar a jurisdição comercial em relação exclusivamente aos atos praticados, pondo de parte tôda e qualquer consideração relativa à pessoa que os pratica. No cap. 4, art. 20, § 4, entretanto, se enumeram, entre aquêles atos que são comerciais por sua natureza, independentemente da pessoa que os pratica, o seguro, o risco, o fretamento marítimos, quando, aliás, no cap. 3, art. 19, § 4, apenas se declara que êsses atos são comerciais, não tanto por sua natureza, mas pela pessoa que os praticou, isto é, que êsseç atos deviam ser considerados comerciais quando eram praticados por comerciantes e recaindo sôbre uma relação objetiva de comércio.

Por êsse exemplo já se vê que o nosso legislador não teve absolutamente em vista organizar um sistema científico, não metodizou uma enumeração de atos de comércio, sistema que êle, aliás, seguiu, e portanto ainda é mais uma razão para não se aceitar a classificação de atos de comércio do dr. CARVALHO DE MENDONÇA, que diz que sôbre o nosso Código Comercial se pode informar, adaptar a sua classificação, porque o nosso Código não seguiu sistema algum, e o demonstra sobejamente o fato de classificar em uma classe atos que foi clasificar noutra classe diferente.

O assento enumerador da matéria dos atos de comércio do nosso Código é o decr. 737, de 25 de novembro de 1850. Aí se relacionam alguns atos de comércio, atos que são comerciais, não só em razão dêsses mesmos atos, mas

ainda em razão da pessoa que os pratica. Em primeiro lugar enumera o Código a compra e venda de efeitos semoventes, o que vale excluir da compra e venda comercial aquelas operações que recaem sobre bens imóveis, sobre bens de raiz. Mas a compra e venda de efeitos semoventes e móveis pode realizar-se sobre matéria bruta ou sobre matéria trabalhada; qualquer que seja a matéria que entra como objeto da compra e venda de efeitos móveis e semoventes, em bruto ou trabalhada, essa compra e venda é comercial uma vez que seja para revender essas mercadorias, em bruto ou trabalhada, por grosso ou a retalho.

Declara ainda como ato de comércio o aluguel de uso de uma coisa. Quem compra uma coisa para alugar o seu uso, pratica um ato comercial, segundo o § 1 do art. 19, do decr. 737. Há um assento que esclarece mais este assunto, e é o assento de 9 de janeiro de 1857, do Tribunal do Comércio do Rio de Janeiro, declarando que o aluguel de uso de uma coisa só é comercial quando a locação dessa mesma coisa seja considerada mercantil. Mais tarde veremos que os chamados assentos são usos e costumes promulgados pelos antigos tribunais de comércio e juntas comerciais mediante as formalidades que o decr. 737 determina, e que, uma vez publicados, fazem lei, são obrigatórios em todo o Brasil. Este assento de 9 de janeiro de 1857 é um destes assentos de usos e costumes comerciais que tem força de lei. Interpretou este assento o § 1 do art. 19, do decr. 737, quando declara que é ato de comércio o aluguel de uma coisa que se adquiriu para explorar esse mesmo aluguel, esse mesmo uso.

O segundo ato de comércio relacionado pelo art. 19 refere-se às operações de câmbio, bancos ou corretagem; o terceiro refere-se às empresas de fábricas comuns, expedição de mercadorias e espetáculos públicos, e ainda aqui há uma lei posterior estendendo a comercialidade destes atos a outros atos de que não cogitou o legislador nesse artigo. Já uma vez nos referimos à lei de 21 de novembro

de 1903 que organizou os armazéns gerais, tôdas as operações que se referem a títulos, aos *warrants* que são emitidos por essas empresas, e também tôdas as compras e vendas que se fazem públicamente em feiras ou em leilões, nos armazéns de mercadorias aí depositadas. Temos ainda, em relação ao comércio marítimo, todos os contratos de riscos, todos os contratos que se referem ao seguro, ao fretamento, às expedições de navios, os quais todos são considerados pelo art. 19 como atos de comércio.

### Adenda

Assim se exprime SILVA COSTA, expendendo a sua doutrina sôbre os atos de comércio: — “Pensamos que os atos de comércio podem ser divididos em:

- a) subjetivos;
- b) objetivos;
- c) mistos;
- d) pela teoria do acessório.

Os subjetivos são os que praticam os comerciantes (Cod. Com., tit. único, art. 18; reg. 737, arts. 10, 11, 14 e 19).

Os objetivos são comerciais em razão do próprio ato, sem atenção à qualidade de quem o pratica, como a letra de câmbio (Cod. Com., tit. único, art. 19; reg. 737, art. 20).

Muitos são os atos que têm a natureza civil em relação a um contratante e comercial em relação ao outro; assim, o não comerciante que compra um objeto no estabelecimento comercial, pratica um ato civil — a compra regida pelo D. Civil; e o comerciante, que vende êsse objeto, pratica um ato mercantil — a venda respectiva: se o não comerciante, tem de acionar o comerciante, em razão desta compra e venda, tem de recorrer ao juízo do comércio; si o inverso se der, si o comerciante houver de demandar o comprador não comerciante, em razão dêsse ato, tem de



recorrer ao juízo civil: é o caso do art. 11 do reg. 737. Eis aqui porque êstes atos são justamente considerados mistos.

Os atos comerciais pela teoria do acessório são da jurisprudência francesa, são atos de natureza civil; mas que, por sua estreita ligação com os de comércio, recebem dêstes a qualificação: o direito pátrio socorre esta espécie de atos de comércio, quando submete à jurisdição comercial questões de bens de raiz, que ocorrem em execuções comerciais, ou em matéria rescisória, declarando a falência (reg. 737, art. 13) ”.

## V

### Divisões e sub-divisões do comércio: seu valor prático.

Comércio por terra (terrestre); comércio por água (marítimo ou náutico). Regime das águas. Navegação interior (fluvial ou lacustre). Comércio de longo e pequeno curso; cabotagem; colonial; costeagem. O comércio de cabotagem no direito pátrio.

O comércio é uma série ininterrupta, contínua, intimamente travada de transações ou de operações do exercício da troca econômica para a circulação das riquezas, e, conforme às condições em que êsse exercício se manifesta, apresentando feições distintas, surge a necessidade de dividir e subdividir o comércio segundo as condições e as circunstâncias do seu exercício, e que alteram de algum modo as regras e as normas invocadas para regularizar a profissão comercial. O critério para uma classificação do comércio é quadruplo: em primeiro lugar, toma-se em consideração o lugar; em segundo, o tempo; em terceiro, a quantidade das mercadorias que desloca; e, em quarto, o objeto sôbre que recaem as transações comerciais.

Com relação ao lugar, costuma-se distinguir o comércio em: *interno* ou *interior*, *externo* ou *exterior*, e em comércio *por terra* e *por água*.

Comércio interior é o que se circunscreve ao território de um país, de um estado, de modo a não existir conflito de leis, porque uma só lei rege e disciplina tôdas as transações comerciais interiores.

Uma vez que as nações se circunscrevem aos limites de um território, o comércio, ao contrário, excede êsses limites e relaciona-se com outras nações, dando lugar a conflitos e colisões entre as diferentes legislações, não se sabendo, muitas vezes, ou sendo duvidoso, qual das legislações deve ser aplicada para reger estas ou aquelas relações jurídicas do comércio internacional — eis o comércio exterior.

O comércio interior se divide, entre nós, em: *nacional*, quando diz respeito ao interêsse nacional do comércio, sem levar em conta as diferentes circunscrições administrativas em que se divide a República; *estadual*, quando se limita ao território de um estado; *interestadual*, quando relaciona o comércio dos diferentes estados entre si; *regional*, quando limita o seu exercício a um certo ponto do território nacional.

O comércio interior também pode ser *público*, quando a autoridade pública intervêm para regularizar as transações comerciais, como nas feiras, mercados, praças de comércio e juntas comerciais; e *privado*, quando êle é feito entre particulares, entre comerciantes, sem o cunho oficial, sem a intervenção direta do Estado.

Divide-se ainda o comércio em: *comércio por terra* e *comércio por água*. Chama-se *comércio por terra* ou *terrestre* aquele que é feito a propósito ou mediante a troca econômica, e *comércio por água* aquêle que é feito mediante ou a propósito do transporte por água.

Levando-se em conta as circunstâncias de tempo em que se dá, o comércio pode se dividir em: *comércio em*

*tempo de paz e comércio em tempo de guerra*, sendo que o comércio em tempo de guerra é por sua própria natureza restrito, em virtude do direito dos beligerantes em não consentir que os neutros façam contrabando de guerra. Em tempo de paz, porém, o comércio é inteiramente livre.

Em relação à quantidade das mercadorias que desloca, o comércio se divide em: *comércio de grosso trato*, ou *por atacado*, ou *por grosso*, e *comércio a retalho* ou *de pequeno trato*.

Em relação ao objeto sôbre que recaem as transações comerciais, são tantas as classificações, debaixo do ponto de vista restrito da qualidade das mercadorias, quantos são os ramos da profissão comercial. Assim se diz que há comércio de compra e venda, de depósito, de transporte, de bancos, de seguros, de câmbio, etc.

De tôdas estas classificações, as que mais de perto afetam o estudo do Direito Comercial privado são aquelas que distribuem o comércio em: *comércio marítimo*, *comércio por água* e *comércio por terra*; aquela que estuda o comércio em relação ao número e quantidade das mercadorias que desloca — o *comércio de grosso trato* e o *de pequeno trato*.

Chama-se comércio marítimo ou comércio por água aquele que é feito mediante ou a propósito do transporte por água, por meio da navegação. Esta denominação de comércio marítimo, dada ao comércio que se faz por água, não é a mais correta. Com efeito, se todo o comércio marítimo se limitasse exclusivamente às transações que se fazem a propósito ou mediante a navegação pelo mar, era mais adequada a denominação de marítimo para distingui-lo. No comércio marítimo, entretanto, se inclui, não só a navegação feita por mar, como a navegação feita pelos rios, que se chama — navegação fluvial, e a feita pelos lagos, que se chama — navegação lacustre.

O comércio marítimo se subdivide em: comércio de longo curso e de pequeno curso, conforme a extensão da

navegação que serve a êste comércio. O comércio de pequeno curso ainda se subdivide em: comércio de grande ou de pequena cabotagem, ou em comércio costeiro ou comércio de cabotagem.

Voltando à denominação *marítima*, dada a êste gênero de comércio, vimo-lhe a impropriedade, por compreender a navegação fluvial e a lacustre. Modernamente, entretanto, principalmente depois da Ordenança de LUIS XVI, e de COLBERT, esta denominação de marítimo caiu em uso para estabelecer a diferença que há entre comércio terrestre e comércio impròpriamente dito. Antigamente tôda a população se aglomerava nas costas marítimas do país, e o interior era completamente despovoado. Daí a navegação comercial começar primeiramente pelo mar, para, depois do povoamento progressivo dos territórios, se estender aos rios e lagos interiores do país. Esta é a razão por que antigamente só se dava a denominação de *marítimos* só se conhecia a navegação feita pelo mar. Mas no Direito Romano e no da Lei Rhodia, ainda não era conhecida esta denominação. Aplicavam a denominação exata, adequada, para distinguir o comércio feito por água do feito por terra. Dêsde a Lei Rhodia, conhecida pelo nome de *Lei náutica da ilha de Rhodes*, se encontra a denominação dada ao comércio feito por água — *comércio náutico*. E é esta a denominação aceita no Direito Romano, como se pode ver no Código, livro 4, tit. 32, e no Digesto, 1º 22, tit. 2, e Lº 14, tit. 14. Um dos mais antigos contratos do chamado comércio marítimo, que existem no Direito Romano, eram os *empréstimos a risco*, ou os *empréstimos marítimos* ou de *câmbio marítimo*, que êles chamavam — *de náutico faenore*, nos textos acima enumerados. Para mais frizar que a denominação técnica de náutico era a mais adequada para aplicar-se ao comércio por água, temos o frag. 9 do Digesto liv. 12, tit. 2, onde se trata de um caso interessante de Direito Marítimo. No Direito Romano não se distingue nitidamente o Direito Comercial Terrestre do Direito Civil

pròpriamente dito. Estava, entretanto, perfeitamente discriminada a distinção que fazia entre o comércio marítimo e o Direito Civil. Nesse frag. 9 do Digesto, liv. 14, tit. 2, *De lex Rhodia de jactu*, trata-se do seguinte caso: naufragara em uma das ilhas Cycladas um navio mercante pertencente a Eudemon de Nicomedia,, e uns indivíduos que pagavam imposto aos romanos, e eram chamados — publicanos, assaltaram o navio e roubaram as mercadorias que êle levava. O rei de Nicomedia queixou-se ao imperador ANTONINO desta violação ao seu direito de propriedade. ANTONINO não quiz dar uma solução jurídica a êste caso, dizendo expressamente que êle, imperador romano, era senhor do mundo, mas que senhor do mar era a Lei Rhodia e, de conformidade com ela, devia ser resolvido o caso apresentado à sua solução. E êste caso veio à baila por aí se não empregar a expressão *negócios marítimos*, mas a expressão cousas náuticas, *rebus nauticis*. Esta devia, pois, ser a expressão a usar quando se tratar de comércio por água.

É de grande alcance prático a distinção entre comércio por terra e comércio por água, porque muitas regras e preceitos do comércio por terra não se aplicam ao comércio por água. Daí vem dizerem muitos comercialistas que o Direito Marítimo, isto é, o Direito Comercial Marítimo, é um direito autônomo com relação ao Direito Comercial Terrestre.

A entender literalmente a expressão Direito Comercial Marítimo, poder-se-ia dizer que o comércio feito pela navegação dos lagos e dos rios navegáveis ou flutuáveis, não está submetido às regras do Direito Comercial Marítimo, mas sim ao Direito Comercial Terrestre, porque o marítimo é só aquêle, segundo a etimologia do termo, que se exerce por meio da navegação por mar. E aí está o interesse prático da distinção.

Os códigos modernos mantem a denominação comércio marítimo para significar o comércio feito por mar, mas

imediatamente os códigos apresentam, como o italiano, que trata na parte segunda da sua legislação, — *do comércio marítimo e da navegação*, abrangendo tudo quanto não diz respeito propriamente ao comércio por mar, mas abrangendo o comércio pelos rios, lagos, etc.

O Código Argentino ainda é mais preciso. Quando êle trata, na segunda parte, de dizer quais são as regras comerciais que devem regular o comércio marítimo, não usa da expressão — comércio marítimo, mas faz uma segunda parte e a inscreve: *dos direitos e obrigações oriundas da navegação*, compreendendo, portanto, tudo quanto diz respeito ao comércio por água, quer êle seja feito por mar, quer em rios ou lagos.

Vejamos o comércio marítimo.

Em relação a êste ponto, divide-se o oceano em duas porções bem distintas: o mar livre ou mar alto, e mar adjacente, mar costeiro, mar litoral, ou mar territorial propriamente dito. Chama-se mar territorial adjacente aquela porção de mar que está unida, adjacente, ao litoral dum país.

É diferente o direito, segundo se trata de applicá-lo ao comércio feito pelo mar litoral ou ao comércio feito pelo mar alto. No mar territorial ou no mar litoral, o Estado exerce, não domínio propriamente dito, não a propriedade no rigoroso sentido do Direito Civil, porque a propriedade, nesse sentido, tem como consequência o exclusivismo; de modo que, se o Estado tivesse sobre o mar territorial ou litoral domínio ou propriedade no sentido indicado, a consequência era que o Estado podia fechar a navegação aos outros países sobre o mar territorial, quando verdade é que, embora o mar litoral fique dentro da fiscalização, dentro da esfera da policia do Estado ribeirinho, é livre, entretanto, para a navegação dos outros Estados, contanto que essa navegação, segundo a expressão técnica de Direito Internacional, seja uma navegação inocente. Mas qual é, portanto, o direito que o Estado ribei-

rinho exerce sôbre o mar territorial, sôbre essa porção de mar adjacente ao litoral? Simplesmente o direito de vigilância, de soberania, para garantir a sua soberania e acautelar a segurança dos interêsses de seus habitantes, para assegurar e promover os seus interêsses econômicos e aduaneiros. Fóra dêsses direitos, nenhum outro direito pode o Estado ribeirinho exercer sôbre o mar territorial.

Não acontece o mesmo com relação ao mar alto.

Mas como se pode discriminar e balizar esta porção líquida do oceano que se chama mar territorial, e separá-la do que se chama mar livre? Esta divisão não é indifferente ao Direito, porque não são iguais, uniformes, as regras que o Direito Comercial Marítimo aplica à navegação do mar territorial e do mar alto. Não é possível traçar uma linha fixa sôbre o elemento móvel do mar. Foi preciso, portanto, procurar uma solução fixa, invariável, para se determinar onde devia começar esta parte líquida que se chama mar territorial, e onde devia ela mesma acabar.

No Direito Romano o mar territorial devia começar na linha do preamar, isto é, no limite máximo a que chegam as marés. No Direito Fenício, ao contrário, o ponto de partida era o baixa mar, isto é, o limite mínimo a que chegam as marés. Modernamente, várias têm sido as soluções apresentadas pelos jurisconsultos para determinar de que extensão, de que largura é esta faixa que constitui o mar territorial. Uns entendiam que devia ser uma extensão de mil milhas (a milha marítima correspondendo a mil oitocentos e cincoenta e dois metros correntes); outros, três e cinco mil milhas; outros, que se devia levar em conta a profundidade das águas para determinar onde começava e onde acabava o mar litoral; e outros que essa extensão devia ser abrangida a ôlho nú. Mas nenhuma destas soluções foi aceita pelo Direito Internacional, quer o Direito Internacional comum, quer o convencional, ou o resultante de tratados entre as diferentes nações.

Hoje em dia, é solução corrente entre os jurisconsultos que a extensão do mar territorial seja determinada pelo alcance do projétil de um canhão; até onde alcançar o tiro de um canhão disparado da praia, até aí vai o mar territorial, porque, dizem, o mar territorial deve ser aquêle em que a ocupação pela fôrça armada do Estado ribeirinho seja possível.

O mar territorial pertence à soberania do Estado ribeirinho, está submetido ao seu poder pelo uso que dêle possa tirar, já para pesca, já para a navegação, já para a segurança do território, já para garantir o exercício do comércio e os interêsses econômicos da nação; êste uso é um uso limitado; esta propriedade territorial pode sofrer detenção material, permanente e eficaz da fôrça armada do Estado ribeirinho.

É esta a razão por que se tomou como medida o alcance a que possa chegar o tiro ou um projétil de canhão.

No mar livre não se dá o mesmo: o mar livre ou mar alto é comum, ninguém pode ter soberania sôbre qualquer porção dêste mar. É bem conhecida a grande questão internacional que no comêço dos tempos modernos fêz entrar em conflito a Holanda e a Inglaterra. A Inglaterra, pelo seu poder naval de então, entendia que devia ser a soberana dos mares, regular a navegação do mar livre, impedir que certas nações fizessem o seu percurso mercante pelo mar livre ou mar alto. Contra essa pretensão da Inglaterra, levantou-se a Holanda, que então era um Estado florescente, possuindo uma marinha mercante considerável.

Houve grande discussão entre os jurisconsultos de um e de outro país: uns entendiam que o mar devia ser fechado, *mare clausum*, e entendiam outros que o mar devia ser aberto, *mare liberum*, segundo os jurisconsultos da Holanda.



Hoje essas discussões perderam, de todo, o interesse jurídico, e têm apenas o interesse histórico; hoje não há legislação alguma, internacional e pública, que não adote a plena liberdade do mar.

Dêste princípio se derivam as seguintes consequências:

1 — O mar é de uso comum de todos os homens, ninguém pode impedir que uma nação qualquer, no exercício do seu comércio, e mesmo com a sua marinha de guerra, percorra qualquer zona do chamado mar livre ou mar alto.

2 — Não se pode restringir absolutamente o uso comum do mar alto, e quando alguma nação entra em acôrdo particular, faça convenções ou tratados particulares, e imponha nessas convenções alguma restrição ao uso do mar livre, essa restrição não deve ser respeitada pelas outras nações que não foram partes contratantes.

3 — Qualquer que seja o poder naval mercante ou de guerra, das nações, tôdas elas têm o mesmo direito, têm assegurada a mesma faculdade, podem navegar livremente pelo mar alto. Não sucede assim com relação ao mar territorial: o mar territorial não é como o mar alto, um mar de uso inesgotável; é de uso limitado; pode ser efetiva e eficazmente ocupado pelas fôrças navais, pela fôrça armada das nações ribeirinhas; o mar alto, em caso algum, pode ser ocupado, qualquer que seja o poder naval que pretenda a sua soberania.

A soberania ou o império que exerce o Estado ribeirinho sôbre a zona do oceano que circunda o seu litoral, pode ser de várias espécies: ou êle exerce a chamada *polícia de segurança*, que é aquela que tem em vista a proibição ou a repressão dos crimes; ou êle exerce a *polícia sanitária*, que é aquela que, em bem da saúde pública, proíbe aos navios pestosos entrarem nos portos dos mares territoriais, pelo perigo do contágio; ou é a *polícia aduaneira*, isto é, sôbre impostos que o comércio, quer de importação, quer de exportação, costuma o Estado aplicar;

pode ser um direito ou uma faculdade de *jurisdição penal*, e isto expressamente se encontra na legislação, qualquer que seja o ramo jurídico que se ocupe da extensão do Direito Positivo pátrio em relação ao espaço.

Como exemplo, pode-se citar o art. 4 do Código Penal.

Tratando-se aí da eficácia da lei penal, isto é, da aplicação da lei penal sôbre o território brasileiro, mencionam-se os mares territoriais e os navios mercantes, embora estrangeiros, que estejam ancorados nos seus portos, sôbre os quais o Estado pode exercer, não só a sua polícia de segurança, como a sua polícia sanitária, a polícia aduaneira e a jurisdição penal.

# A administração de sociedades por quotas constituídas ou de que outras sociedades participem

*Waldemar Ferreira*

(Catedrático de Direito Comercial)

## Os antecedentes da lei brasileira de sociedades de responsabilidade limitada.

§ 1. Teve a lei brasileira, que disciplinou a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, como seus ancestrais a lei alemã de 20 de abril de 1892, modificada pela lei de 20 de maio de 1896, e a lei portuguesa de 11 de abril de 1901.

Admitiu a lei alemã a possibilidade de confiar-se a administração da sociedade a um ou mais gerentes, “sócios ou outras pessoas”. Tendo, todavia, prescrito que a sociedade se designaria por denominação indicativa de seu objeto ou por firma ou razão social, desde que nesta figurasse o nome, ao menos, de um dos sócios, nas duas hipóteses indicando-se a existência da sociedade e mencionado ser “de responsabilidade limitada”, o problema se apresentou quanto ao uso da firma ou razão social. Como a lançaria o gerente estranho, que não fôsse sócio? O que se tem entendido é que a firma ou razão social é de uso exclusivo de gerente, que seja sócio. Resolveu a lei, e foi no § 26, a dificuldade, determinando que, ao lançar a firma social, ou a denominação, o gerente lhe acrescentaria assinatura ou firma individual. Estabeleceu, dessarte, re-

gra geral, aplicável tanto ao gerente estranho, quanto ao gerente sócio.

Não se afastou do sistema alemão, nêsse ponto, a lei portugueza. A denominação deve, quanto possível, dar a conhecer o objeto da sociedade; e a firma, quando não individualize todos, conterà o nome ou firma de um dêles. Denominação e firma aditam-se das palavras “limitada”. Não ficou nisso, todavia, a lei portugueza. Concedeu à sociedade adquirente de qualquer estabelecimento a faculdade de tomar a firma ou denominação da empresa antecessora, aditando-lhe ou não a declaração de haver-se nêle sucedido. Ademais, acentuou que, transformando-se qualquer sociedade ou firma em nome individual em sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, pode esta continuar no uso da antiga firma ou denominação.

Desde que, por expresso no art. 26, a sociedade é representada por um ou mais gerentes, suscetíveis de escolha “de entre pessoas estranhas à sociedade”, a sequên- cia é a do uso, por êstes, da firma ou da denominação social.

#### **A administração das sociedades por quotas por sócios gerentes.**

§ 2. Distanciou-se a lei brasileira das leis alemã e portugueza em não permitir a gerência da sociedade por quotas senão a sócios. Não estabeleceu o vêdo a estranhos expressamente, desde logo se diga; mas, no art. 10, explicitamente se referiu aos “*sócios gerentes* ou que derem o nome à firma”, reafirmando a expressão no art. 12: “os *sócios gerentes* poderão ser dispensados de caução pelo contrato social”. Por último, no art. 13, mui precisamente estatuiu que “*o uso da firma cabe aos sócios gerentes; se,*

*porém, fôr omissa o contrato, todos os sócios poderão usar dela”.*

Eis porque já há muito tempo se disse que “a lei, quando fala da gerência, usa sempre das expressões *sócios gerentes*. Quer isso dizer que somente os sócios podem ser nomeados gerentes. Inibe terceiro ou estranho do desempenho de tal função” (WALDEMAR FERREIRA, *Sociedades por Quotas*, ed. Cia. Gráfica Editôra Monteiro Lobato, São Paulo, 1925, pág. 67, n. 62).

É de indisfarçável importância o dispositivo da lei brasileira, pois que situou a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, entre as sociedades de pessoas, de onde a existência, no direito brasileiro, de duas espécies de sociedades solidárias: *a)* a em nome coletivo, de responsabilidade ilimitada de todos os sócios; *b)* a por quotas, de responsabilidade limitada de todos os sócios ao montante do capital social. Nessas duas espécies societárias, os sócios, subsidiariamente, os quotistas somente em caso de falência, respondem solidariamente, nos termos sobreditos, pelas obrigações sociais. Os sócios, na em nome coletivo, respondem solidária e ilimitadamente até ao montante do passivo social. Os sócios, na por quotas, até ao quanto do capital social. Respondendo uns e outros solidariamente, as duas sociedades são, de acôrdo com a terminologia vigente, sociedades de pessoas. Solidariedade é vínculo eminentemente pessoal: só pessoas podem solidarizar-se umas com outras. Capitais não se solidarizam. Para isso, falta lhes alma. Capitais fundem-se. Capitais somam-se. Capitais aglutinam-se. Podem até constituir massa uma e única. São todavia insuscetíveis de solidariedade. Basta que a sociedade seja solidária, limitada ou ilimitadamente, pouco importa, para que se repute, necessariamente, sociedade de pessoas. A solidariedade é estritamente pessoal.

### **O personalismo das sociedades de responsabilidade limitada.**

§ 3. Porque as por quotas são sociedades de pessoas, é que elas devem administrar-se por seus sócios e não por estranhos. Comprova-o a regra do art. 334 do código commercial. A nenhum sócio é lícito ceder a um terceiro, que não seja sócio, a parte que tiver na sociedade, nem fazer-se substituir no exercício das funções que nela exercer, sem expresso consentimento de todos os outros sócios, pena de nulidade do contrato; mas poderá associá-lo à sua parte, sem que por êste fato o associado fique considerado membro da sociedade.

Esse personalismo, e de personalismo físico é que se trata, levou o decr. n. 916, de 24 de outubro de 1890, no art. 11, b) e c), a exigir, para o registro da firma social, a declaração, por extenso, dos nomes dos sócios ou pessoas com direito ao seu uso, bem como a firma social assinada por todos êles.

Quando o centenário código de comércio se elaborou, não estava ainda admitida geralmente a personalidade jurídica das sociedades mercantis. Era longinqua, portanto, a hipótese da admissão de sociedades como sócias de outras sociedades. Desde que, porém, a doutrina personalizadora adquiriu foros de legitimidade e que o código civil a consagrou, ninguém mais pôs em dúvida tal pudesse acontecer. E introduziu-se, naturalmente, o uso, já agora corrente, de constituirem-se sociedades mercantis com o concurso de pessoas naturais, como sempre foi; de pessoas naturais com pessoas jurídicas; e somente com pessoas jurídicas. Esse não é uso local, desta praça de São Paulo, ou das demais praças do país, senão que é uso em todo o mundo, cada vez mais intensamente.

### **A legitimidade das sociedades de sociedades.**

§ 5. Não se discute mais quanto à licitude de sociedades de qualquer natureza e objeto, assim as civis, e as fundações, como as comerciais, mercê de sua personalidade jurídica, associarem-se ou entrarem a fazer parte de sociedades em funcionamento, como sócias, quotistas ou acionistas. Se, preceitua o § 2 do art. 135 do decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, “se a sociedade participar de uma ou mais sociedades, ou delas possuir ações”, dos seus balanços hão de constar, sob rubricas distintas, “o valor da participação ou das ações” e as importâncias dos créditos que a tais sociedades conceder. Que, pois, a lei, em termos preclaros, admite a hipótese de sociedade (e o texto não se refere explicitamente à anônima, mas a qualquer sociedade, em geral) “participar de uma ou mais sociedades”, ou, ainda, “delas possuir ações”, não cabe dúvida. De resto, ela cuida ainda da situação das chamadas sociedades controladas ou coligadas, encarando ao vivo não somente o uso, como o fenômeno peculiar ao grande comércio hodierno.

Em outro ponto a mesma lei previu a possibilidade de umas sociedades participarem de outras. Foi no art. 64. Vedando o funcionamento de sociedades anônimas estrangeiras no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos que as representem, antes de devidamente autorizadas, o texto lhes resalvou o direito de, afora nos casos expressos em lei, “ser acionistas de sociedade anônima brasileira”.

Se, pois, as sociedades anônimas estrangeiras, ainda que não autorizadas a funcionar no país, têm êsse direito, de tal modo expresso, fruem-no, com maioria de razão, as sociedades anônimas brasileiras.

Como, e surge o problema, as sociedades anônimas, nacionais e estrangeiras, que fizerem parte de outras socie-

dades, nelas agem e, quando seja o caso, podem administrá-las?

**As sociedades estrangeiras e sua participação em sociedades brasileiras.**

§ 6. As sociedades anônimas estrangeiras têm, evidentemente, sede e órgãos administrativos no seu país de origem. Vindo a funcionar no Brasil, para cá não transplantam sua administração. Abrem agências, sucursais ou filiais, quando não simples escritórios. Montam usinas. Instalam fábricas. Não obstante, sua direção permanece em sua sede primitiva.

Nesse caso, resolve o art. 67, as sociedades anônimas, autorizadas a funcionar, são obrigadas a ter, permanentemente, “representantes no Brasil, com plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandados e receber citação inicial pela sociedade”. Com tais poderes, êsses representantes operam como se fossem os próprios diretores das companhias de que coparticipem, sejam anônimas ou por quotas, de responsabilidade limitada.

Resulta que as sociedades anônimas estrangeiras (e o mesmo é para as de outras espécies), quer tenham sido autorizadas a funcionar no país, quer não, podendo participar de sociedades brasileiras, hão de exercitar os seus direitos de sócias, quotistas ou acionistas, por via de prepostos, que as representem, comparecendo em assembléias gerais, nelas deliberando, votando, elegendo e sendo eleitos para os órgãos societários. Êsses prepostos são os seus representantes legais.



**A forma de atuação das sociedades sócias nas de que participam.**

§ 7. As sociedades anônimas brasileiras, ou de outras espécies, participantes de outras sociedades, por intermédio de seus diretores nelas atuarão, exercitando os seus direitos de sócias, acionistas ou quotistas, de conformidade com os poderes que lhes houverem sido consignados nos estatutos ou contratos sóciais.

Nas sociedades anônimas, quanto à eleição para os cargos de diretoria ou do conselho, objeta-se, não existe problema, nem dificuldade. Não existe tal porque elas se administram “por um ou mais diretores, acionistas ou não”; e o conselho fiscal será composto de tres ou mais membros e suplentes em igual número, “acionistas ou não” Nada impede, pois, que os representantes das sociedades anônimas estrangeiras ou os diretores das sociedades anônimas brasileiras se façam eleger para a composição dêsses dois órgãos societários.

O problema apresenta-se quanto, especialmente, às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. Administrando-se estas, por dispositivo expresso de lei, por “sócios gerentes”; sendo sócias as sociedades anônimas ou outras e, tendo as pessoas jurídicas existência distinta da dos seus membros, como elegerem-se os diretores ou prepostos, que não são sócios?

**As normas de interpretação das leis e dos contratos.**

§ 8. Não previu a lei disciplinadora das sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, como muito antes não previra o código do comércio, que pessoas jurídicas, quer de direito privado, quer de direito público, pudessem associar-se ou coparticipar de sociedades mercantis. Eis porque surge o problema. Cumpre resolvê-lo,

de molde a não impedir, por interpretação ao pé da letra, que tais pessoas jurídicas de outras sociedades participem, pondo-lhes ao alcance faca sem lâmina. Sócias, e sócias quotistas, as sociedades, que organizassem, estariam impossibilitadas de funcionar. A interpretação literal e restrita da lei e sua aplicação ao caso por ela não previsto levaria ao absurdo, o que seria inadmissível. *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia.* Se a lei permite que sociedades de qualquer natureza se associem, constituindo sociedade por quotas, de responsabilidades limitada, claro está que se há de interpretá-la com tal sabedoria que o permitido não seja vedado e possam elas administrá-la por intermédio das pessoas naturais por via das quais elas manifestam a sua vontade e agem no mundo dos negócios. De resto, não se perde em invocar o batido axioma de que *scire leges non est verba earum tenere.*

#### **O sentido do texto legal permissivo da delegação do uso da forma social.**

§ 9. Ponto existe do decr. n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que ainda não foi examinado com atenção maior. É o do art. 13. Vale reproduzi-lo. “O uso da firma cabe aos sócios gerentes; se, porém, fôr omissa o contrato, todos os sócios dela poderão usar. É lícito aos gerentes delegar o uso da firma somente quando o contrato não contiver cláusula que se oponha a essa delegação. Tal delegação, contra disposição do contrato, dá ao sócio que a fizer pessoalmente a responsabilidade das obrigações contraídas pelo substituto, sem que possa reclamar da sociedade mais do que a parte das vantagens auferidas no negócio”. Deflui desse dispositivo que, na sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, a delegação do uso da firma e, pois, também da denominação social, é a regra. Esse uso só é indelegável quando explicitamente vedado pelo contrato

social. Mas, ainda assim, quando delegado contra o dispositivo contratual, a pena não é a nulidade dos atos praticados pelo delegado mal constituído, senão a responsabilidade pessoal do que delegou pelas obrigações contraídas “pelo substituto”.

Não veio êsse dispositivo da lei portugêsa, pois que esta, no art. 29, exarou o princípio de que “só podem usar da firma social os gerentes” Não se contém na lei alemã preceito idêntico ao da lei brasileira, que consente a delegação da firma, de resto não permitida pelo decr. n. 916, de 24 de dezembro de 1890. Sempre se entendeu que o uso da firma era indelegável e constituía privilégio dos sócios gerentes. Tal o ensinamento de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA no *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3.º vol. da 1ª ed. (São Paulo, 1914), pág. 164, n. 703. “Os gerentes personificam a sociedade, são os seus órgãos e empregam a firma social; por intermédio dêles, a sociedade entra em relações com terceiros, praticando todos os atos concernentes aos fins de sua instituição”. Em nota, chamou o tratadista atenção para o art. 302, n. 3, do código do comércio, que manda consignar nos contratos sociais “os nomes dos sócios que pódem usar da firma social ou gerir em nome da sociedade; na falta desta declaração, entende-se que todos os sócios podem usar da firma e gerir em nome da sociedade”. Fê-lo a fim de salientar que neste dispositivo “se mostra a necessidade de determinar a firma social no contrato da sociedade e se estabelece a sinonímia entre *usar a firma e gerir em nome da sociedade*”.

Impregna-se de tal modo o uso da firma social no órgão societário, que é o sócio gerente, que a sinonímia, posta em evidência pela comercialista insuperado, se torna de solar evidência. Só pode usar da firma sócia o sócio gerente. É peculiar ao sócio gerente o uso da firma. Daí, a indelegabilidade do uso da firma social.

Foi com êsse princípio que rompeu a lei disciplinadora da sociedade por quotas, de responsabilidade limitada. Esta sociedade sòmente por sócios, e serão os sócios gerentes, pode ser administrada. Quer isso dizer que sòmente êsses sócios podem usar da firma social; mas, excepcionalmente, no sistema legal quanto às firmas ou razões sociais, o uso da firma social é delegável pelos sócios gerentes, quando se trate de sociedade por quotas e o respectivo contrato constitucional não o proscruvia expressamente. A delegação é a regra; mas delegar o uso da firma não é mais do que delegar a gerência, tal a sinonímia das expressões *usar a firma* e *gerir em nome da sociedade*, que se deparam no art. 302, n. 2, do código comercial.

De resto, o mesmo texto do decr. n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, no art. 13, que permite a delegação do uso da firma, quando alude à realizada contra dispositivo do contrato, estabelece a responsabilidade pessoal do delegante, pelas obrigações contraídas “pelo substituto”, o que indica, inequívocamente, que, quando se delega o uso da firma, o delegado substitue o delegante na gerência da sociedade, tomando-lhe o lugar, fazendo-lhe as vezes.

Tem-se, destarte, dispositivo especialíssimo, peculiar à sociedade por quotas, sôbre que os monografistas e tratadistas foram omissos, apenas aludindo ao texto, sem examiná-lo, como merecia e merece. O próprio autor destas linhas mais não disse a propósito em trabalho publicado na *Revista de Derecho Privado*, de Madrid: “Permite a lei aos sócios gerentes delegar o uso da firma, quando o contrato a isso expressamente não se oponha; mas essa delegação jamais foi outorgada pela incompatibilidade manifesta com o regime do uso da firma social no direito brasileiro, em que isso é da privativa competência dos sócios. A delegação sòmente pode dar-se por via de procuração. Como, porém, a qualidade e as atribuições dos sócios sòmente podem ser exercidas pelos próprios sócios e não por terceiros, o mais que pode acontecer é que os sócios ge-

rentes constituam procuradores em nome da sociedade e que representem a esta e não a êles, revelando em todos os casos o seu mandato” (WALDEMAR FERREIRA, *Tratado das Sociedades Mercantis*, 4.º ed. de 1952, vol. 1, pág. 234, n. 9).

Como bem se percebe, estabelecendo a lei que a sociedade por quotas deve ser administrada por *sócios gerentes*; mas permitindo que êstes — salvo proibição expressa no contrato social — deleguem o uso da firma social ou seja a própria gerência da sociedade, aquêlê princípio deve temperar-se com êste, principalmente quando se trate de sociedade por quotas constituída por várias pessoas jurídicas, ou seja por outras sociedades.

#### **A aplicação do direito subsidiário nos casos omissos.**

§ 10. Não previu a lei de sociedades por quotas a possibilidade de constituírem-se sociedades dessa espécie por pessoas jurídicas. Daí o não ter disciplinado a regência delas em casos tais, nem disposto quanto ao uso da firma social. O caso é, pois, de omissão da lei; e, pois, de recurso ao direito subsidiário. Proscrita, pela regra do art. 2 do decr. n. 737, de 25 de novembro de 1850, a invocação da lei civil nas questões sociais, devendo recorrer-se aos usos comerciais, nêstes é que se há de encontrar o critério a seguir.

Ora, não são poucos os contratos sociais em que se estabelece que a gerência de sociedade por quotas, constituída por outras sociedades, caberá a estas, que a exercerão através de prepostos seus, ainda que chamados diretores, escolhidos nos próprios contratos ou elegíveis e reelegíveis quando não substituíveis em assembléias de quotistas, podendo a substituição dos diretores fazer-se, durante o exercício anual, mediante comunicação da quotista à sociedade.

Êsse uso, de que dá notícia, por exemplo, escritura de 1 de setembro de 1953, das notas do 10.º tabelião desta comarca, reproduziu o constante de outra escritura anterior,

de 4 de junho de 1952, das notas do 12.º tabelião, também desta comarca, esta arquivada na Junta Comercial de São Paulo, sob n. 161.905.

No adotar-se essa prática, não se deu nenhuma infração de lei. Como já se demonstrou, e principalmente tratando de sociedades anônimas estrangeiras, ou de outro tipo, elas somente podem exercer sua atividade jurídica no Brasil por via de representantes, de modo que por intermédio de delegados ou prepostos é que elas participam das sociedades que fundem ou de que entrem a coparticipar.

De resto, é de não esquecer que, pelo disposto no art. 4 da lei de introdução ao código civil (decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), “quando a lei fôr omissa, o juiz decidirá o caso de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Essa hierarquia, em direito comercial, deve inverter-se pela preferência dos usos comerciais à analogia, ou como, com mais sabedoria, dizia o art. 7 da abrogada introdução ao código civil, às disposições concernentes aos casos análogos.

O uso invocado condiz com caso análogo.

### **O exercício da sindicância falimentar pelas sociedades mercantis.**

§ 11. A função de síndico de massas falidas é de exercício pessoal, pelas responsabilidades civis e criminais que de seu exercício decorrem. Acentuou-o o art. 61 do decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, em têrmos ríspidos, dizendo que “a função de síndico é indelegável, podendo êle, entretanto, constituir advogado quando exigida a intervenção dêste em juízo” Sendo assim pessoal e indelegável a função do síndico, que deve recair em credores, como conciliar essa situação quando os credores sejam todos pessoas jurídicas, como as sociedades comerciais?

Se resolveu velha contenda a lei anterior, que a atual consagrou no art. 60, § 5, “se o syndico nomeado fôr pessoa jurídica, declarar-se-á no termo de que trata o art. 62 o nome do seu representante, que não poderá ser substituído sem licença do juiz”.

Eis, pois, caso inteiramente análogo, que justifica o uso, de que se trata, e que o juiz teria que invocar se houvesse de suprir a sinalefa legislativa. Como não era judicial a hipótese, os próprios interessados socorreram-se do direito subsidiário e applicaram-no com admirável justeza, juridicamente incensurável.

#### **O momento e a forma da delegação do uso da forma social.**

§ 12. Sendo o uso da firma de sociedade por quotas delegável, os quotistas, pessoas jurídicas de direito privado, no mesmo ato em que a constituirem podem delegar seu uso, ou, melhor, a gerência, que a tanto vale a delegação do uso da firma, a representantes ou prepostos seus, com o título de diretores. Representação é mandato. Nem só a procuração é o instrumento do mandato. Outorga-se êste até verbalmente. Decorre da natureza de investidura, em vários casos; e, no de que se cuida, desde que, na escritura de constituição da sociedade por quotas, os sócios, que são pessoas jurídicas, escolham pessoas que as representem nelas, mandato lhes outorgam; e, desde que as invistom dos poderes de gerência, lhes delegam o uso da firma social, o que é perfeitamente legal.

#### **A inexistência de texto legal proibindo que sociedades se associem.**

§ 13. Não existe no decr. n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, nem em qualquer outro diploma legislativo, pre-

ceito que proiba à pessoa jurídica, assim de direito privado, como de direito público interno, participar do capital de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, ou de outra espécie. Antes, e bem ao contrário, entre outros, tem-se o dispositivo expresso do art. 135, § 2, do decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, que regula o balanço anual da “sociedade que participar de uma ou mais sociedades, ou delas possuir ações”; e, ainda, o do art. 64 do mesmo diploma, que permite até às sociedades anônimas estrangeiras, não autorizadas a funcionar no país, “ser acionistas de sociedade anônima brasileira”. Esses dispositivos amortecem qualquer contenda que jejunos em direito pudessem alimentar.

#### **A intervenção das sociedades no mundo jurídico e dos negócios.**

§ 14. Fêz-se, na introdução dêste trabalho, o estudo do texto da lei reguladora da sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, que determina que ela se administre por sócios gerentes, especialmente em face da possibilidade de serem todos os seus quotistas pessoas jurídicas de direito privado, isto é, sociedades comerciais. Que estas são ou devam ser as incumbidas da gerência, em tese, é problema de muita simplicidade; mas as pessoas jurídicas intervêm na ordem jurídica por intermédio de pessoas naturais, que as representam e por elas agem, manifestando a vontade social. Dessas pessoas, umas são sócios, quando se trate de sociedades de pessoas, outras são órgãos, quando de sociedades de capitais se cuide. Num e noutro caso, é através de pessoas naturais que elas se movimentam no mundo dos negócios ou no mundo jurídico. Mercê mesmo da personalidade jurídica de tais sociedades, os seus componentes não são sócios, nem quotistas, nem acionistas das sociedades, que elas constituam ou de que entrem a copar-



ticipar. De tal jeito, os seus representantes naquelas sociedades, as que constituam, ou de que façam parte, jamais poderão ser delas “sócios gerentes”, por não serem sócios. Mas poderão ser, simplesmente, gerentes, diretores ou administradores, como se denominem, mercê de delegação, que lhes façam, dos poderes de gerência, com delegar-lhes o uso da firma ou denominação social, que o decr. n. 3.708. de 10 de janeiro de 1919, no art. 13, inequívoca e expressamente permite.

# As transformações do direito de família

*Lino de Moraes Leme*

(Catedrático de Direito civil)

## I — A família primitiva

§ 1. A primeira forma social foi a família. O instinto do sexo ligado ao egoísmo determina as ligações; o instinto da paternidade, sobrevivendo, e a necessidade de apoio mútuo, determinam a estabilidade da união. E assim se formou a célula social.

Se é verdade, como diz LUBBOCK (1), que nas raças inferiores é quasi desconhecido o amor, incontestável é que os instintos, o poder e a necessidade de união na luta pela vida levariam ao respeito desses agrupamentos. A natureza e as feras não podiam ser dominadas sem a união dos grupos, e uns não poderiam se impôr aos outros, sem a solidariedade, que a conjugação de esforços já revela.

E assim se estabelece o costume, que vem a ser reconhecido nas organizações sociais, desde as mais primitivas.

A poligamia resultou da preponderância do varão e do maior número de mulheres. Pode admitir-se tenha havido a poliandria, pelo fenômeno inverso, mas fórmula evidentemente passageira. Não se pode interpretar diferentemente os fatos referidos pelos escritores.

A compra da mulher deve ter representado uma compensação pela perda do auxílio que a mesma prestava, com seus serviços, à família paterna, da mesma fórmula que

---

(1) *Les origines de la civilisation.*

o dote veio a representar o auxílio que a concentração de capitais permitia ao pai (ou à própria mulher, ou a outra pessoa) fornecer ao marido, para tornar menos pesados os encargos advindos do casamento.

2. A monogamia e a poligamia se instalam na organização social. Entre os hebreus, se admitia a poligamia e se permitia fossem tomadas, como concubinas, as escravas e as servas das mulheres. O direito muçulmano limita a quatro as mulheres legítimas com certos direitos e deveres, além das concubinas, se o marido não se comprometeu a ficar monógamo, bigamo ou trigamo. Na Índia se admite o casamento, exceto para os *sudras*, embora se aconselhe a monogamia, como a forma perfeita; o homem de casta superior, casando-se com mulher de sua casta, pode descer a série de castas; o varão de casta inferior não pôde, porém, pôr os olhos em mulher de casta superior. Na China, o casamento é monogâmico, mas o homem pode ter até tres concubinas.

Com o advento do Cristianismo, não se admite senão o casamento monogâmico.

3. A forma patriarcal da família é a que predomina. Entre os romanos, a família era uma unidade legal, econômica e religiosa, caracterizando-se pelos poderes extensos que tinha o *pater familias*. Já entre os germânicos, o marido e a mulher tinham direitos iguais, e o filho, atingindo a maioridade, se tornava independente.

Em alguns povos, em estado atrasado de civilização, não ha vocábulos distintos para indicar o sobrinho e o neto, que são abrangidos na designação “filho”; bem assim o tio, que é indicado por “pai segundo, menor” (Birmânia, Japão), “pai varão” (Hawai).

## II — Casamento

4. Na China há o casamento por compra. O Direito muçulmano admite a poligamia, mas reconhece a cada mulher o direito de ter habitação separada. Na China, ha uma monogamia original, pois, se a mulher é uma só, contudo o marido póde ter até tres concubinas.

Mas, vamos referir-nos apenas aos países que admitem a verdadeira monogamia: um só marido e uma só mulher.

5. Em geral, o casamento é regulado pela religião. Em alguns países, não se reconhece o casamento religioso; em outros se permite aos nubentes escolher entre o casamento religioso ou o civil. Assim na Inglaterra, Espanha (art. 76 do Código Civil), Suécia (1809), Finlândia (1917), Noruéga (1918), Checo-eslováquia (1919), Letônia (1921), Dinamarca (1922), Itália (1929), Perú (1936), Brasil (1937). Na Grécia, somente se admite o casamento religioso. Na França, Rússia, Alemanha Austria, Suíça, Venezuela, Iugoslávia (1946), Polônia (1948), Rumânia, só se reconhece o casamento civil.

Na Suécia, a coabitação, precedida de esponsais, é casamento imperfeito. O mesmo se dá na Noruéga, quando resulta gravidês. Na Dinamarca, a coabitação, em certas condições, obriga a casamento. Na Escóssia, ha o casamento “by habit and repute”.

6. Quanto ao conceito de casamento (ato, contrato, instituição), é matéria doutrinária. O Direito canônico o considera contrato-sacramento; e, como contrato, reconhece a igualdade jurídica do marido e da mulher, proclamada por Leão XIII, na enciclica *Arcanum*.

O casamento é uma instituição social. Só a religião pode considerá-lo sacramento ou instituição divina.

7. Os esponsais ainda são reconhecidos em alguns países — Alemanha, Suíça, Inglaterra, Estados Unidos (menos em oito Estados, entre os quais, Nova Iorque, Nova Jersey, Pensilvânia, Illinois), Perú (também para os de menor idade — art. 76 do Código Civil), países escandinavos (na Suécia, cria um impedimento matrimonial).

8. A idade para casar varia: a) em vários países, é a de 18 e 16 anos, respetivamente, para o homem e a mulher: Portugal, Brasil, Estados Unidos, China, Rússia, Iugoslávia, Rumânia; b) 14 e 12 anos, em outros: Espanha, Grécia e em vários países da América do Sul — Colômbia, Venezuela, Bolívia, Uruguai, Chile, Argentina; c) 18 e 15, na França; d) 20 e 19, na Suíça; e) 16 e 14, no México; f) 18 e 17, na Turquia; g) 21 (maioridade) e 16, na Alemanha. Na Inglaterra a idade é a mesma, para o homem e a mulher: 16 anos.

9. Para aumentar o número de casamentos, afim de colocar as uniões do homem e da mulher de acôrdo com a lei, alguns países tomam providências especiais, como fêz o Chile, pela lei nº 4808, de 1930, a qual, considerando que muitas pessoas vivem em concubinato, por ignorância, obriga os oficiais do Registro Civil a visitas periódicas, para aconselhar o casamento, sôbre tudo aos que têm filhos. Com o mesmo objetivo se estabelecem mútuos para casamento (como a nossa lei n. 3.200), auxílio aos pais para educação dos filhos (França — *Código da família*).

Na Rússia, depois de implantado o comunismo, admitiu-se o casamento “de fato”, semelhante ao concubinato, que existiu em Roma, e ao casamento imperfeito, na Suécia; mas o dispositivo do Código russo de 1918 foi abrogado em 1944, estabelecendo-se não haver casamento sem o respetivo registro. Mas, na maioria dos países, casamento é um ato solene, para resguardar a liberdade dos nubentes.

10. Quanto aos impedimentos matrimoniais, na linha reta, não há discrepância, a não ser quanto ao resultante da aliança, para o qual o Código alemão admite dispensa, e o Código francês também, mas este só no caso de morte (art. 164). As divergências se manifestam quanto aos impedimentos na linha colateral, e aos de ordem moral e eugênica.

Limitam o impedimento, na linha colateral, ao segundo grau, as leis da Dinamarca, Noruégia, Alemanha (Código Civil, art. 1310), Holanda (Código Civil, art. 87), Uruguai (Código, art. 91), Argentina (Lei do casamento civil, art. 92), Chile (Lei do casamento, art. 4). E estendem ao 3º grau os Códigos Civis da Suíça (art. 100), da França (art. 163) do Perú (art. 83) da Itália (art. 87), do México (art. 156), do Brasil (art. 183, n. IV, salvo a hipótese prevista na lei n. 3200), Venezuela (arts. 52 e 53, vedando até o casamento entre tios e sobrinhos), o Direito muçulmano, sendo que alguns admitem dispensa, quanto ao parentesco colateral em 3º grau (Código francês (art. 164), mexicano (art. 156). Na história do Egito se encontram casos de casamentos entre irmãos. Na Pérsia, segundo referência no Zend-Avesta e em outros documentos, é permitido o casamento entre irmãos, e até o incesto, na linha reta; mas será assim hoje? No direito hebraico o casamento entre parentes só é admissível no caso de levirato.

11. Quanto ao impedimento por adoção, não existe, como é natural, nos países que não a reconhecem (Portugal, Holanda); e, dos que a regulam, uns limitam o impedimento ao adotante e ao adotado, e a seus cônjuges (França, Luxemburgo, Suíça, Espanha), e outros incluem no impedimento os descendentes dos mesmos (Código alemão, art. 1311; Código mexicano, art. 156; Código peruano, art. 83; Código italiano, art. 87; Código venezuelano, art. 55). O Código de direito canônico também se refere à adoção (art. 1067 a 1800). O Código venezuelano proíbe o casamento

entre o cônjuge do adotado e o adotante e entre o adotado e o cônjuge do adotante, enquanto durar a adoção.

12. Dentre os impedimentos morais há o decorrente da cumplicidade no adultério, que foi suprimido na França, Suíça, Itália, Portugal, países escandinavos, etc., sendo poucas as legislações que ainda o conservam (Código alemão, art. 1912; holandês, art. 89; português, art. 1058; mexicano, art. 156; lei chilena sobre o casamento, art. 4). Mas o resultante de homicídio contra o outro cônjuge é consagrado no Código português (art. 1058), Uruguai (art. 81), venezuelano (art. 55), italiano (art. 88), lei argentina (art. 14), lei chilena (art. 4), etc. No direito mulçumano há impedimento entre os criados pela mesma ama.

13. Outros impedimentos são estabelecidos em algumas legislações:

a) para resguardar a liberdade dos nubentes — o do raptor com a raptada, o do tutor e curador com o tutelado e o curatelado (Cód. espanhol art. 115; cubano, art. 115), português (art. 1058); peruano (art. 83); brasileiro (art. 183, ns. X e XI);

b) de caráter eugênico: a) alienação mental (lei argentina, art. 12; lei russa de 1944; Código mexicano, art. 156; Código peruano, art. 82; mexicano, art. 156); c) sífilis, lepra e enfermidades venéreas (Dinamarca, Noruega, Bélgica, Estônia, México); d) embriaguês habitual, e uso de drogas heróicas (México);

c) a diferença de castas, na Índia.

Na Itália, conforme o art. 91 do Código Civil, os casamentos das pessoas pertencentes a raças diversas está sujeito às limitações estabelecidas por leis especiais.

14. O divórcio é admitido na Europa, exceto na Itália e na Espanha; e na América, exceto no Brasil, Argentina e Chile.

### III — Pátrio Poder

15. A maioridade é fixada em 21 anos, na França, Inglaterra, Alemanha, Portugal, Uruguai, Colômbia, Austria, Suécia, México (mas aí, até aos 25 anos, é necessária licença para se casar); em 20 na Suiça, no Japão; em 18, na Rússia; em 22, na Argentina; em 23, na Espanha; em 25, na Noruega, na Dinamarca, no Chile, no direito muçulmano (neste, o menor púbere póde dispôr de sua pessôa, mas só aos 25 anos póde fazê-lo quanto aos bens). A puberdade é aos 15 anos, no rito henefita; aos 18, no malekita; aos 15 e 9, respetivamente para o homem e mulher, no rito chiita.

16. Em matéria de filiação, de se notar que a concepção antiga sôbre filiação (legitimidade, reconhecimento) e pátrio poder se tem modificado sob influxo de ordem moral e econômica. A orientação do Direito Romano, que dava ao *paterfamilias* poderes absolutos (2), sofreu o influxo da do Direito germânico, no qual a família é organizada sob o critério da igualdade. As doutrinas individualistas do século XVIII, que foram a base do Código civil francês, deviam naturalmente concorrer para o fortalecimento do critério germânico; e as necessidades econômicas deviam ir desenvolvendo o reconhecimento dos direitos dos filhos e o amparo aos menores. Assim, póde reconhecer-se, com Charmont, que o pátrio poder obedece a duas concepções: os direitos e deveres dos pais para com

---

(2) As leis das XII Tábuas falavam no direito de o pai prendê-los, açoitá-los, tê-los sob cadeias, em trabalhos rústicos, vendê-los, ainda que desempenhassem cargos elevados na República.

No direito hebraico, também o pai era, ao mesmo tempo, magistrado, sacerdote e senhor da vida e dos bens dos filhos (Goldstein, *Derecho hebreo*).

Já entre os chineses, o pai tem um poder bem grande sôbre o filho, porém não absoluto (Frei João Batista, Se Tsien Kaó, *La filiosofia social y politica del confucionismo*).



os filhos, como faz o Código Civil do Perú, art. 390. A *Association Henri Capitant pour le développement de la culture juridique française* tem propugnado por leis que extendam o *contrôle* judiciário a todos os casos em que a saúde, a moralidade ou a educação da criança são comprometidas ou insuficientemente salvaguardadas pelos pais; nêsse sentido a lei francesa de 24-VIII-1889, revista pela de 15-XI-1921 e pelo decreto-lei de 30-X-1935.

Com essa orientação, os códigos ou convenções internacionais estabelecem que é a lei do filho a que lhe regula a situação, os casos de perda do pátrio poder, a tutela e curatela, bem assim o reconhecimento da filiação natural, e que se deve ter em conta as leis nacionais do adotante e do adotado, para a adoção. Assim estabeleceram a Convenção de Haia de 12-VI-1902, a de 17-VII-1905, o Código Bustamanté, arts. 57-97.

#### IV — Filiação legítima

17. Entre os filhos legítimos se incluem os legitimados, em virtude de casamento putativo, havendo boa fé por parte de um dos cônjuges (na Suíça, mesmo que haja má fé de ambos), e em alguns países (Dinamarca, Suécia, Noruega, Suíça), quando houve esponsais, não se havendo celebrado o casamento, por morte ou incapacidade de um dos pais. Na Venezuela, só podem ser legitimados os filhos naturais (art. 227).

A legitimação pelo casamento não exige reconhecimento prévio.

Em alguns países, ha a legitimação por rescrito do poder público, de origem romana (conservado na Itália, Portugal, Holanda, Suíça, Polônia, Grécia e países da America Latina), quando impossível o casamento por morte de um dos pais ou por vida dissoluta da mãe. O Código venezuelano admite a legitimação dos filhos mortos, quando deixaram descendentes (art. 228).

18. O prazo máximo da gestação para o filho ser considerado legítimo é, geralmente, de 300 dias (Código brasileiro, art. 338; francês, 314; italiano, 232; espanhol, 108; português, 101; argentino, 240; suíço, 254; chileno, 76; uruguaio, 191; peruano, 301; mexicano, 324; venezuelano, 197).

Alguns Códigos dilatam esse prazo para: 302 dias (Código alemão, art. 1.592); 306 dias, Código russo; 307 dias, Código austriaco; 320 dias, Código belga; 323 dias, Código holandês. Com efeito, LITTRÉ e ROHIN (3) dizem que não é muito raro ver-se a gestação atingir 308 dias e mesmo 316 dias; e alguns autores elevam mesmo esse limite: Winkel, para 334 dias; Bensiger, para 336; Fuchs, para 341.

#### V — Filiação natural

19. Em regra as legislações consagram o direito de o filho investigar a paternidade, divergindo, porém, quanto aos adulterinos e incestuosos, cujo reconhecimento é proibido (Cód. francês, art. 335; suíço, art. 304; argentino, art. 314).

A lei portuguesa de proteção aos filhos, de 25-XII-1910, art. 22, se limita a proibir o reconhecimento dos incestuosos. Entre nós, depois do decreto n. 883, de 1949, se admite a legitimação dos filhos havidos fóra do casamento, depois de dissolvida a sociedade conjugal. A questão sobre ser adulterino ou não o filho do desquitado, já havia sido superada pelo decreto-lei n.º 4.437, de 1942.

20. A jurisprudência francesa (SAVATIER (4)), admite, nos casos de *fins de non recevoir*, uma ação que êle chama “pecuniária”, e que corresponde à ação de alimentos. Em nosso direito se reconhece aos filhos, que não podem ser reconhecidos, o direito a alimentos.

---

(3) *Dictionnaire de médecine.*

(4) *Recherche de la paternité.*

Nota-se, porém, uma tendência para se admitir o reconhecimento dos filhos adulterinos, com uma disposição de caráter geral, proibindo-se a revelação do nome da pessoa com quem foi havido (Código mexicano, art. 370), ou, como no Código italiano, art. 252, pelo genitor que, ao tempo da concepção, não estava casado. Quanto aos filhos incestuosos, perdura a proibição do reconhecimento, para o qual o Código italiano (art. 251) estabelece uma exceção, permitindo-o ao genitor que ignorava o vínculo existente.

21. Relativamente ao direito de sucessão dos filhos naturais:

- a) não o reconhece a Inglaterra;
- b) só o admitem, na sucessão da mãe e dos ascendentes dela — Áustria, Rumânia, Venezuela;
- c) equiparam-nos aos legítimos, na sucessão materna — Noruega (se tiver havido reconhecimento voluntário), Luisiana, Suíça (Código, art. 461). Ai se lhes concede, no caso de reconhecimento ou de declaração de paternidade, na família paterna, metade do que receber o filho legítimo;
- d) só lhes reconhece direito, na sucessão paterna, quando tiver havido manifestação expressa da vontade do pai — a Suécia;
- e) só lhes reconhece o direito a alimentos — Chile (art. 28);
- f) dão-lhes metade do que receber o filho legítimo — Código francês, art. 758; suíço, 461; italiano, 574; venezuelano, 823; brasileiro, 1605, parag. 1º; espanhol, 840 (êste dentro da terça disponível, e 1/4, se concorrer com ascendentes);
- g) dão-lhes cotas diferentes; I) o Código uruguáio, art. 887, 2/3 do que receber o filho legítimo, quando com êle concorrer; 1/2 da porção legitimária, quando concorrer com ascendentes legítimos, e 1/2 da herança, se não os houver; II) o Código português, art. 1785: 2/3 do que receber o legítimo, se perfilhado antes do casamento; 1/2, dentro da

cota disponível, se perfilhado depois; III) o Código belga, art. 757: 1/3, se concorrem com filhos legítimos; 1/2, se o concurso fôr com ascendentes ou irmãos; 3/4 se não houver êsses herdeiros.

22. Em França, êles não podem receber doações *inter vivos* que ultrapassem suas cotas hereditárias, nem legado, pela porção disponível, que os coloque em situação superior à do filho legítimo (art. 908); e não têm direito sucessório aos bens dos avós (art. 757). O Código italiano, que concede ao filho natural metade do que couber ao filho legítimo, subordina êsse direito à circunstância de a cota dos legítimos não ser inferior a um têrço da herança, e permite, aos descendentes legítimos, pagar, em dinheiro ou em imóveis da herança, a parte que competir aos filhos naturais (art. 574).

## VI — Filiação adotiva

23. Como vimos, a propósito dos impedimentos matrimoniais, vários códigos não se referem à adoção, que o Direito Romano regulou, pela necessidade de conservar e manter o culto doméstico, provendo à falta de filhos que perpetuassem o culto aos deuses lares. Havia, nesse Direito, tres espécies de adoção: I) a de *alieni juris* — *datio in adoptionem* — adoção em sentido restrito; II) a dos *sui juris*, dos não sujeitos ao pátrio poder — *arrogatio*, com os seguintes efeitos: a) submeter, ao pátrio poder do arrogante, o arrogado e os filhos que lhe estavam submetidos; b) dar, ao arrogado, todos os direitos de filho-família; III) a adoção por testamento, que exigia a confirmação curial.

24. Quanto à idade para adotar, variam as legislações, exigindo: a) 50 anos, o nosso Código e os da Bolívia, Perú, Alemanha, Itália; b) 45 anos, o Código espanhol (art. 173),

o cubano; 40, o Código da Venezuela (art. 248), o do México (art. 390), o da Suíça, (art. 264), o da França (art. 344), o da Itália (art. 291), o da Guatemala (por este, sendo casado, não ha limite), o da Costa Rica (para os casados ha mais de 10 anos, o limite é restringido a 30 anos); 35, o da Bélgica; 30, o do Uruguai, o do Equador; 25 anos, o Direito escandinavo e o inglês; 21, o Código da Colômbia.

A diferença de idade entre o adotante e o adotado, que era de 18 anos no Direito Romano, é assim regulada no Direito moderno: a) conserva o critério romano a maioria dos códigos: alemão (art. 1744), suíço (264), italiano (291), peruano (326), uruguaio (art. 243), lei argentina; b) reduzem o limite para 17 anos, o Cód. mexicano (art. 390) e o italiano; o) reduzem-no para 15, o Cód. francês (art. 343), o espanhol (art. 173), o belga, e o os de vários países sul americanos (Chile, Bolivia, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana); d) elevam-no para 20, o Equador, o Canadá; e) eleva-o para 24, o direito inglês.

25. O Cód. da Colômbia (art. 273) somente permite a adoção entre pessoas do mesmo sexo, salvo se os adotantes forem marido e mulher. Também na Inglaterra a adoção de pessoas de sexo oposto ao do adotante, só em casos especiais.

26. A controvérsia sobre se os filhos do adotado sucedem ao adotante é resolvida no sentido afirmativo por alguns Códigos (italiano, art. 468; suíço, art. 465; francês, 357; peruano, art. 333 (5). Entre nós, a doutrina é vária: a) são pelo direito de os filhos do adotado representarem o pai, na sucessão do adotante — CLOVIS ( ), ITABAIANA DE OLI-

---

(5) Esse Código dispõe que a adoção confere ao adotado a qualidade do filho legítimo do adotante (art. 332), e que o parentesco se limita ao adotante, o adotado e descendentes legítimos deste (art. 333).

(6) *Código Civil*, comentário ao art. 1618.

VEIRA (7), PONTES DE MIRANDA (8), TITO FULGÊNCIO (9); b) contrária é a opinião de HERMENEGILDO DE BARROS (10), de CARLOS MAXIMILIANO (12), este invocando opiniões de BAUDRY LACANTINERIE et WAHL, AUBRY et RAU, HUC, DEMO-LOMBE.

Em geral, porém, os Códigos apenas dispõem que o parentesco resultante da adoção é meramente civil e se limita ao adotante e ao adotado, como o nosso Código; — de que o filho adotivo não tem direito sucessório na família do pai do adotante, e reciprocamente, como o Cód. da Venezuela (art. 828) e do México (art. 1.611).

## VII — A instituição da família

27. A evolução do direito de família está ligada às transformações sociais. Com a desagregação da família, no sentido do direito romano, operada pela separação de membros da mesma, levados pelas necessidades econômicas e pelas tendências individualistas, que dominaram na segunda metade do século XIX, ficou ela restringida à ligação entre pais e filhos. Daí o enfraquecimento do direito sucessório dos parentes colaterais.

As idéias de liberdade levaram a restringir o pátrio poder e a melhorar a situação da mulher casada, suprimindo-se o dever de obediência, a incapacidade, e apenas conservando-se as restrições que decorrem de se reconhecer, ao marido, a chefia da sociedade conjugal.

---

(7) *Direito das sucessões.*

(8) *Direito de família, parag. 160.*

(9) *Programa de Direito Civil, p. 245.*

(10) *Manual do Cód. Civil*, col. Paulo de Lacerda, vol. XVIII n. 350.

(11) *Manual de Direito Civil*, vol. 1, § 199.

(12) *Direito das sucessões*, vol. 1, § 278.

Diversas causas vêm acarretando uma crise na instituição da família, devido à aproximação dos dois sexos nas oficinas e nas lojas, ao enfraquecimento do sentimento religioso, ao afrouxamento das idéias morais — o que vem mostrar a necessidade de seu cuidar sèriamente desta instituição. Salvá-la é salvar a Pátria. A desorganização dessa unidade social, moral, econômica e jurídica, que é a família, acarretaria a decadência do civismo, pondo em perigo a independência da Pátria, em tórno de cuja idéia se desenvolvem os sentimentos de solidariedade entre os homens.

# O Ensino do Direito

*A. F. Cesarino Júnior*

Presidente da Sociedade Internacional de  
Direito Social — Professor de Direito  
Social das Faculdades de Direito e de  
Ciências Econômicas da Universidade de  
São Paulo.

**(Tese apresentada ao I Congresso Nacional de Ensino  
Jurídico).**

1. Sempre prontos a atender a apelos de natureza dos que nos foi feito pelos eminentes organizadores do I Congresso Nacional de Ensino Jurídico, aqui trazemos modesta contribuição para o aprimoramento da formação científica e profissional dos futuros advogados brasileiros.

Havendo feito os cursos de bacharelado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e, sendo seu professor há cêrca de 15 anos, podemos afirmar, sem receio de êrro, ser a atual organização do ensino jurídico no Brasil urgentemente carecedora de radical reforma. Com efeito, nem a atual estruturação do seu corpo docente, nem a disposição e funcionamento dos seus cursos, nem o seu processo de exames, estão de acôrdo com as finalidades dêsse ramo educacional, nem acompanham os progressos verificados na ciência da educação e que já são aplicados em outras atividades didáticas.

Daí a razão por que nos propomos neste despretençioso trabalho, após examinar a atual situação do ensino



jurídico no Brasil, (1) esboçar um projeto de sua reforma, a fim de colocá-lo mais de acôrdo com as suas próprias finalidades e com o momento educacional que vivemos.

2. As Faculdades de Direito, como sendo dos primeiros reais centros da atividade cultural do Brasil, representaram até há bem pouco tempo, o papel de verdadeiro Silogeu Brasileiro, de verdadeira síntese de nosso progresso espiritual, não apenas no terreno jurídico, como também nos campos literário e político. Daí o volume e a importância de sua tradição, que, aliadas à versatilidade própria do talento de muitos dos seus filhos espirituais, fizeram das Faculdades de Direito verdadeiras Romas da nossa cultura e do nosso civismo.

Acontece, porém, que, da fundação dessas Academias até hoje, neste longo período de mais de um século, o nosso país muito tem evoluído, seguindo obviamente a lei natural da evolução no sentido de uma crescente diferenciação, ou melhor, de uma cada vêz maior especialização de atividades. Surgiram as Academias de Letras, fundaram-se Universidades, com as suas Faculdades de Filosofia, Ciências e Letras, criaram-se Escolas de Sociologia e Política, desenvolveram-se os partidos políticos, e assim, as Faculdades de Direito, embora continuem a ser dos mais importantes de nossos institutos culturais, deixaram de ter o caráter universal, diríamos até mesmo enciclopédico, decorrente da circunstância de serem quasi a única reunião de homens preocupados com os problemas do espírito. Entretanto, o que perderam em extensão, devem elas ganhar em profundidade.

---

(1) Não é de hoje que nos preocupam estas questões, como se pode ver em nossos estudos, *Sôbre o ensino do Direito*, in "Revista da Faculdade de Direito da Baía", vol. XI, de 1942, pg. 71; e "A Faculdade de Direito de São Paulo deve ganhar em profundidade o que perdeu em extensão", na "Folha da Manhã", de São Paulo, de 7 de abril de 1949.

Reduzidas, pela circunstância acima apontadas, ao seu objetivo específico — *o ensino do Direito*, ao qual se deve acrescentar êste outro de que elas jamais abdicaram e jamais abdicarão — *o culto do civismo*, devem, a nosso vêr, as Faculdades de Direito adatar a sua própria organização de acôrdo com essas elevadas finalidades que lhes restam, procurando desempenhá-las da melhor forma possível. Para tanto não bastam a boa vontade e o esforço de seus membros, nunca desmentidos. É mister fornecer-lhes instrumentos apropriados, através da modernização da sua própria estrutura, sobretudo da sua estrutura docente.

Na atual sistemática do ensino no Brasil, pensamos que o ensino do Direito deve ter os seguintes objetivos: a) formar *cientistas do Direito*, isto é, homens capazes de apreender na realidade social as condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade que devem ser formuladas em normas jurídicas e, portanto, habilitados a, não sòmente orientar superiormente a elaboração e a aplicação do Direito Positivo, como a transmitir os princípios da ciência do Direito às novas gerações; b) preparar *técnicos do Direito*, ou seja profissionais treinados para a elaboração do Direito Positivo (Legisladores, Ministros e Secretários de Estado) e para a sua aplicação (advogados, Juizes, promotores, procuradores, funcionários administrativos, serventuários públicos).

3. Para a formação de cientistas do Direito, a primeira condição é a de que os estudantes estejam básicamente preparados para conhecer a realidade social a que pertence o fenômeno jurídico. Para isto, a nosso vêr, deveria existir junto à Faculdade um *Curso Preliminar*, com a duração de pelo menos um ano, em que fòsse ministrado o ensino das seguintes matérias: Filosofia, Sociologia Geral, Economia, Finanças, Política, Estatística, Contabilidade e Organização do Trabalho Intelectual. Algumas destas disci-

plinas não visam pròpriamente dar bases culturais para o trabalho científico, mas tão sòmente preparar tècnicamente para êle.

4. Quanto ao primeiro objetivo, parece-nos ainda que o atual sistema do ensino teóricó, feito exclusivamente através de preleções, não obstante o brillantismo delas, dada a passividade em que mantém os alunos, deve ser completado pela exigência de investigações pessoais daquelles, que, através, por exemplo, da elaboração de monografias, não sòmente os ponham em contato direito com a bibliografia jurídica e social, como os levem a contribuir para o próprio progresso da ciência do Direito, é claro, com a orientação e assistência de seus professores. Óbviamente, o coroamento dêstes estudos só teria plena integração num Curso de Doutorado em Direito.

5. Sem dúvida a realização dêstes objetivos exige meios materiais e pessoais, de que as Faculdades atualmente não dispõem. Assim, em primeiro lugar, é preciso notar que os Professores de Direito, insuficientemente remunerados como estão, de maneira alguma se podem dedicar inteiramente ao ensino. O ideal seria tivessem êles regimem de tempo integral, com vencimentos correspondentes. Para isto, a nossa sugestão seria a de que todos os Professores de Direito fossem, ao mesmo tempo, altos advogados e consultores jurídicos do Estado, cada qual na sua especialidade, reunindo, portanto, os vencimentos do cargo de Professor universitário em regimem de tempo integral e os do mais alto padrão de Advogados do Estado, com a missão exclusiva de ensinar, dar pareceres, publicar trabalhos científicos e defender o Estado nas instâncias superiores.

6. Enquanto isto não se consegue, porém, parece-nos que o mais fácil é dar ao professor colaboradores com os

quais reparta a sua tarefa, por meio da criação dos cargos de assistentes e auxiliares de ensino, remunerados e não remunerados. Assim sendo, a exemplo do que acontece em tôdas as demais Faculdades da Universidade de São Paulo (Cf. Dec. 19.851, de 11-4-31, que aprova os Estatutos das Universidades Brasileiras; Decreto 39, de 3-9-1934, que aprova os Estatutos da Universidade de São Paulo; Decreto n.º 7.065, de 6-4-1949, que aprova o Regulamento da Faculdade de Medicina; Decreto n.º 7.392, de 25 de setembro de 1935, que aprova o regulamento da Faculdade de Farmácia e Odontologia; Decreto-lei n.º 15.549-A, de 15-1-1946, que dá regulamento à Faculdade de Higiene e Saúde Pública; Decreto n.º 12.511, de 21-1-1942, que aprova o regulamento da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras; Decreto 7.204, de 11 de junho de 1935, que aprova o regulamento da Faculdade de Medicina Veterinária e mais as leis n.ºs. 3.122, de 9-11-1937; 3.056, de 15-9-37 e 251, de 8-3-49) deveria haver para cada cadeira da Faculdade de Direito um assistente e dois auxiliares de ensino remunerados, além de ilimitado número de assistentes extranumerários, não remunerados, todos de imediata confiança do respectivo professor catedrático.

7. Por outro lado, assim aparelhado o pessoal, é indispensável criar o ambiente próprio a êsse trabalho, com a instituição, junto a cada cadeira, de verdadeiros laboratórios jurídicos que, para continuar a denominação já seguida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em Medicina Legal e Legislação Social poderiam chamar-se *Seminários*. Tais Seminários seriam dotados do material e dos funcionários necessários ao desenvolvimento de suas atividades, tornando-se um verdadeiro centro de estudos especializados.

8. Quanto ao segundo objetivo do ensino do Direito, o da formação de técnicos, evidentemente implica na ado-

ção, com caráter obrigatório, de *aulas práticas*, da criação de *Consultórios Jurídicos* junto às diversas cadeiras (*ad instar* dos ambulatórios anexos às cadeiras de clínica médica) e da instituição do *estágio* obrigatório dos estudantes em tribunais e repartições administrativas.

9. Ademais disto, julgamos indispensável alterar o próprio regimen escolar vigente. Com efeito, o período letivo deve compreender ao menos 10 meses. Porisso propomos que as férias compreendam apenas os períodos de 15 de dezembro a 15 de janeiro e o mês de julho. Ao mesmo tempo sugeriríamos que, ao invés de se ensinarem varias matérias ao mesmo tempo, se estudasse cada uma delas *intensivamente*, durante um período de dois meses, que chamaríamos de *têrmo*. Durante cada têrmo haveria, para cada disciplina, um trabalho intensivo, consistente não apenas em aulas teóricas e práticas, pesquisas bibliográficas, solução de casos da especialidade, exame crítico da jurisprudência, redação de peças contratuais ou forenses, como também de estágios e visitas a instituições ligadas à matéria em estudo. Durante êsses período o aluno elaboraria u'a *monografia*, versando um problema teórico da disciplina estudada, organizaria "*dossiers*" das peças redigidas por êle e elaboraria *relatórios* dos casos discutidos e das visitas realizadas, sendo os destas feitos sempre com base em *questionários* elaborados pelo professor. Dest'arte se concentraria a atenção do aluno numa só matéria, com aulas diárias, durante pelo menos 4 horas, pela manhã, ficando a tarde livre para as visitas. Ao mesmo tempo, o ensino deixaria de ser meramente livresco, passivo, "decorativo", para pôr os alunos em contato com a realidade, sem, obviamente, descurar o imprescindível estudo da doutrina, que principalmente distingue o prático, o leguleio, do verdadeiro jurista. Na última aula de cada têrmo haveria um exame escrito, com o prazo de pelo menos 3

horas. Nele o aluno: a) dissertaria crítica e sinteticamente sobre um assunto teórico; b) resolveria um ou mais casos práticos; c) redigiria uma peça contratual e outra forense; d) responderia a *tests* sobre *tôda a matéria* explicada durante o termo. No fim de cada ano letivo haveria novo exame escrito nas mesmas condições, desta vez sobre tôdas as matérias do curso. Suprimir-se-iam, por inúteis e mais que isto, grandemente prejudiciais aos interêsses do ensino, os exames orais e as segundas chamadas. A nota de aprovação final seria obtida tirando-se a média ponderada das notas do exame final do termo, do exame final do ano, da monografia, dos “dossiers” e dos relatórios, com a atribuição de maiores pesos aos dois exames. A sobre-carga de serviço que teriam os professores com a correção de todos êsses trabalhos escritos seria compensada pela vantagem resultante de somente estarem ocupados, a horas fixas, durante o seu termo e o exame final anual de sua disciplina.

10. E por falarmos em professores, entendemos que êstes, além dessas obrigações meramente didáticas, deveriam redigir o livro de texto de sua cadeira e publicar na Revista de sua Faculdade, pelo menos anualmente, uma resenha bibliográfica das publicações concernentes à sua especialidade, assim como um relatório das alterações sofridas pela respectiva legislação. Poderiam êles ainda, aproveitando o tempo disponível, uma vez cumprido o seu termo, dar ou seguir cursos de sua especialidade em outras Universidades nacionais ou estrangeiras, mantendo-se assim inteiramente a par das novas aquisições científicas e realizando interessante programa de intercâmbio universitário.

11. O ideal seria que o professor fôsse exclusivamente professor. É claro, entretanto, que, para isso seria necessário remunerá-lo condignamente, pois de outra maneira, homens de excepcional valor, capazes de ganhar vultuosos

honorários na prática profissional, desertariam o magistério superior. Para isto, a solução que nos parece razoável seria a de serem obrigatoriamente professores de Direito, um certo número de Desembargadores e Advogados do Estado, de maneira a que, somados os vencimentos destes cargos aos dos professores universitários em regime de tempo integral, houvesse já uma compensação razoável para o abandono do exercício mais remuneratório da profissão de advogado. Ao mesmo tempo, com esta providência, se evitaria que os professores fôsem homens exclusivamente teóricos, pois teriam a prática do exercício da magistratura ou da advocacia em favor do Estado.

12. É preciso ainda alterar o atual “currículum” jurídico. Com efeito, além do Curso Prejurídico a que nos referimos, cumpre suprimir no Curso de Bacharelado, as cadeiras de Direito Romano e Filosofia do Direito, que passariam para o Curso de Doutorado e as de Economia Política e Ciência das Finanças, que seriam substituídas pelas de Direito Econômico e Direito Financeiro.

13. Ao mesmo tempo poder-se-ia aproveitar o pessoal docente auxiliar (livres-docentes, assistentes, auxiliares de ensino, que deveriam ser todos remunerados, menos os assistentes voluntários), para, além de colaborarem com o catedrático no ensino teórico e prático, regerem cursos anexos destinados a preparar serventuários e auxiliares de Justiça, para cuja nomeação não se exija o diploma de bacharel ou doutor em Direito: tabeliães, escrivães, distribuidores, avaliadores, oficiais de Justiça, etc.

14. O Curso de Doutorado deveria tender à especialização em determinados setores jurídicos, podendo ter as seguintes secções, com as respectivas disciplinas: *I — Teoria Geral do Direito*: 1-Teoria Geral do Direito, 2-Teoria Geral do Estado e 3-Filosofia do Direito; *II — Direito*

*Privado*: 1-Direito Romano, 2-Direito Civil Comparado, 3-Direito Comercial Comparado e 4-Direito Judiciário Civil Comparado; *III — Direito Público*: 1-Direito Público, 2-Direito Constitucional Comparado e 3-História do Direito Nacional; *IV — Direito Penal*: 1-Direito Penal Comparado, 2-Direito Penitenciário, 3-Direito Penal Militar, 4-Direito Judiciário Penal e 5-Psicopatologia Forense; *V — Direito Internacional*: 1-Direito Internacional Público, 2-Direito Internacional Privado e 3-Diplomacia e Tratados e *VI — Direito Econômico-Social*: 1-Direito Econômico, 2-Direito Financeiro e 3-Direito Social.

O seu regimen escolar deveria ser, *mutatis mutandis*, o que propuzemos para o Bacharelado, inclusive quanto aos exames.

15. Entretanto, o Curso de Doutorado seria apenas um dos muitos Cursos post-graduados que as Faculdades deveriam ministrar. Assim é que nas férias, os professores e livres docentes, que o quizessem, poderiam dar Cursos de atualização das suas disciplinas para os advogados militantes. Além disto deveria haver, permanentemente, nas Faculdades de Direito, Cursos de especialização jurídica profissional para os membros ou candidatos da Magistratura, Ministério Público, Administração Pública, Fôrças Armadas, Justiça Militar, Órgãos Legislativos, Polícia de Carreira, etc., assim como cursos de informação jurídica para outras profissões, tais como, médicos, engenheiros, etc. Até mesmo cursos de extensão universitária, para orientação jurídica elementar dos leigos, deveriam também ser realizados. Assim as Faculdades de Direito seriam centros vivos em estreito contacto com a realidade social.

16. Este contacto, entretanto, sòmente seria realmente vivo e útil se houvesse, através de pesquisas jurídico-econômico-sociais, um intercâmbio entre as cadeiras das Fa-



culdades de Direito e os órgãos da indústria, do comércio, da agricultura, da magistratura, da administração, do Parlamento, de tal sorte que a cátedra fôsse um foco de orientação científica para a vida prática, que aproveitaria oportunidades fornecidas por aquêles órgãos para estudar neles as medidas necessárias ao aprimoramento de nossa legislação. Os subsídios de campos de pesquisa e até mesmo financeiros, fornecidos por aquelas entidades, seriam aproveitados na elaboração das monografias acima referidas, sob a orientação da cátedra, de molde a representarem trabalhos realmente úteis, fundados na observação da realidade brasileira e não inúteis compilações de opiniões alienígenas de mero sabor literário.

17. Foram estas as considerações que, atendendo ao amável convite da Faculdade de Direito do Ceará, à qual nos ligam laços de constante estima e crescente admiração, nos pareceu útil alinhar, como contribuição modesta para o aperfeiçoamento do ensino jurídico em nossa Pátria.

# Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico

(*Ensaio de interpretação à luz da teoria  
tridimensional do Direito*)

*Miguel Reale*

(Catedrático de Filosofia do Direito)

## A fundação da Ciência do Direito

Uma diferença existe, — atribuível, talvez, a qualidades próprias das estirpes que constituíram a *Urbs*, embora não seja possível esquecer as conjunturas históricas iniciais, bem como influências outras de ordem géo-econômicas, — uma diferença essencial existe entre o gênio grego e o romano, aquêlo orientado mais no sentido da especulação, do saber pelo saber, êste dominado pelos problemas da vida prática, pelas questões postas no domínio da ação. Dir-se-ia que os dois grandes ramos da família ariana traduzem duas tendências fundamentais do espírito, segundo o primado reconhecido ao uso especulativo ou ao uso prático da razão.

De maneira geral, podemos dizer que os helenos teorizaram mais sôbre o Direito e o Justo do que se preocuparam com a elaboração técnica e a compreensão específica das leis diretoras da vida social. Os romanos, homens práticos por excelência, atingiram, ao contrário, pela primeira vez, a noção do Direito como *voluntas*, sob forma imperativa de regra, sendo levados a discriminar cuidado-

samente as esferas de atividade permitidas ou proibidas nos limites da utilidade comum, antes de indagarem da razão última da obediência aos preceitos jurídicos. O Direito, como conjunto de regras imperativas, apresentou-se, desde os primórdios, como algo de conatural ao gênio romano, razão pela qual já se disse que era essa a *vocação natural* ou a *missão histórica* da gente do Lácio.

“A Grécia, consoante conhecido cotejo de VILLARI, raciocina longamente sobre a índole da sociedade humana, sobre o homem e a origem do direito, Roma dispõe-se a criar uma sociedade e um direito. Homero, Fídias, Platão e Aristóteles são o resultado da Grécia; a República, o Império, o *Corpus juris*, são o resultado de Roma”. (1).

De certo modo, assim como se fala no “milagre grego” no plano da especulação pura e da expressão artística, como momento decisivo da *auto-consciência* espiritual e da descoberta do espírito como força constitutiva e original, seria necessário lembrar o “milagre romano” na esfera da praxis, da atualização do pensamento em instituições sociais duradouras, no mundo da vontade, fulcro da experiência humana concreta.

JHERING provocou conhecida celeuma por ter apontado como elemento caracterizador da cultura romana um alto espírito de interesse bem entendido, ou melhor, de egoísmo capaz dos maiores sacrifícios, por admitir que a verdadeira utilidade consiste nas conquistas lentas e graduais, e

---

(1) PASQUALE VILLARI — *L'Italia e la civiltà*, ed. de Giovanni Bonacci, Milão, 1925, pág. 4. Como pondera PIETRO DE FRANCISCI, a mentalidade realista dos romanos poderia parecer “dom humilde ante o idealismo brilhante e a fantasia criadora dos gregos”, mas foi ela que lhes permitiu construir o seu sistema jurídico, cujas linhas gerais são determinadas pelo exame de cada uma das relações reais, ordenadas segundo sua derivação e dependência naturais, em um regime correspondente às respectivas finalidades, assim como às exigências da justiça, da “aequitas”, aspiração suprema dos homens. (*Storia del diritto romano*, Milão, 1944, vol. II, Parte I, pág. 404).

não na mera satisfação de interesses imediatos e individualistas. Os romanos teriam, assim, de certo modo, sublimado o seu egoísmo em uma poderosa organização jurídica, visto como, no dizer do mestre germânico, o Direito Romano representaria “o sistema do egoísmo disciplinado”, uma sábia dosagem e tutela do útil feita por um povo dotado de egoísmo coletivo, concretizado no egoísmo da *Urbs*. (2).

Embora não seja de todo possível explicar a grandeza da Jurisprudência romana como consequência natural de um sublimado interesse egoístico, é inegável que ela resultou, em grande parte, da mentalidade pragmática e calculista, “voluntarista” em suma, dessa gente que, depois de conquistar um vasto império, procurou dar-lhe organização e disciplina de base jurídica, objetivando condições de paz e de progresso, como garantia de domínio menos contestado.

Há um contraste impressionante entre a robustez do edifício político erguido pelos romanos, a magnitude do Estado romano, unitária e poderosamente constituído sem prejuízo dos usos e costumes e das instituições vigentes nas províncias incorporadas, (3) e o polipeiro de centros políticos que foi o mundo grego, com as suas cidades autárquicas erguidas umas contra as outras, e suas federações urbanas instáveis e passageiras.

O senso da ordem é, geralmente, o senso do Direito. Esse senso ou vontade de coordenação pacífica das atividades não faltou à gente do Lácio, que também não careceu, mas antes se orgulhou, da alta consciência da força e da missão própria do Estado. Daí a importância fundamental que teve entre os romanos o culto do Direito

---

(2) JHERING — *L'esprit du droit romain*, trad. de O. de Meulenaere, 3ª ed., Paris, 1886, vol. I, § 24. Em sentido análogo, OLIVEIRA MARTINS — *História da República Romana*, 4ª ed., Lisboa, 1927, págs. 24 e segs.

(3) Sobre o respeito aos vários direitos locais, v. ARANGIO RUIZ — *Storia del diritto romano*, Napoles, 5ª ed., 1947, pág. 328 e segs.

e do Estado, orientando-os no sentido da criação de uma ciência nova, distinta da Ética e da Política, embora a elas subordinada: a *Jurisprudência*.

Essa compreensão mais direta e especializada dos problemas jurídicos levou os romanos, como veremos logo mais, a aplicar a especulação ético-política dos gregos no sentido particular e próprio do Direito, havendo autores segundo os quais, se os gregos trataram de *Filosofia Política* e traçaram uma *Ética da Justiça*, teria cabido aos romanos aplicar tais conclusões no esboço de uma *Filosofia do Direito* pròpriamente dita. (4).

Conjunturas históricas predispunham a essa tarefa, desde os primeiros tempos da *Urbs*, quando se abriam as composições jurídico-políticas como via mais segura e aconselhável à solução do conflito entre as estirpes formadoras, primeiro, e, depois, entre as duas camadas da sociedade, o patriciado e a plebe, aquêlê tendente a manter os seus privilégios, esta a torná-los também seus.

Frize-se, por conseguinte, que não vemos na história romana a luta de uma classe desejosa de *privar* a outra de seus privilégios, mas antes animada da aspiração de ver tais privilégios *extendidos* também a ela.

A luta não podia, pois, se desenvolver senão no sentido de uma permanente composição: composição foi a Lei das XII Tábuas, pela qual os plebeus deram um grande passo à frente, visto como se tornava público o Direito anteriormente reservado ao conhecimento esotérico dos pontífices; composição, a posterior ascensão dos plebeus aos cargos públicos até à conquista das mais altas magistraturas; composição a conquista feita pelos plebeus de direitos de ordem privada, quer familiares quer econômicos, de sorte a se tornarem partícipes do *jus civile*, reservado às primitivas estirpes de cidadãos romanos; composição a maravilhosa formação do *jus gentium* através da prudente e

---

(4) v. ADOLFO RAVÁ — *Lezioni di Filosofia del Diritto*, I, págs. 56 e segs.

gradual recepção do direito estrangeiro, polarizado em torno do núcleo essencial do *jus romano*; composição, por fim, com elementos da especulação helênica, o conceito de *jus naturale* como cúpula da experiência jurídica multi-secular.

As soluções jurídicas foram, assim, se afirmando segundo as próprias exigências histórico-sociais, preferido o sentido que os fatos ditavam, sentido eminentemente jurídico porque toda relação jurídica é uma coordenação atributiva de poderes segundo regras objetivas de proporção. Donde a penetrante observação de MOMMSEN de que a história romana é “um vasto sistema de incorporações”. (5)

Especialíssima é, pois, em Roma a posição do Direito, onde este foi mais elemento de vida do que objeto de pura especulação. Daí poder dizer-se que os romanos souberam organizar a sociedade juridicamente, fixando linhas mestras ainda hoje inabaláveis para a Ciência do Direito, muito embora a essa criação científica, original e própria, não correspondesse uma *indagação filosófica* autônoma sobre o Direito, com igual profundidade, força e originalidade.

Inspirados nas concepções filosóficas da Grécia sobre os problemas do bem e da justiça, os romanos souberam aplicá-las sábiamente no mundo específico do Direito, mas sem propósitos sistemáticos ou de pura teoria compreensiva da realidade humana. Em verdade, a criação original de Roma foi, acima de tudo, a Jurisprudência, Jurisprudência que eles constituíram através de fino labor interpretativo das necessidades sociais e econômicas, graças a um trabalho admirável de *tipificação normativa*, na qual a rigidez aparente das estruturas formais se casava à plasticidade funcional dos fins visados, segundo uma correlação prudente

---

(5) Th. MOMMSEN — *Histoire romaine*, trad. de De Guerle, Paris, s. d., t. I, pág. 100. OLIVEIRA MARTINS fala expressivamente em “revoluções constitucionais” de Roma (op. cit., pág. 56).

entre *fato*, *valor* e *norma*, à medida que se punham exigências de solução de conflitos particulares de interesses. (6)

A aderência à realidade, o apêgo à natureza *efetiva* e específica das relações sociais, determina a formação de uma técnica jurídica não escravizada a conceitos abstratos, mas governada pelo objetivo de satisfazer aos valores da *utilitas* nos limites éticos da *aequitas*. Daí duas conseqüências fundamentais, que deveriam ser mais lembradas por nossos formalistas inveterados: perante as exigências do justo, verificadas em cada caso concreto, não pode prevalecer o amor por formas lógicas vazias, ou por processos dialéticos abstratos, razão pela qual as *fictiones*, por exemplo, ou as exceções surgiam, não para salvar a harmonia formal do sistema dogmático, mas para atender aos fatos particulares e ao valor nêles imanente; as generalizações ou as ordenações normativas, surgidas da apreciação direta dos fatos, não passam a valer radicalmente por si mesmas, como dogmas, mas possuem antes uma validade temporária, que não põe termo à incessante pesquisa à luz de novos dados da experiência.

“O realismo dos juristas romanos, daquêles empíricos geniais, escreve DE FRANCISCI, consiste em manter estreitas as relações que unem a *idéia* ao *fato*, impedindo que a ruptura dêsse liame acarrete o desvio e a perda de sua eficá-

---

(6) Sôbre a “configuração por tipos” (tipificação) como elemento da Ciência jurídica, cs. EMILIO BETTI — *Istituzioni di diritto romano*, I, págs. 3 e segs. Foi, aliás, meditando sôbre a experiência jurídica dos romanos que JHERING, na obra já citada, nos legou os primeiros e decisivos ensinamentos sistemáticos de “Técnica Jurídica”, cuja importância é invocada por GENY no introito de suas admiráveis páginas sôbre a elaboração técnica do Direito Positivo (Cs. GENY — *Science et Technique en droit privé positif*, Paris, 1921, III Parte, pág. VII; JEAN DABEN — *La Technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruxelas, Paris, 1935, págs. 4 e segs.)

Quanto à natureza *tri-dimensional* do Direito. v. MIGUEL REALE — *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1953.

cia”. (17) Essa correlação entre o elemento conceitual e o fático é, ao mesmo tempo, integração do elemento finalístico ou axiológico, do objeto, do *bonum et aequum* que dirige o trabalho da Jurisprudência, impondo uma unidade essencial entre o Direito e a Vida, o que só é possível quando se toma, como diz BIONDI a vida tal como ela é, adaptando-se-lhe os esquemas jurídicos, de maneira que, não raro, venha a preponderar a *communis utilitas* sobre a *ratio* e até mesmo certos institutos *contra tenorem rationis*. “Os romanos ensinaram-nos que *jus strictum* e *subtilitas juris*, isto é, o Direito lógico e consequente, é superado pelo *ratio aequitatis*, pela justiça, à medida que se manifesta o desequilíbrio, sendo sempre a justiça que triunfa, superando a lógica”. (8)

O que mais impressiona no processo creativo do Direito é a aderência ao concreto, a vivência do justo, não em abstrato, mas inserido no processo histórico-social, tal como se manifesta notadamente na época clássica, através da *interpretatio* dos Prudentes. “A disciplina por eles seguida, consoante ponderação de DECLAREUIL, não obstante comportasse variações de detalhes segundo o temperamento de cada um, não admitia nem sistemas, nem construções jurídicas *a priori*, mas somente o estudo de espécies, esclarecido às vezes graças a aproximações ou a comparações entre elas, tendo-se em vista soluções inspiradas apenas pela lógica, pelo bom senso e a analogia. Método analítico, dialético, às vezes subtil, sempre claro e tendente ao fim, vasto conjunto de soluções a que recorrer como a um arsenal jurídico”. Acrescenta DECLAREUIL que, apesar de surgirem, assim, com um caráter eminentemente realista, em função de exigências quotidianas, havia na *interpretatio*, em-

---

(7) DE FRANCISCI, *op. cit.*, vol. I, pág. 18.

(8) BIONDO BIONDI — *Scienza giuridica come arte del giusto*, em “*Jus*”, Outubro, 1950, pág. 158. Neste estudo BIONDI põe em oportuno realce a concreção axiológica da Jurisprudência romana, não obstante sua compreensão falha da especulação filosófico-jurídica e a redução discutível do Direito à “arte do justo”.



bora não deliberadamente propostos, os elementos de sínteses latentes, que constituíam a sua lógica interna. (9)

Ora, tal lógica interna só se tornou possível em razão de uma *comum atitude* em face dos problemas, traduzindo o valor central de uma cultura, polarizada no sentido da *voluntas* ordenadora, capaz de compor em harmonia os conflitos, segundo as exigências de uma comunidade concreta, e não em torno de valores explicativos ou compreensivos do *logos*, expressão essencial da paideia grega.

O povo grego move-se à luz da *ratio*, esquematizadora do real, enquanto o romano refoge das atitudes contemplativas frente à vida: seu pensamento já é esbôço de ação.

Dêsse modo, longe de se conservarem no plano explicativo do homem e da natureza, ou na revelação do cosmos através de formas estéticas, — ou seja, no plano da Filosofia e da Arte como comunhão entre o homem e o “eidos” do universo e da existência, — os romanos sentem-se destinados a interferir criadoramente para fundar uma ordem nova, expressão de seus interesses, tradução de sua *voluntas*. A Política e o Direito de Roma revelam, por assim dizer, desde suas origens, uma força consciente das virtudes do homem como “homo faber”, iniciador ou transformador da história.

É claro que em tais esquematizações há sempre certa margem de artifício, mas, sem elas seria difícil surpreender o “espírito de uma época”, ou de um tipo de civilização.

Nas culturas dominadas pelo sentido do agir e do edificar, pela *voluntas* ordenadora, em suma, a tentação estética dos planos ideais cede lugar às soluções empíricas, imediatas, aparentemente desligadas umas das outras, quando não conflitantes, mas, na realidade, fundamentalmente unidas pela consciência volitiva de que tôdas promanam. Daí a impressão posterior de plano e de projeto

---

(9) v. DECLAREUIL — *Rome et l'organisation du droit*, Paris, 1924, págs. 423 e seg.

unitário que se recebe ao contemplar-se a obra realizada, quando, no entanto, veio sendo configurada à luz das circunstâncias, governada pela força central de uma intenção primordial de ordem.

O que, dêsse modo, caracteriza o mundo jurídico romano é a ausência de esquemas abstratos, de planos preconcebidos. O mesmo se pode dizer de sua existência política, o que levou BRYCE, no cotejo que fez entre o voluntarismo essencial dos romanos e o dos ingleses, a lembrar a frase de Cromwell: “Ninguém vai tão longe como quem não sabe para onde vai”. (10)

Sabiam os romanos que havia uma ordem a preservar, uma harmonia de interesses a atingir, e isto era o bastante: daí o já apontado sentido de transigência e de composição, de *incorporação crescente* de grupos e de classes inferiores na órbita dos interesses e prerrogativas das classes mais altas, de maneira que as revoluções se faziam mais para equiparação de privilégios do que para privar ou excluir alguém deles.

#### Do *jus civile* ao *jus naturale*

Como resulta do que acima está dito, os romanos não chegaram ao estudo dos princípios ou fundamentos do Direito senão depois de uma pluri-secular experiência jurídica. Durante os primeiros séculos, bastou-lhes o seu Direito particularista e próprio, o *jus civile*, explicado como um conjunto de preceitos estabelecidos “*rebus ipsis dictantibus ac necessitate exigente*”, ou seja, como um produto elaborado na medida das necessidades da vida e da

---

(10) Cf. J. BRYCE — *Imperialismo romano e britânico*, trad. it., Turim, 1907. Além dos *Studies in history and jurisprudence* de BRYCE, notadamente dos que são objeto da citada tradução italiana, é fundamental para o estudo comparativo do Direito romano e da *Common law* a obra de W. W. BUCKLAND e A. D. MCNAIR — *Roman Law and Common Law*, Cambridge, 1952, 2ª ed.

lição da própria experiência. Para a compreensão desse ordenamento jurídico particularista, de cunho acentuadamente aristocrático e formalista, bastava a *juris ratio*. O que importava aos jurisconsultos romanos era o senso do Direito revelado como experiência concreta, a sábia determinação da razão dos preceitos, a prudente lição das normas vigentes, a hábil concatenação dos dispositivos particulares na configuração dos distintos institutos, em uma palavra, o trabalho consequente do jurisperito, operando com “gêneros” e “espécies” em função da realidade social diretamente vivida.

Como bem observam os historiadores CARLYLE, os jurisconsultos romanos não foram propriamente filósofos, havendo pouco ou nenhum traço em suas obras de reflexão original sobre a natureza da sociedade e as suas instituições. Na realidade eles foram mais homens de lei, juristas preocupados mais com as necessidades normativas do Direito do que com os problemas filosóficos que a própria existência do Direito sugere. Foi assim que eles percorreram um caminho diverso do seguido pelos gregos: cuidaram antes do Direito Positivo, necessário à ordem social da *Urbs* e do Império, para depois indagar da razão suprema dos institutos jurídicos. (11)

Estudando o desenvolvimento lento e gradual da Jurisprudência romana, inspirada, a seu ver, em um método *histórico e comparativo*, o que traduz evidente exagero, — GIUSEPPE CARLE distingue, sem todavia incidir no erro de separá-los rigidamente, três períodos ou momentos na história filosófica da Jurisprudência romana: o primeiro é o do *jus civile*; o segundo é o do *jus gentium* e o terceiro, do *jus naturale*. Esses três períodos distinguir-se-iam pelo

---

(11) R. W. e A. J. CARLYLE — *A history of Mediaeval Political Theory*, Londres, 1903, vol. I, págs. 34 e segs.

respectivo predomínio daqueles três conceitos informadores da atividade jurídica. (12)

Sem pretendermos dar um valor excessivo a essa divisão, defeituosa como tôdas as esquematizações da história, podemos dizer que a discriminação dos três períodos correspondem a um “crescendo” de universalismo e de curiosidade especulativa na Jurisprudência romana. Por outro lado, quanto mais se progride no período post-clássico, mais se acentua o caráter abstrato do *jus naturale*, contrapondo-se ao *jus civile*, por sua vez cada vez mais coincidente com a esfera do *jus gentium*. (13)

Em verdade, o Direito Romano foi, a princípio, eminentemente particularista, apegado não só às fórmulas e aos ritos, como aos imperativos da tradição e do costume. O *jus civile*, na sua acepção estrita, apresentava-se como o Direito por excelência, como um corpo de preceitos reservado à gente romana e destinado a reger tão somente as suas relações, como se elas nada tivessem de comum com as dos demais povos. Enquanto predominou o “*jus civile*” e Roma se manteve dentro de limites geográficos mais ou menos reduzidos, não houve especulação ou “teoria” sobre o Direito, mas antes o *estudo empírico dos casos em razão das regras* objeto de interpretação, com a preocupação nunca abandonada de realizar Justiça.

---

(12) G. CARLE — *La vita del diritto, Turim*, 1890, pág. 147.

(13) “Na época justiniana, tornados os súditos livres cidadãos do império, o *jus gentium* não conserva senão uma importância teórica” (BETTI, op. cit. pág. 17). No período post-clássico, “os vários sistemas jurídicos do *jus civile*, do *jus gentium*, do *jus honorarium*, da *cognitio extra ordinem* se fundem num único corpo de direito”. (ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIASCIA — *Manual de Direito Romano*, São Paulo, 1949, vol. I, pág. 9). Quanto à posição de JUSTINIANO, vale a precisa afirmação de KOSCHEMBAHR-LYSKOWKI: “JUSTINIANO tem a concepção da unidade do Direito. Não há senão um Direito privado, sem distinção de *jus civile*, *jus gentium*, ou *jus pretorium*: o que explica ter êle identificado o *jus civile* com o *jus gentium*: *Jus civile vel gentium*. (§ 1, *Inst.* I, 1) (“*Naturalis ratio en droit classique romain*”, nos “*Studi in onore di PIETRO BONFANTE*”, Milão, 1930, vol. III, pág. 486)

Como tem sido bastas vezes observado, a Jurisprudência romana foi acumulando experimentalmente um gigantesco patrimônio de regras, de preceitos e de institutos jurídicos, e esse acréscimo de conhecimentos não podia deixar de levar, por exigência natural das cousas, a uma sondagem mais profunda do problema do Direito, a uma penetração na “essencialidade” mesma da Lei e da Justiça.

O certo é que, enquanto Roma se manteve na esfera do *jus civile*, sem contato relevante e duradouro com ordenamentos sociais de outros povos, seus jurisconsultos se contentaram, como diz CARLE, com “a aplicação de um método quase geométrico no estudo da variedade indefinida dos fatos humanos”, sem procurar princípios gerais para uma explicação unitária e completa da realidade jurídica. (14) Bastava-lhe a *juris ratio*, isto é, a penetração na razão lógica do Direito vigente, de maneira que lhes fosse dado proporcionar os institutos jurídicos às exigências mutáveis da vida social, e, ao mesmo tempo, formular o Direito em preceitos precisos, vigorosos, quase escultóreos. Nem é necessário lembrar que foi graças a esse método ou processo de tipificação e de compreensão concreta da vida econômico-social que os romanos puderam abranger um novo aspecto da experiência humana, constituindo a *linguagem* do jurista e, com ela, a *Ciência do Direito*, cuja riqueza lógico-sistemática implícita só viria a ser objeto de “teoria geral” na época moderna, nas obras dos chamados “cultos” ou “humanistas”, para afinal adquirir plenitude e maturidade com SAVIGNY e seus continuadores.

Em verdade, a Ciência do Direito ou Jurisprudência nasceu com os romanos, obedecendo a um processo empírico que, aos poucos, foi se afinando e se elevando até

---

(14) *Op. cit.*, pág. 148 e segs. “Nos grandes períodos formadores, nem os juristas romanos, nem os nossos (os anglo-saxônios) foram grandes teóricos: eles raramente elevavam-se até ao plano dos princípios” (BUCKLAND, *op. cit.*, pág. 9). Veremos que esta afirmação não corresponde à experiência total do *jus romano*.

possibilitar a ordenação consequente de um conjunto de conceitos rigorosamente talhados, embora sem se integrem nas linhas compreensivas de uma “teoria”, na compreensão unitária da realidade jurídica e de seus pressupostos.

A expansão do Império romano e a subordinação de outras gentes ao domínio da *Urbs*, pondo em contato povos das mais diferentes estirpes e dos mais variados usos e costumes, revelou a existência de um Direito outro que não o romano, ao mesmo tempo que a existência de preceitos comuns a todos os povos. Do contáto do *jus civile* com o Direito dos estrangeiros é que foi, lenta e prudentemente, se elaborando o *jus gentium*, quase que um *diritto commum* (*quasi quo jure omnes gentes utuntur*, no dizer de GAIO, *Inst.*, I, 1) estruturado sôbre bases fundamentalmente romanas.

A princípio, orgulhoso de sua cidadania e de suas peculiaridades, o romano considerou o *jus gentium* como aquele Direito em que os romanos e os peregrinos coincidião, um conjunto suplementar de regras para atender sobretudo às necessidades do comércio internacional. Era o Direito que o Pretor, armado de larga autonomia, e fundado na *equidade* e na *boa fé*, ia ditando para resolver as pendências surgidas em um campo de interesses incompatível com o formalismo tradicional. Donde o caráter empírico de sua formação tão bem assinalado por PUCHTA, que nô-lo mostra como produto ãe uma lenta experiência jurídica, elaborada no mundo romano em virtude de contáto e de confrontos entre as regras do *jus civile* e as que regiam os povos com que Roma ia entrando em relações militares, mercantis, políticas, etc. (15)

---

(15) Cs. PUCHTA — *Corso delle istituzioni*, trad. de Turchiarulo, Nápoles, 1841, vol. I, págs. 102 e segs. Segundo êsse autor, o *jus gentium*, longe de ser o fruto de uma simples especulação doutrinária, deduzido de princípios abstratos, como o Direito Natural, é um produto histórico, expressão do “espírito do povo romano,

Tal foi, porém, a riqueza dêsse *jus gentium*, tal o sentido realista e renovado dêsse *direito privado das gentes* (16) que, aos poucos, deixou de ser considerado um direito subordinado e secundário, para ser o Direito por excelência, “comum a todos os povos”, mas fixado e sistematizado pelo gênio jurídico de Roma. É claro que, na interpretação dêsse Direito, ainda e sempre se continuou a buscar a *juris ratio*, mas, ao lado dessa indagação, por assim dizer técnica, uma outra se impunha mais lata, tendente a estabelecer o fundamento do *jus gentium*. E foi assim que, a princípio, se explicou o *jus gentium* como um Direito fundado no “consenso comum dos povos”, explica-

---

ao avançar em sua civilização”, sendo, um “direito romano, embora não consistente de princípios puramente romanos” (págs. 106 e seg.). Também para VOIGT, não é o resultado de Jurisprudência comparada e de especulação racional, mas obra dos próprios jurisconsultos, “uma produção eminentemente romana” (*Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, Lipsia, 1856-75, vol. I, págs. 399 e segs.). É oportuno lembrar aqui que, segundo ilustres romanistas, em nenhum momento do desenvolvimento do Direito romano, teria existido um conceito técnico de *jus gentium*, entendido como complexo de normas e de institutos aplicáveis às relações entre romanos e peregrinos (Cs. LOMBARDI — *Ricerche in tema di “ius gentium”*, Milão, 1946, págs. 180 e segs.) FRITZ SCHULZ, baseado em MITTEIS e KUNKEL diz ser pura fantasia o entendimento do *jus gentium* como “aquela parte do Direito romano aplicável tanto a *cives* como a *peregrini*” (*History of roman Legal Science*, Oxford, 1946, págs. 73 e 135).

Na realidade, o *jus gentium* assinala um momento da experiência jurídica romana, superando particularismos incompatíveis com os novos tempos, mas não pode ser visto como uma espécie de “sobre-direito”, ou de “Direito internacional privado”: é Direito romano, não distinto do que era vigente só para os cidadãos romanos, a não ser por seu espírito e sentido universalista. (Cs. JÖRS-KUNKEL — *Derecho Privado Romano*, Ed. Labor, trad. de Prieto Castro, 1936, págs. 82 e segs.)

(16) Sentido predominante que, no entanto, não nos deve fazer olvidar outro significado do *jus gentium* como “primeiro núcleo do Direito Internacional Público”. Cf. DE FRANJSCI — *op. cit.*, vol. II, Parte I, pág. 264.

ção esta que bastou enquanto êsse Direito foi se elaborando em virtude da ação criadora do Pretor para dirimir conflitos de interesses entre pessoas pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos.

Mais tarde, porém, verificou-se um fenômeno de decisivas consequências para a cultura humana: *o contáto da experiência e da técnica jurídica dos romanos com a especulação ético-política dos gregos*. Bem poucos assuntos haverá tão relevantes na história do Direito como êsse encontro ou confluência do tecnicismo-pragmático romano com a especulação pura dos helenos, assunto que tem sido objeto de estudos magistrais e que não pode deixar de ser apontado como um *momento crucial* do desenvolvimento filosófico-jurídico.

A apontada origem do *jus gentium*, correspondente ao sentido de concreção do jurídico e do justo no mundo romano, deve precaver-nos contra qualquer concepção tendente a erradicar a concepção romana de *jus naturale* de sua circunstancialidade histórica, para só a apreciar como pura categoria abstrata, tal como viria a ser feito pelos bizantinos e por mestres medievais, como SANTO TOMÁS DE AQUINO, por exemplo, e já o fora até certo ponto por CÍCERO.

Nunca é demais insistir que os cultores do Direito em Roma não cuidaram especificamente de Filosofia, por terem sido precipuamente *jurisconsultos*, capazes de receberem as idéias filosóficas dominantes no seio da elite romana e de, à sua luz, penetrar na razão íntima dos ordenamentos jurídicos positivos. Homens práticos acima de tudo, dominados pelo senso da realização do Direito, os *jurisconsultos* não se preocuparam com a mera formulação abstrata dos princípios primeiros da juridicidade, nem tampouco cuidaram de sistematizar as razões últimas do justo.

Mestres exímios quando se tratava de configurar os distintos institutos jurídicos e de esclarecer o sentido orgânico dos dispositivos legais, não se mantiveram no mesmo plano quando a sua atenção foi chamada para os problemas



fundamentais ou primeiros da Jurisprudência. (17) Entretanto, exatamente por serem jurisconsultos, a especulação que realizaram sobre o honesto, o justo e a lei, adquiriu um cunho todo especial, mais novo, por assim dizer mais técnico, orientada no sentido da ordem jurídica positiva, mais do que no sentido da apreciação da conduta humana sob o prisma genérico da Ética. O que para uns é especulação pura, para outros é instrumento de ação.

É por esse motivo que alguns autores declaram que, se os gregos nos legaram obras de *Filosofia Política* ou de *Teoria da Justiça*, foram somente os romanos que chegaram a conceber a *Filosofia do Direito* propriamente dita, o que nos parece deveras excessivo, inclusive pela ausência de qualquer indagação de ordem epistemológica ou deontológica sobre a Ciência que constituam. Na realidade, é curioso observar que os romanos, que souberam fundar a Jurisprudência e o Império, não nos legaram *teorias* sobre ambos. Uma teoria da *política imperial* procurar-se-á envão no mundo romano, como não se configura, de maneira explícita, a sua teoria geral do Direito. Se CÍCERO, por exemplo, nas pegadas do grego POLÍBIO, oferece-nos uma teoria política, já é algo que pertence ao passado, ao grande

(17) JÖRS e KUNKEL exageram o contraste entre o “primitivismo” das concepções dos juristas romanos no plano das ordenações lógico-sistemáticas ou de ordem geral, e a finura revelada no tratamento das questões particulares: “cada resolução do jurista é, por assim dizer, uma obra de arte, quer por seu acabamento, juridicamente falando, quer por sua forma literária”. (*Derecho Privado Romano*, trad. de Prieto Castro, Ed. Labor, 1937, pág. 37). Parece-nos, no entanto, que essa capacidade de penetrar no valor específico de cada porção da realidade social só foi possível porque subordinada a uma compreensão geral da conduta humana, graças a uma “atitude metódica” amadurecida na experiência e, de certa forma, condicionadora de suas expressões particulares e contingentes. Não há como confundir “ausência de teoria geral” com “ausência de princípios”, pois estes os romanos atingiram na esfera jurídica de maneira admirável. (Cf. EDOUARD CUQ — *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2ª ed., Paris, 1928, págs. 45 e segs.).

ideal republicano, ao qual se mantiveram fiéis os que não quiseram transpôr o Rubicon seguindo as passadas de CÉSAR.

Dir-se-ia que, sendo protagonistas da História e partícipes ativos do evolver político e social (e não meros espectadores como soem ser os juristas de nossa época, conformados a teorizar sôbre as leis já feitas, oferecidas ao seu cogitar) os jurisconsultos não alcançaram aquela perspectiva que só é atingida por quem, ao menos por exigência metódica, sabe abstrair do viver empírico, para compreendê-lo em sua validade objetiva, em suas “significações universais”.

Compreende-se, dêsse modo, a extrema complexidade do problema do *jus naturale* na Jurisprudência romana, não só para se determinar a sua subordinação às concepções filosóficas da Grécia, como, especialmente, para se saber qual o seu real significado como idéia força na experiência jurídica concreta.

Entrando em contáto com os tesouros da Filosofia helénica, quando já eram possuidores de conhecimentos jurídicos, até então estranhos a todos os povos da antiguidade, era natural que os romanos fossem levados a contemplar os quadros de sua maior criação à luz dos ensinamentos ético-políticos desenvolvidos desde PITÁGORAS até aos Estóicos, e, através da especulação filosófica, a “dar-se conta” da esfera específica de cultura por êles revelada.

Desperta a curiosidade filosófica, ainda que se não empenhasem como filósofos na perquirição dos problemas últimos da juridicidade, os jurisconsultos reconheceram que a idéia de “consenso comum” bastava para explicar empiricamente o fenômeno do *jus gentium*, mas não era suficiente para explicar a existência de tantos preceitos iguais, estabelecidos por povos pertencentes aos mais diversos quadrantes, sem que êles guardassem notícia alguma de contátos anteriores ou de uma origem comum.

Por outro lado, como observa subtilmente SAVIGNY, tendo atingido um conceito abstrato de Direito, “comum

a todos os homens”, teriam percebido os jurisconsultos a relatividade dêsse conceito, por ter sido obtido de forma indutiva, com base no conhecimento limitado de alguns povos, e não no de todos: “era natural, todavia, também em razão dessa generalidade apenas relativa, que se elevassem à sua causa originária, e esta foi vista em geral na *naturalis ratio*, ou seja, na consciência jurídica comum, ingênita na natureza humana.” (18).

Se o Direito surgia, por tôda parte obedecendo a um certo número igual de preceitos e se, no *jus gentium*, havia normas baseadas apenas no consenso, outras havia como expressão de algo superior à mutável vontade dos povos, o que punha a exigência de um princípio diverso a reger suas concepções.

Daí a idéia de uma *naturalis aequitas*, contraposta à *civilis aequitas* (19) como princípio do *jus gentium*. Não mais o consenso, mas a *naturalis ratio*, a identidade da razão e da natureza humana se apresentava como fundamento da ordem jurídica universal.

### Jus Naturale e experiência histórica

Não é de hoje a controvérsia sôbre a natureza e a extensão do influxo do pensamento helênico na Ciência jurídica dos romanos. Desde CUIACIO e da tradição humanista foi grande a corrente dos que acentuaram essa influência. Ainda PUCHTA considerava dominante tal opinião entre os doutos, ao escrever as suas *Instituições* na primeira metade do século passado, e, embora reconhecendo terem sido os jurisconsultos homens instruídos na Retórica e na Dialética, assim como versados nos escritos filosóficos, especialmente nos do Pórtico, nem por isso deixava sem reparo a atitude dos autores que apresentavam

---

(18) v. SAVIGNY — *Sistema del diritto romano attuale*, trad. de Scialoja, Turim, 1886, vol. I, pág. 126.

(19) v. PUCHTA, *op. cit.*, pág. 107.

a Jurisprudência romana como “emanação da Filosofia estoica”, com argumentos por êle considerados extremamente frágeis, frutos da “mania do estoicismo”. (20).

Se não pròpriamente a Escola Histórica, pelo menos alguns de seus continuadores, animados de tecnicismo dogmático extremo, favoreceram a opinião oposta de um Direito romano de certa maneira autoctone e autárquico, fechado aos influxos exteriores, pouco ou nada tocado pela força das cogitações filosóficas. (21).

Seria longo lembrar aquí a gama das opiniões sôbre o assunto entre os romanistas atuais, desde os que limitam a influência filosófica (notadamente a estoica) a meros elementos formais, até àqueles que a configuram especialmente no plano metodológico; desde os que a consideram substancial e decisiva na constituição da nova Ciência, até aqueles que vão além, pensando poder identificá-la, de maneira relevante, na vida mesma de certos institutos do *jus* romano.

---

(20) Op. cit., vol. I, pág. 147, § CI.

(21) Não é apenas nêsse ponto que a Escola Histórica revela, paradoxalmente, certa carência de historicidade substancial. Cuj observa com razão que, em um ponto importante, a obra de SAVIGNY marca um recuo com referência à de Cujácio: “êle considera a legislação de JUSTINIANO como um conjunto homogêneo; não examina se os textos que cita pertencem a jurisconsultos de épocas ou de opiniões diferentes; êle não se ocupa com a história das doutrinas. Em suma, nos seus trabalhos sôbre Direito romano, é o método dialético que domina, como o verifica R. VON JHERING, que lhe opõe o método realista”. (Cs. EDOUARD CUG — *Manuel des institutions juridiques des romains*, cit. pág. 73 JHERING — *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. de Meulenaere, Paris, 1891, págs. VII e VIII). Como mostramos em nossa *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1953, vol. I, t. II, n. 164, essa orientação dialético-formal, inspiradora de uma exegese histórico-dogmática, e não de uma compreensão histórico-cultural dos textos, ia aproximar cada vez mais a Escola Histórica da Escola da Exegese.

Não faltam, porém, na Escola Histórica exemplos de mais profunda compreensão do problema filosófico, como nô-lo demonstra sobretudo a obra de VOIGT, tal como se dirá logo mais.

Neste, como em outros problemas de interpretação histórica, o variar das doutrinas obedece à diversidade das perspectivas ou da “forma mentis” dos intérpretes. Nada de extraordinário que os “humanistas” da Escola de CUIÁCIO tenham dado tão alto apreço ao inserir-se da problemática filosófica dos helenos na experiência jurídica romana, ou que os “interpolacionistas” contemporâneos, fiéis a um tecnicismo cerrado, hajam renovado o entendimento de um Direito romano formado tão somente segundo forças intrínsecas em seu desenvolvimento espontâneo, e pouco sensível às idéias gerais.

Não é demais examinar alguns aspectos dessa questão de tão alta relevância, pois é sempre aconselhável a meditação sobre o Direito Romano, maximé quando se fala tanto em “crise do Direito”, e juristas há a olhar com desconfiança para quantos sustentam ser impossível readquirir-se confiança na Jurisprudência sem a crítica corajosa de seus pressupostos.

O primeiro dado que, nêsse sentido, se nos oferece é quanto à *preferência* da gente romana por um particular sistema de filosofia, por aquele que estava em consonância com suas tendências peculiares, com o seu nunca abandonado desejo de concreção vital.

Embora seja possível lembrar a influência de ARISTÓTELES mais do que a dos epicuristas (21-A) é, por certo, a doutrina de CRISIPO e de ZENO que fascina a maioria dos espíritos, o que se torna compreensível quando se pensa na propensão romana para uma doutrina mais ética do que metafísica, de princípios morais rígidos e inflexíveis, assinalada pela disciplina da vontade e a apologia da virtude auto-suficiente.

Quem estuda a história romana, forçado é a reconhecer que em Roma houve estóicos antes de serem conhecidos

---

(21-a) Nesse sentido, v. HELMUT COING — *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, em “*Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte*”, Weimar, 1952, págs. 24 e segs.

os princípios da Escola, mas é certo que, como acentuam os grandes historiadores do Império, foi na doutrina do Pórtico que os romanos encontraram um elemento poderoso de resistência às forças desagregadoras que iam comprometendo lentamente as suas grandes conquistas militares e políticas.

A Escola estoica, introduzida em Roma por PANECIO e POSIDONIO, tornou-se desde logo a *filosofia da elite romana*, grangeando uma posição de absoluto domínio entre os maiores jurisconsultos, desde Q. MUCIO SCAEVOLA, um dos fundadores da Ciência do Direito, até MARCIANO, desde RUTILIO RUFO a ULPIANO.

Nessa recepção de idéias estoicas, cabe, no entanto, levar em conta o modo ou as condições especiais em que o fenômeno se verificou, sendo errôneo apresentar os romanos como simples repetidores das teorias de ZENO e de seus discípulos do mundo helênico.

Ao passo que LAFERRIÈRE coloca os jurisconsultos romanos em uma situação de profunda subordinação ao pensamento estóico, chegando a sustentar que foi sob a influência dêste que o Direito civil de Roma tomou o nome próprio de Direito Romano (22), estudiosos mais recentes vão reconhecendo que Roma não recebeu passivamente os ensinamentos estoicos, imprimindo-lhes, ao contrário, um sentido novo, de conformidade com a força vital ordenadora de sua concepção da existência.

DILTHEY chega mesmo a dizer que, quando o estoicismo penetra na cultura romana, dá-se como que uma *devoção*, sob formulas filosóficas, de idéias e de concepções inspiradas pelos próprios romanos ao mundo helênico já então sob seu domínio. . “Os mestres, cujas lições CÍCERO havia seguido, escreve o sutil pensador germânico, quais

---

(22) *Histoire du droit civil de Rome et du droit civil français*, Paris, 1846 — vol. II, pág. 192. Cfr. as justas reservas opostas a essa opinião por ALEXANDRE CORREIA — *O conceito de jus naturale, gentium et civile no direito romano*, São Paulo, 1934.

sejam em Roma, especialmente, FILON de Larissa; em Atenas ANTIOCO de Ascalon; e em Rodes, POSIDÔNIO —, os livros que utilizou de preferência, pertencem a uma corrente espiritual já condicionada pela enorme impressão que Roma produzia, erguendo-se com o domínio do mundo graças a seus homens de vontade poderosa e às necessidades de sua esplendida juventude”. (23).

Até que ponto, no entanto, se exerceu essa influência filosófica no plano da Jurisprudência?

Prevalece, talvez, hoje em dia, superados certos exageros tecnicistas, a opinião de que o pensamento grego influiu na Jurisprudência romana em dois sentidos principais: *de maneira geral*, como cosmovisão, ou seja, como nova atitude espiritual assumida perante os problemas da existência e do cosmos, o que possibilitou mais clara compreensão da “experiência jurídica” como um dos elementos necessários e comuns a todo o gênero humano; *de maneira particular*, como tomada de consciência teórica da originalidade e da dignidade científica do labor produzido até então empiricamente na ordenação da conduta humana, pela subordinação da obra realizada a exigências metodológicas de sistematização.

Quanto ao primeiro ponto, não nos parece possa haver, dúvidas, pois não é crível que CÍCERO represente um caso isolado na admirável abertura espiritual para os problemas da Filosofia, maximé quando se têm ciência das preocupações especulativas vigentes no Circulo de SCIPIÃO, centro polarizador dos novos valores culturais. Para empregarmos expressões de VOIGT, de significativo sabor savignyano, o Direito, produto do espírito do povo, e a Jurisprudência, parte da ciência geral, não podiam absolutamente escapar aos influxos das forças culturais dominantes. (24).

---

(23) DILTHEY — *El hombre en los siglos XV e XVI*, trad. de Imaz, México, 1944, pág. 23.

(24) Cfr. MORITZ VOIGT — *Das Jus Naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, Lipsia, 1856, t. I, págs. 250 e segs.

No plano metodológico, por outro lado, já no fim da Republica, acentua-se a força renovadora representada pela importação da *Dialética* dos gregos, cuja adoção abriu à Jurisprudência romana uma nova fase, a da gênese do sistema, o “processo de tipificação conceitual e de ordenação sistemática”, não só em virtude das *distinctiones* segundo gêneros e espécies, como pela procura de *principios* informadores, consubstanciados notadamente em *definitiones* e em *regulae juris*.

Como observa CUQ, essa transformação de sentido metodológico desenvolveu-se sob a dúplici influência da Filosofia e da Retórica dos helenos: “da Filosofia grega os jurisconsultos recebem a arte de apresentar as regras de direito em ordem sistemática, e de desenvolver suas idéias em ordem lógica; da Retórica, novos princípios de interpretação das leis e dos atos jurídicos”. (25).

No mesmo sentido, põe em realce o papel decisivo da Dialética o romanista FRITZ SCHULZ tanto no “período clássico”, como na fase anterior que denomina de “período helenístico”: “A importação da Dialética, escreve êle, foi um fator do mais alto significado na história da Jurisprudência romana e, como consequência, da Jurisprudência em geral. Ela introduziu a Jurisprudência romana no círculo das ciências profissionais helenísticas e transformou-a em sua ciência no sentido em que êste termo é empregado por PLATÃO e ARISTÓTELES, assim como por KANT. É tão somente uma pesquisa sistemática e um conhecimento organizado que merece receber aquela denominação especial, o que só se tornou possível, no domínio jurídico, graças ao método dialético”. (26).

---

(25) CUQ — op. cit., pág. 40.

(26) FRITZ SCHULZ — *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, págs. 62 e segs. 129 e segs. Quanto à influência da Retórica, cf. F. LANFRANCHI — *Il diritto nei retori romani*, Milão, 1938. Relativamente à influência que o estoicismo teria exercido diretamente na determinação ou na compreensão de certos institutos



Como dissemos, não ficou circunscrita, todavia ao plano puramente metodológico a influência da cogitação filosófica, que gerava fenômeno mais amplo, o da “atitude cultural” ou da consciência primordial dos problemas do destino humano e do destino da Jurisprudência no quadro da existência do homem. Uma cousa é, em verdade, filosofar sôbre o Direito “ex professo” (o que os romanos não fizeram); outra é ter consciência da dignidade da Jurisprudência como experiência humana de significado universal, o que se não pode negar aos romanos, e que êstes atingiram graças ao contacto com o mundo da Filosofia.

O que importa, neste passo, é caracterizar com precisão o conceito romano de *jus naturale*, que só aparece como categoria abstrata” ou dado de razão válido por si mesmo, desligado do Direito positivo ou histórico, em periodo tardio de sua evolução jurisprudencial. Na realidade, a não ser na fase post-classica, não se encontra na Jurisprudência romana a doutrina do “*jus naturale*” como viria a ser desenvolvida na Idade Média, dotado de valor distinto do processo histórico, anterior lógica e ontologicamente ao *jus civile* e ao *jus gentium*.

Sua concepção de *jus naturale* tem validade menos geral do que a pretendida pelas máximas da Filosofia estoíca, consoante observação justa de SCHULZ: é um Direito

---

jurídicos, v. o estudo de ALEXANDRE AUGUSTO CORREIA — *O estoicismo no Direito Romano*, São Paulo, 1950. Parece-nos, porém, tratar-se de influência bem restrita no que se refere propriamente à gênese e à configuração dos institutos, embora se apresente mais acentuado no periodo post-classico. A maior parte dos textos invocados em apóio de uma influência *específica*, em determinadas categorias jurídicas, estão sujeitos a fortes dúvidas quanto a acréscimos ou a alterações introduzidas na época justiniana, tal como ocorre especialmente em matéria de direito de pessoas e de família, ou tôda vez que prevalecem os conceitos de *humanitas* ou de *pietas*. Cf., em geral, BONFANTE — *Lezioni di storia del diritto romano*, Roma, I Parte, págs. 103 e segs; ALBERTARIO — *Studi di diritto romano*, cit., vol. V; SCHULZ — *I principii del diritto romano*, cit., págs. 164 e segs.

Natural que “permanece enquadrado na legislação romana, mantendo intangíveis certos conceitos fundamentais e certas máximas axiomáticas tradicionais; é, em suma, um Direito Natural romano, que carece da força especulativa do Direito Natural dos gregos”. (27).

Quem, a nosso ver, soube caracterizar bem a conexão essencial entre o *jus naturale* e a *história* na concepção dos romanos foi MORITZ VOIGT, cujo pensamento não nos parece tenha sido plenamente apreendido por V. CATHREIN, partidário de um Direito Natural abstrato, válido com anterioridade a todo processo histórico. Segundo CATHREIN, o citado romanista teria afirmado que os juristas haviam entendido o *jus naturale et gentium* tão somente como um Direito ideal ou potencial, e não como um verdadeiro e válido Direito. Na realidade, o *jus naturale* romano, na interpretação de VOIGT, apresenta-se com um duplo significado, no plano puramente especulativo e teórico, e também no plano empírico e prático, valendo como norma ideal e como ordenação a seu modo positiva. Os dois conceitos implicam-se, dada a conexão entre o elemento ideal e o elemento histórico, em relação ao qual aquele se põe como potência condicionadora. (28).

É esse sentido concreto do *jus naturale*, como algo de inseparável da experiência histórica do *jus*, que, a nosso ver caracteriza o Direito Romano clássico, em contraste com o conceito abstrato do *jus naturale* na época seguinte, notadamente no chamado “Direito romano cristão”. Nesse ponto, em obra recente, FRANCISCO CALASSO correlaciona a problemática do *jus naturale* e a da *aequitas*, mostrando que esta, nos textos juristicos, representa “um princípio ideal de justiça humana”, composta de elementos jurídicos e meta-jurídicos, superior ao *jus* e para o qual o

---

(27) F. SCHULZ — *I principii del diritto romano*, trad. de Vincenzo Arangio Ruiz, Florence, 1949, pág. 29.

(28) MORITZ VOIGT — op. cit., vol. I, págs. 332 e segs. Cfs. CATHREIN — *Filosofia del derecho, el derecho natural y el positivo*, trad. de Jardon e Barja, Madrid, 3.ª ed., 1940, pág. 173.

*jus deve* tender, enquanto que, antes, no Direito clássico, a *aequitas* havia designado um principio singularmente jurídico, o fim supremo ou a força ideal que informa todo o sistema do Direito positivo (29). Até mesmo CÍCERO, apesar de sua compreensão filosófica do *jus naturale* como ideal válido em si mesmo (compreensão esta que só logrará ressonância entre juristas no período romano-cristão) podia definir o *jus civile* como “*aequitas constituta iis qui eiusdem civitatis sunt*” (30). Dêsse modo, como ainda observa CALLASSO, a *aequitas* dos clássicos era, genuinamente, algo de *intrínseco* ao próprio sistema do Direito positivo, e não de transcendente ou de superior a êste. A tal ponto que uma antítese entre *aequitas* e *jus* só era concebível, como discrepância entre uma norma, singularmente considerada, e a totalidade do sistema jurídico. (31).

Compreende-se, pois, que o *jus naturale* não possa ser concebidos pelos clássicos, em geral, senão em função do *jus gentium*, prevalecendo o sentimento de uma implicação entre o elemento ideal e o histórico, embora sem uma explicação doutrinária esclarecedora. Já na época justiniana o Direito Natural adquire uma validade própria como ditame da Divina Providência e entidade não só primordial como perfeita. (32).

A disputa ainda aberta entre romanistas para saber se o *jus naturale* chegou a constituir uma terceira categoria ao lado do *jus gentium*, ou se, ao contrário, com êste se confundia, não raro olvida que se trata de dois aspectos

---

(29) FRANCESCO CALASSO — *Medio Evo del diritto*, Milão, 1954, vol. I, pág. 332. Cf. o sempre atual estudo de SCIALOJA — *Del diritto positivo e dell'equità*, em “*Studi Giuridici*”, Roma, 1932, vol. III, págs. 1-23.

(30) CÍCERO — *Topica*, 2, 9.

(31) CALASSO, *loc. cit.*

(32) Sôbre a diferença entre o *jus naturale* clássico e o justiniano, vide BIONDO BIONDI — *Il diritto romano cristiano*, Milão, 1952, vol. II, págs. 4 *usque* 27, e ALBERTARIO, *op. cit.*, vol. V, págs. 277 e segs.

de uma mesma questão, vista como *categoria histórica* (*jus gentium*) e, ao mesmo tempo e inseparavelmente como *exigência ideal* (*jus naturale*), o que nos preserva de certa tendência a empobrecer o conceito de *jus naturale* até reduzi-lo ao complexo de elementos biológicos, fisiológicos, “naturais”, em suma, que necessariamente sempre condicionam a vida do Direito.

O reconhecimento dessa funcionalidade entre *jus naturale* e *jus gentium* no processo evolutivo da cultura jurídica romana talvez possa lançar nova luz sobre o intrincado problema da divisão dicotômica ou tricôtomica do *jus* em Roma.

Os romanistas, com efeito, até hoje discutem sobre quais teriam sido os partidários de uma ou de outra corrente... Tal colocação do problema, feita através de méro jogo formal de combinações e de cotejos de textos, tem possibilitado e ainda possibilitará as mais desencontradas opiniões.

Até mesmo quanto a CÍCERO, mais filósofo do que jurisconsulto, haverá divergência, uns apontando o autor do *De legibus* como sendo partidário da distinção tripartita (*jus naturale, jus gentium et jus civile*) como fazem, por exemplo EMÍLIO COSTA, GIORGIO DEL VECCHIO e P. KRUEGER (33) enquanto outros poderão considerá-lo adepto da dicotomia *jus civile et jus gentium* (= *jus naturale*) como é o caso de H. F. JOLOWICZ e de ARANGIO RUIZ. (34).

---

(33) E. COSTA — *Cicerone giureconsulto*, Bolonha, vol. I, pág. 26, DEL VECCHIO — *Lezioni di Filosofia del diritto*, 9.<sup>a</sup> ed., Roma, 1953, pág. 34: “entre êsses termos não há contradição, sendo antes determinações graduais de um mesmo princípio”, P. KRUEGER — *Histoire des sources du droit romain*, trad. Brissaud, Paris, pág. 55.

(34) H. F. JOLOWICZ — *Historical introduction to the study of Roman Law*, Cambridge University, 1952, págs. 104 e seg., ARANGIO RUIZ — *Istituzioni di diritto romano*, Napoles, 1946, págs. 25 e 27.

A divergência surgirá também com relação a ULPIANO, não só para se considerar isolada e de insignificante ressonância a sua concepção tricotômica, como também para se contestar a existência de uma sua distinção efetiva entre *jus naturale* e *jus gentium*. (35).

Por outro lado, não nos parece possa resolver substancialmente o problema a tese dos que excluem do período clássico o conceito mesmo de *jus naturale*, quer na aceção de ULPIANO (*quod natura omnia animalia docuit*, D. 1, 1, § 3) quer na mais precisa de PAULO (*quod semper bonum et aequum est*, D. 1, 1, 11) por se considerarem interpolados todos os textos em questão, seja pelos compiladores bizantinos (36) seja em virtude de glosas escolásticas pré-justinianas. (37). Na verdade, ainda que fosse posterior o emprego do termo *jus naturale*, torna-se difícil contestar que o termo *jus gentium* já não possuísse, na época clássica, duas aceções distintas, uma *histórica* e uma outra que alguns denominam *dogmática*, mas que será melhor considerar *ética*, dada a invocação da *naturalis ratio* como expressão do sentimento jurídico comum entre povos do mesmo grau de civilização.

Os dois *significados*, mesmo quando alguns poucos jurisconsultos chegam a distinguí-los nas categorias do *jus gentium* e do *jus naturale*, permanecem sempre interligados, dado o sentido de integração fático-axiológico-normativa que caracteriza a Jurisprudência romana, a respeito

---

(35) No sentido da tricotomia, v. ALEXANDRE CORRÊA, *op. cit.* e a correspondente bibliografia. Pela tese contrária, segundo a qual ULPIANO não discreparia da identificação corrente entre *jus naturale* e *jus gentium*, cf. S. PEROZZI — *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1947, pág. 91 n. 2. A nosso ver, ambas as posições partem de pressupostos formais, pondo entre parêntesis a correlação unitária e necessária dos dois conceitos.

(36) Cf. PEROZZI *op. cit.*, pág. 66, n. 1. Contra, PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, I, pág. 305.

(37) ARANGIO RUIZ — *Istituzioni di diritto romano*, cit. pág. 26.

da qual já foi possível invocar a concepção de um *Direito Natural de conteúdo variável*. (38).

É necessário, pois, recorrer à compreensão histórico-cultural do problema, ao sentido dominante do Direito romano como experiência concreta. A essa luz, parece-nos inegável que a correlação do *jus naturale* com os elementos históricos devia traduzir-se, na mente dos jurisconsultos, em uma correlação entre *jus naturale* e *jus gentium*, como categorias só compreensíveis em função dos fatos históricos.

É claro que nos referimos apenas à época clássica, na qual pode-se dizer que os valores éticos, as exigências da *aequitas* estão imanentes no processo da positividade jurídica, condicionando-a no âmago da evolução do Direito, com aquela dupla fonte de *justiça concreta* que foram o pretor e o jurisconsulto. O mesmo não acontecerá mais quando outros ambientes culturais determinarem diferentes formas de enlace entre os inevitáveis elementos de toda vida jurídica, *fato, valor e norma*.

Nem seria lícito afirmar-se, de maneira absoluta, que depois se passou para um fase de decadência, caracterizada por uma compreensão abstrata do Direito, sem a integração concreta dos três elementos em um plano de imanência histórica, devido a uma hierarquia de planos, prevalecendo o elemento ideal, como tal, ao qual deveriam se ajustar as esquematizações jurídicas positivas. A decadência manifestou-se no plano doutrinário e científico, é certo, logo após ULPIANO e PAULO, acompanhando a crise de uma cultura e de uma civilização, mas outras soluções se delineariam no bojo dos acontecimentos, ao ritmo de outras exigências espirituais, ditando outros processos de enlace entre o Direito e a Vida, o Direito e os fins que os homens acaletam.

---

(38) Nesse sentido DE FRANCISCI, op. cit., vol. I, pág. 12, nota. Cf. também BONFANTE, *Scritti*, págs. 6 e 19.

À medida que o Direito romano foi deixando de ser experiência vivida, história operante nas revisões e nas adaptações práticas dos institutos, segundo o variar das oportunidades e das necessidades concretas, para cristalizar-se em fórmulas rígidas por ter-se esgotado a fonte reveladora dos institutos, ou pelo advento de novos fatores de perturbação na multi-secular continuidade jurídico-normativa; à medida que as antigas categorias se divorciavam das condições existenciais, e a prática burocrática predominava sobre o gênio criador, o *jus naturale* ia sendo também projetado ou extrapolado para um plano distinto do pertinente ao Direito positivo, de sua condicionalidade histórica, para passar a valer como entidade “a se stante”.

O que CÍCERO, como filósofo, já de certo modo concebera, ou seja, a validade abstrata da *lei natural*, ia encontrar ambiente favorável de aceitação no plano empírico da Jurisprudência, quando os juristas post-classicos, no setor mesmo da vida prática, não podiam deixar de reconhecer o contraste entre o *ideal* e o *real*, máxime quando o ideal se lhes projetava nas coordenadas novas da vida cristã, segundo uma hierarquia de fins totalmente diversos dos acalentados pelos mestres da melhor Jurisprudência romana. Assim acontece sempre: quando novos valores são reconhecidos como fins fundantes de uma civilização, assumem eles uma validade abstrata com relação às normas positivas ainda vigentes. (39).

Ideal e real foram vistos, na época post-classica, de uma forma por assim dizer *estática*, como se houvesse entre “*jus naturale*” e “*jus gentium*” planos justapostos. Essa superposição os jurisconsultos antigos haviam sabido evitar, não negando a antítese, mas inserindo-a na força imanente do processo histórico.

---

(39) Sobre a relação entre *valor* e *fim*, e sua consequência para uma compreensão *tridimensional* específica e concreta do Direito, vide MIGUEL REALE — *Filosofia do Direito*, cit. vol. I, t. II.

Entre a concepção humanista e concreta do *jus naturale*, vigorante no mundo dos jurisconsultos clássicos, e a concepção cada vez mais abstrata do mesmo *jus naturale*, até culminar na teoria providencialista e transcendente de JUSTINIANO, forçoso é, pois, reconhecer a verificação de um processo de desajustamento e de desconexão de categorias à realidade histórica, de alteração profunda no valor semântico dos vocábulos.

A idéia de um *jus naturale* a-histórico, porque de origem divina, transcendente e superior ao direito positivo, constituiu valor novo na história da cultura, coincidindo com o fim da Jurisprudência estritamente romana. Concebê-lo nos limites da experiência jurídica da época republicana e dos primeiros séculos do Império seria forçar a realidade histórica, esquecendo-se os valores vitais que queremos pôr em realce nestas notas de estudo.

São Paulo, Novembro de 1954



# A verificação da periculosidade

(Da Astrologia grega à previsão estatística norte-americana)

*A. Almeida Júnior*

(Catedrático de Medicina Legal)

Acolhendo em seu texto, sob a influência das idéias positivistas, as noções de “periculosidade” e de “defesa social”, o Código Penal brasileiro de 1940 deferiu aos juizes uma tarefa difficilima: — a de verificar se certos indivíduos, submetidos à Justiça, são ou não perigosos. Recorde-se inicialmente que, segundo o Código, “perigoso” é todo aquêlê que virá provàvelmente a delinquir (se ainda não o fêz), ou provàvelmente reincidirá (se já inaugurado no crime). Periculosidade pré-delitiva ou “social” no primeiro caso (arts. 14 e 27 do Código); periculosidade post-delitiva ou “criminal” no segundo. Esta, como a outra, salvo para os casos em que já vem presumida na lei, deve ser verificada pelo juiz, ora diretamente, ora mediante parecer de peritos psiquiatras ou do Conselho Penitenciário (1).

Será possível a previsão inerente ao conceito de periculosidade? Será possível afirmar, em relação a determinado indivíduo colhido pela Justiça, que êle, se restituído ao turbilhão social, não violará as leis penais? “Bastante

---

(1) Ao contrário do Código de Processo Penal italiano, a legislação brasileira não proíbe que o juiz ouça peritos para o exame da personalidade dos delinquentes, quando se trate de qualidades psíquicas independentes de causas patológicas. Para a crítica dessa proibição v. Prof. VITTORIO SIRACUSA — *Il Giudizio Prognóstico Medico-Legale*, Milão, 1939, págs. 18-36, e ADELMO BORETTINI — *La Perizia nel Processo Penale*, Pádua, 1940, págs. 138-144.

temerário, seguramente (escreveu Falret em 1869, a respeito dos loucos), se mostraria aquêlê que ousasse formular o horoscópio fatal de um indivíduo, mesmo são de espírito” JIMÉNEZ DE ASÚA, copiando de GRISPIGNI essa citação, acrescenta: “Esta é a grande objeção, a mais séria.. Reconheçamos que de um *modo definitivo*, e a *priori*, nem os juristas, nem os psiquiatras, nem os pedagogos, *ninguém* em suma, é capaz de formular juízo incomovível sôbre a temibilidade de um homem” (2). O padre AGOSTINHO GEMELLI, figura das mais ilustres da Psicologia contemporânea, descrê inteiramente da possibilidade: “periculosidade quer dizer previsibilidade. Como fixar os critérios para prever as ações humanas, as quais, porque tais, são aquilo que há de absolutamente imprevisível?” (3).

Se previsões seguras e fatais não são possíveis, pelo menos o é uma previsão em térmos de probabilidade. E as bases para fixá-la são, a rigor, as mesmas que adotamos quando procuramos antecipar a conduta dos homens em geral: — o conhecimento da personalidade de cada um e a natureza dos estímulos que incidem sôbre êles. Sem essa possibilidade seria inteiramente inconcebível a vida social, cujo funcionamento depende do grau de confiança que temos na relativa coerência das reações dos que dela participam. Erra-se muitas vezes, experimentan-se surpresas e decepções: nem por isso, entretanto, renunciemos ao convívio humano, certos, como estamos, de que na maioria dos casos havemos de acertar.

Do mesmo gênero é a previsão implícita no diagnóstico de periculosidade. Pesados todos os informes, — os que dizem respeito ao sentenciado e os que se referem ao méio, — calcula o juiz as probalidades da conduta futura do indivíduo. Não lhe pede a lei a “convicção” que é

---

(2) LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA — O Estado Perigoso, trad. port. de Catoira e Bley, S. Paulo, 1933, pág. 726.

(3) Pe. AGOSTINHO GEMELLI, O.F.M. — La personalitá del Delinquente, Milão, 1946, pág. 13.

indispensável para condenar: basta uma “suposição” (art. 77); e quem fala em suposição se coloca desde logo no domínio das afirmações probalísticas. Todavia, embora conjectural, não pode a decisão do juiz carecer de justificativa, pois que, sem esta, estaríamos diante de ato puramente discricionário. Segundo os termos da lei, deve a suposição ser “autorizada” (art. 77).

Isto pôsto, pergunte-se agora: — Que fatos e circunstâncias foram tidos no passado, ou são tidos hoje em dia, como suficientes para “autorizar a suposição” de que determinado indivíduo é, ou não é perigoso?

### Astrologia, Fisiognomia, Frenologia.

Para não irmos mais alto, principiemos nas estrêlas. . . A *Astrologia Judiciária*, filha da Grécia, desfrutou prestígio oficial até o século XVII. Leiam-se as Ordenações Filipinas, que, apesar de séveras com relação aos adivinhos e feiticeiros, respeitam os astrólogos: a aplicação de penas “não haverá lugar nas pessoas que por Astronomia, vendo primeiro as nascenças das pessoas, disserem alguma coisa, segundo seu juízo, e regra da dita ciência” (Liv. V, t. III, 3). Contudo, no século V de nossa era SANTO AGOSTINHO já lhe dava combate, inclusive com apóio na observação dos gêmeos, hoje modernizada (4). O ridículo acabou por desmoralizá-la. Exemplo: a “Pantagrueline Prognostication, certaine, véritable et infaillible pour l’An Perpétuel”, de Mestre Alcofribas. Em “Rei Lear” SHAKESPEARE põe em choque as duas mentalidades, — a do velho Gloster, que acredita, e a do jovem Edmund, que escarnece: “como se fôssemos vilões por fatalidade, insensatos por pressão celeste, velhacos, ladrões e traidores por força da submissão

---

(4) SANTO AGOSTENHO — La Ciudad de Dios, trad. esp. de Dias de Beyral, Buenos Aires, 1942, Liv. V. caps. 1 a 4.

às influências planetárias” (5). E CASSIUS em “Júlio Cesar”: “a culpa, caro Brutus, não está em nossas estrêlas, mas em nós mesmos. .” (6). Isto não impede que até na atualidade apareçam homens de ciência animados pelo propósito de fazer reviver a Astrologia Judiciária, ora, com base na Estatística, (7), ora apoiada na Biologia (8).

A *Fisionômica* (ou “Physiognomia”), de antiga memória, foi um passo progressivo: desceu das estrêlas para o homem. Sua grande voga a partir do século XIV, deveu-se à tradução do “Segrêdo dos Segredos”, atribuído a ARISTÓTELES, e que serviu de modelo, daí por diante, à maioria dos fisionomistas (9). Em 1586 vem a lume, em latim, o célebre livro de DALLA PORTA, traduzido em 1652 sob o título “La Fisionomia dell 'Huomo et la Celeste”, e na qual o autor desenvolve um sistema fisionômico cujo

---

(5) SHAKESPEARE — Rei Lear, I, ii.

(6) Idem — Julio Cesar — I, ii.

(7) PAUL CHOISNARD — Saint Thomaz d'Aquin et l'Influence des Astres, Paris, 1916. O autor, que é “antigo aluno da Escola politécnica” e que escreveu numerosos livros sobre a Astrologia, se propõe demonstrar a adesão de S. Tomás à Astrologia. Incidentalmente, dá êle a base estatística de sua ciência, dispensando de caso pensado qualquer teoria explicativa das correlações que julga encontrar.

(8) ELLSWORTH HUNTINGTON — Season of Birth, N. York, 1938. Este geógrafo norte-americano, que escreveu um valioso livro, “Civilization and Climate”, procurou lançar os fundamentos de uma ciência que, no dizer dêle, está para a Astrologia como a Química para a Alquimia. Os homens notáveis (e, portanto, também os grandes criminosos) nascem de acôrdo com o “ritmo animal”: em fevereiro ou março no hemisfério setentrional; os homens comuns nascem a qualquer tempo.

(9) O primeiro texto em italiano é do começo do século XIV e atribuído a Bencivenni. Em 1621 saiu uma edição latina, com a epigrafe “Physiognomica Aristotelis Commentarii a Camillo Baldo. Opus multiplici doctrina refertum. Bononiae”. A edição italiana de 1876 (Livorno) diz no Proêmio: “Qui incomincia d'una nobile iscenza la quale s'appella Fisionomia, per la quale si conosce l'uomo per li segni di fuori” (Bibl. Nac.).

fundamento é a comparação com os animais (10). É robusto quem tem as extremidades grandes, como o leão; é agradável quem possui, como as ovelhas, voz débil e mole; é maligno quem, como o macaco, apresenta nádegas sêcas; os porcos têm beiços repuxados, monstrando os dentes, e são animais vís; quem possui faces grandes é lerdo, como o boi; cabeça grande significa pouco engenho, como no burro; nariz grande é sinal de honestidade, como no rinoceronte. De qualquer forma, “più grata é la virtù in corpo bello” (11). No fim do século XVIII salientou-se GASPARD LAVATER, o derradeiro fisionomista mais ou menos original (12). Alguns cultores da arte alegam observação metódica. DALLA PORTA teria estudado cadáveres de criminosos e visitado cárceres. Segundo NIQUÉCIO, espanhol do século XVII, os dados que apresenta são “fruto da experiência”. Entretanto, apesar de em grande parte se copiarem, os fisionomistas se contradizem nas interpretações. E também no prognóstico. PELLEGRINO (1545) e NIQUÉCIO (1648) mostram-se fatalistas: nada evitará que o indivíduo seja, até à morte, aquilo que resulta de seus traços fisionômicos. Aristóteles, ao contrário, refere que SÓCRATES, cuja fisionomia indicava tendências criminais, se dominou pela educação. DALLA PORTA recomenda, como terapêutica, o exercício, a alimentação adequada (carne e vísceras de animais dignos de imitação), amuletos, etc. . LAVATER também supõe possível jugular os impulsos expressos na fisionomia.

---

(10) Cf. ARISTÓTELES — *Analytica Priora*, Liv. II, Cap. XXVII, 70, trad. inglesa de A. J. Jenkinson.

(11) G. BATTISTA DALLA PORTA — *La Fisionomia dell’Huomo, et le Celeste*, Veneza, 1652, ed. ilustrada (Bibl. Nacional). As interessantes ilustrações de Dalla Porta têm sido aproveitadas por autores modernos, que se esquecem, não raro, de mencionar que são copiadas.

(12) GASPARD LAVATER — *L’Art de Connaitre les Hommes par la Physionomie*, nova edição, em 10 vols. notas de Moreau de la Sarthe Paris, 1883.

É interessante salientar (pois que o fato terá futuramente explicação) que impressionam mal aos fisionomistas os caracteres anormais (polidactilia, barba em rosto de mulher), os caracteres extremados (orelhas pequenas, orelhas grandes), os caracteres infrequentes (pele escura na Alemanha, olhos claros no sul da Itália), cabelos vermelhos em quase tôda a parte). Para indicar o homem de bem, nada como a medianidade fisionômica, a normalidade de proporções, a conformidade com os tipos físicos correntes no meio social.

A Fisionômica teve aplicação judiciária consagrada pelos praxistas dos séculos XVI e XVII. A má catadura (“mala phisonomia”) era para êles sinal de celeradez, e, em caso de suspeita, constituia elemento suficiente para a tortura (13). Seus fiascos, entretanto, foram muitos. ZIMMERMANN mandou o perfil de um facinora a LAVATER: o mestre, que esperava receber o retrato do famoso artista HERDER, só descobriu, no desenho, qualidades sublimes e nobres inclinações (14). A intuição genial de SHAKESPEARE percebeu desde logo a fragilidade da Fisionômica: “Não existe (disse o poeta) nenhuma arte que revele na face a estrutura da alma” (15). E quase dois séculos mais tarde, KANT fará notar que essa arte “desaparecera totalmente do mercado” (16).

A *Frenologia* de GALL (1758-1828) teve, apesar de seu aspecto científico, muito curta duração (17). Três prin-

---

(13) HIPPOLYTUS DE MARSILIIS — *Practica Causarum Criminalium* 1542, fol. 61, n. 53. MENOCHIO — *De Praesumptionibus, Conjecturis, Signis et Indiciis*, Veneza, 1617, T. I, lib. 1.

(14) G. LAVATER — *Op. cit.*, pág. 64 (nota de M. de la Sarthe).

(15) SHAKESPEARE — *Macbeth*, I, iv.

(16) KANT — *Antropologia en sentido pragmático*, trad. esp. de José Gàos, Madrid, 1953, pág. 195.

(17) GALL, FRANZ JOSEPH — *Sur l'Origine des Qualités Morales et des Facultés Intellectuelles de l'Homme et sur les Conditions de leur Manifestation*, Boucher edit., Paris, 1822-25 (6 vols.).

cípios a condensam: 1.º cada faculdade mental tem por sede determinada região do córtice cerebral; 2.º) o desenvolvimento das diferentes zonas corticais é proporcional ao das faculdades respectivas; 3.º) êsse desenvolvimento se denuncia através de correspondentes saliências do crânio. Os fisionomistas olhavam a face: os frenologistas apalparam a cabeça. Se há saliências logo acima ou logo atrás das orelhas, indicando exagêro da “destrutividade” ou da “combatividade”, em contraste com a pequenez da “benevolência” no polo frontal, — tem-se um assassino. A “amatividade” excessiva, revelada por saliências post-laterais, levam ao estupro. A atrofia da “filoprogenitividade”, que a planura do polo occipital denuncia, impele ao abôrto e também ao infanticídio. GALL, examinando um jovem ladrão na cadeia de Berlim, aconselhou a que o mantivessem no cárcere até o fim da vida: teria o cientista encontrado hipertróficas as duas bossas laterais correspondentes à “aquisitividade”, e insignificantes, aos lados da parte posterior da sutura mediana, as bossas da “conscienciosidade”. Foi um caso mau o dêsse ladrão, pois GALL não era fatalista. Em seu parecer, a indulgência aumenta o desejo, e o hábito, enfraquecendo a vontade, leva ao crime.

Nem tudo se perdeu da obra do criador da Frenologia. GALL não só estimulou as investigações no domínio da anatomia e fisiologia cerebral, como também procurou situar o problema do crime no terreno psicológico, tendo sido mesmo dos primeiros a sugerir que se estudassem os delitos, não como entidades abstratas, mas em função da natureza e condições de seus autores (18). Suas críticas às

---

(18) GALL, — Op. cit., vol. I, pág. 339: “seria preciso avaliar com exatidão a influência da idade, do sexo, do estado de saúde, da situação moral e de mil circunstâncias acessórias no momento do ato ilegal” E ainda: “Os delitos e os crimes têm sido considerados em si mesmos, sem atenção às necessidades e à posição dos respectivos autores” (pág. 337).

prisões da época são ainda em grande parte atuais, porque persistem os defeitos por êle denunciados. E os propósitos que, segundo sua opinião, deveriam orientar a sociedade em relação ao crime, vieram depois a tornar-se pioneiros (19). Contudo, no tocante ao problema que estamos examinando, uma grave objeção, até hoje sem resposta, — ou seja a ausência de paralelismo entre as duas tábuas do crânio, — debilitou o fundamento semiótico da Frenologia. Quanto às “faculdades” e “localizações cerebrais”, FRITSCH e HRTZIG, que em 1870 atacaram o problema com as armas da experimentação, mostraram ser preciso começar tudo de novo.

### **Antropologia Criminal**

Revolucionado os métodos e as doutrinas criminológicas, o gênio de CESAR LOMBROSO (1836-1909) ergueu, nas últimas décadas do século XIX, o magestoso edificio da *Antropologia Criminal*, cujo programa, por abranger o estudo individual do criminoso, interessaria muito de perto à solução do problema da periculosidade (20). Com efeito, segundo LOMBROSO existiria entre os homens um “tipo criminal”, reconhecível pela presença de caracterês físicos tais como “cabelo geralmente escuro e crespo, submicrocefalia, assimetria crânica e facial, olhos oblíquos, implantação anormal das orelhas, escassez de barba, nistagmo, midríase, desigualdade entre as pupilas, nariz torto, fronte fugidia, face alongada, zigomas e mandíbula muito desenvolvidos, ampla abertura dos braços, semelhança entre os dois sexos”.

---

(19) Segundo GALL, devem ser êstes os propósitos da legislação: a) prevenir os delitos e crimes; b) corrigir os delinquentes; c) estabelecer medidas de defesa da sociedade contra os incorrigíveis (pág. 338).

(20) CESARE LOMBROSO — Uomo Delinquente, 4.<sup>a</sup> ed., Turim, 1889.



No criminoso “nato” essas marcas apareceriam em profusão, no criminoso “habitual”, em menor quantidade, e menos ainda no delinquente “ocasional”.

Não se limitou o mestre turinense à simples verificação empírica; foi além, pois que à produção dos sinais denunciadores atribuiu uma patogênese, — a degenerescência, — e um significado, — o atavismo. Em virtude de causas diversas, que atuariam por via hereditária (entre as quais em primeiro lugar a epilepsia, e, depois, o alcoolismo, a sífilis e outras), seriam lesados os centros nervosos superiores e, por intermédio dêles, todo o organismo. Era a “degenerescência”, — suposta degradação progressiva da espécie, de geração em geração, concebida por MOREL (1809-1873), e à qual Lombroso, sob o influxo da então recente lei biogenética de HAECKEL (1866), acrescentou uma interpretação: a degenerescência consistiria na parada do desenvolvimento do indivíduo, em fase correspondente a um estágio intermediário de sua evolução. Assim os estigmas encontrados no corpo ou no espírito do criminoso, seriam marcas “atávicas”, lembrando a infância, a vida fetal ou mesmo a ancestralidade da espécie humana.

A explicação teórica teria pouca importância. Do ponto de vista prático bastaria que, como pretendeu LOMBROSO, os sinais indicativos das tendências criminais sempre aparecessem, para que de sua proporção e gravidade fôsse possível extrair conclusões aproveitáveis no sentido da defesa social. A ninguém se concederia suspensão condicional da pena, ou livramento condicional, sem prévio exame “antropológico” (21), pois, conforme o resultado dêste, poderíamos reconhecer o criminoso “nato”, perpétuamente perigoso.

A crítica científica fêz ruir por terra as vigas mestras da Antropologia Criminal lombrosiana. A Genética de MENDEL, dando novos rumos ao entendimento dos fenômenos

---

(21) MÁRIO CARRARA — Antropologia Criminale, Milão, 1908, pág. 288.

da hereditariedade, pôs de lado a concepção de Morel a respeito da degenerescência (22). De outra parte, o que se sabe hoje, com relação à influência das doenças e intoxicações sobre o plasma germinativo, permite recusar qualquer ação deteriorante nele exercida pela epilepsia, pelo álcool ou pela sífilis, e os efeitos que tais fatores possam produzir sobre o embrião ou o feto, não tomam o tipo de uma “parada de desenvolvimento” obediente à lei biogenética. O atavismo, afinal, que na opinião de LOMBROSO seria a comprovação objetiva de sua doutrina, tem agora, dentro do mendelismo, uma explicação clara, — a ação dos recessivos, — demonstrada pela experiência.

O mais importante, todavia, é que os dois grandes fatos afirmados por LOMBROSO, — o da vultosa proporção de criminosos “natos” e o da presença, neles, de estigmas corporais denunciadores, — devem ser negados com firmeza. A influência da hereditariedade na produção de criminosos é fraca e inespecífica, não se aceitando que exista herança direta de tendência para o crime (23). E, quanto aos estigmas corporais reveladores, que permitiriam o diagnóstico da periculosidade, o acôrdo é hoje quase unânime no sentido de recusá-los. Referindo-se às extensas e minuciosas observações levadas a cabo nas prisões inglêsas, e às comparações depois efetuadas com a população obediente às leis, CHARLES GORING asseverou em 1913: “dessas comparações nenhuma prova se obteve confirmando a existência de um tipo físico criminal, tal como LOMBROSO e seus discípulos descreveram” (24). Ao aludir mais tarde a êsse trabalho inglêz, William Healy adverte, nos Estados Unidos: “Nossas pesquisas e as de outros, neste país, autorizam a

---

(22) PAOLO ENRIQUES — *L'Eredità nell'Uomo*, Milão, 1924, pág. 340.

(23) A. ALMEIDA JUNIOR — Hereditariedade e crime, in *Rev. da Faculdade de Dir. da Univ. S. Paulo*, vol. XLII, 1947 (“mise-au-point”) dos estudos sobre o assunto.

(24) W. NORWOOD EAST — *Medical Aspects of Crime*, Londres, 1936, pág. 228.

mesma conclusão” (25). E o próprio OTTOLENGHI, discípulo de LOMBROSO, pôde declarar em 1920: “Hoje devemos admitir que os caracteres somáticos encontrados nos delinquentes não são realmente específicos; existem delinquentes sem tais caracteres e estes caracteres se encontram por vezes em indivíduos não delinquentes” (26).

Nenhuma luz, portanto, devemos esperar do exame antropológico de feição lombrosiana, para a verificação da periculosidade. Dar-nos-á, porventura, melhor auxílio o exame orientado pelo neolombrosismo de ERNESTO HOOTON? Este reputado antropologista da Universidade de Harvard, após examinar meticulosamente, do ponto de vista físico, 13.873 criminosos norte-americanos, e compará-los com 3.203 indivíduos não criminosos, concluiu afirmando duas coisas: 1º) que os criminosos são inferiores aos não criminosos em quase tôdas as suas medidas corporais; 2º) que essa inferioridade é, provàvelmente, de origem hereditária. A criminalidade, portanto, diz Hooton, resulta do impacto das más condições ambientais sôbre os organismos de qualidade inferior. Faltando-nos conhecimento direto da obra do professor harvardiano, não incidiremos na temeridade de apreciá-la. Assinalemos, entretanto, que os críticos norte-americanos e inglêses levantam várias objeções às suas conclusões, as quais, aliás, são demasiado vagas para poderem ter préstimo num diagnóstico estritamente individual, como é o da periculosidade. O próprio HOOTON declara: “Ninguém poderá acreditar na possibilidade de utilizar, para os fins praticos do diagnóstico criminal, qualquer combinação rígida de traços morfológicos que supostamente constituam um tipo criminoso” (27).

---

(25) WILLIAM HEALY — Crime and the Individual, in “The Biology of the Individual”, Baltimore, 1934, pág. 258.

(26) DE SANCTIS e OTTOLENGHI — Psicopatologia Forense, Milão, 1920, pág. 550.

(27) E. A. HOOTON — The American Criminal, Harvard, EE. UU. 1939 — apud DAVID ABRAHAMSEN — Crime and the Human

### Os hormônios e a Biotipologia Criminal

Com o estudo das *secreções internas*, inaugurado em 1855 por CLAUDE BERNARD e retomado em 1891 por BROWN-SÉQUARD, bases científicas mais sólidas pareceram surgir para a explicação das correlações sômato-psíquicas. Glândulas como a tiróide, as supra-renais, a hipófise, as células intersticiais testiculares e os folículos ováricos, elaboram certos produtos, — os hormônios, — e os lançam diretamente no sangue. Em virtude de peculiaridades quase sempre de origem hereditária, as proporções entre os hormônios variam de organismo para organismo, de sorte que cada indivíduo tem uma “constelação endocrínica” própria. Demais, como esta constelação atua ao mesmo tempo sobre as formas corporais e o psiquismo, é de esperar que as duas ordens de caracteres, assim vinculadas por um fator comum, mantenham entre si estreito paralelismo. “As glândulas endócrinas (escreveu KRETSCHMER) influenciam de modo particular os dois fenômenos paralelos, — a personalidade psíquica e a estrutura do corpo” (28).

Nasceu daí a concepção dos “biótipos” humanos, — tipos reconhecíveis por determinado conjunto de caracteres morfológicos e funcionais, e que servem de “centros de referência” (SELZ) para a comparação dos indivíduos que se estudem. KRETSCHMER admite três biótipos: — o pícnico, o atlético e o leptossômico, a que correspondem o brevilineo, o normolíneo e o longilíneo dos biotipologistas italianos, e a endomorfia, a mesomorfia e a ectomorfia de SHEL-

---

Mind. N. York 1945, pág. 41. V. também NORWOOD EAST — *Physical Factors and Criminal Behavior in Mental Abnormality and Crime*, ed. pela Faculd. de Dir. da Univ. de Cambridge, Londres, 1944.

(28) E. KRETSCHMER — *La Structure du Corps et le Caractère*, trad. franc. da Janvélévitch, Paris, 1930, pág. 57.

DON (29). A cada um desses tipos morfológicos se associam determinados temperamentos e atitudes psíquicas, que o autor designa, respectivamente, por “ciclotimia”, “viscosidade” e “esquizotimia”. Indivíduos que se ajustem rigorosamente a um biótipo, não existem: o que há são mesclas em que, ao lado do eventual predomínio de um dos ingredientes, os outros dois também se representam. Isto vale para o elemento somático e, igualmente, para o funcional (30). Ocorrem ainda indivíduos “displásicos”, que pertencem a certo tipo em uma parte do corpo, e a tipo diferente em outras: essa desarmonia física (diga-se desde logo) possivelmente se acompanhará de desarmonia psicológica capaz de influenciar maléficamente a conduta.

A *Biotipologia Criminal*, proveio, como reclama DI TULLIO, da concepção do biótipo delinquente, esboçada por este autor em 1929, e é, segundo BERARDINELLI e JOÃO MENDONÇA, criadores do termo, “a ciência que estuda o delinquente sob a tríplice feição morfológica, dinâmico-humoral e psicológica, com o fim de fixar-lhe as características individuais para prover às necessidades da Polícia e da Justiça” (31). A definição justifica por si só o reparo de QUINTILIANO SALDANA endereçado à nova ciência: “última fórmula da Antropologia Criminal” (32). O que há de novo é o emprego da técnica biotipológica no estudo do de-

---

(29) W. H. SHELDON — *The Varieties of Human Physique*, N. York, 1940, pág. 4-9.

(30) SHELDON admite que as doses de cada ingrediente variam em quantidades que podemos expressar em algarismos, de 1 a 7. Se convencionarmos que o primeiro algarismo indique a endomorfia, o segundo a mesomorfia e o terceiro a ectomorfia, a fórmula 711, por exemplo, indica um biótipo somático em que a endomorfia é máxima e os dois outros ingredientes são mínimos.

(31) W. BERARDINELLI — *Biotipologia*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio, 1936, pág. 454.

(32) QUINTILIANO SALDANÃ — *Biotipologia Criminal*, in *Giustizia Penale*, 1934, cols. 326 a 374.

linquente, ou (para usarmos da expressão de BERARDINELLI), é a “orientação” do exame antropológico.

Em que concorreu até hoje a Biotipologia Criminal (ou a Biotipologia “tout court”) no sentido de “prover às necessidades da Polícia e da Justiça”? Deixemos de lado o problema da etiologia do crime, em cuja solução houve de comêço tantas esperanças, e até um certo açonamento, apesar da advertência cautelosa de Pende, que considera “ excessivamente enigmáticas” as conexões entre “o aspecto fisico e o aspecto ético da personalidade”, e que reclama “o profundo estudo endócrino dos criminosos”, para que se possa descobrir a participação dos hormônios na gênese das tendências criminais (33). Não examinemos tão pouco a terapêutica hormônica da criminalidade, que teve (diz RUIZ FUNES) “um momento de exaltação inconsciente”, e que passou depois a ser encarada com uma prudência muito próxima do ceticismo (34). Vejamos apenas o que há no tocante à previsão da conduta social, ou, mais precisamente, no que se relaciona com o diagnóstico da periculosidade.

Os biotipologistas têm procurado predizer a espécie de delinquência a que se dedicarão os indivíduos dêste ou daquele biótipo, quando porventura ingressem na carreira criminal. Entre os brevilíneos predominam os delitos violentos; entre os longilíneos, os não violentos, — eis uma das conclusões a que, segundo BERARDINELLI, chegaram numerosos autores. E o ilustre biotipologista brasileiro prossegue: “VIDONI verificou que os brevilíneos em 55% dos casos praticavam delitos violentos ( ..), ao passo que os longilíneos, ao contrário, praticavam delitos sem violência em 44% dos casos...” (35). Ora, dois são os problemas,

---

(33) N. PENDE — Endocrinologia y Psicologia Criminal, trad. esp. de Ruiz-Funes, Madrid, 1952, págs. 310-311.

(34) MARIANO RUIZ-FUNES — Endocrinologia y Criminalidad, Madrid, 1929, págs. 104-107. V. ainda NORWOOD EAST — Op. cit., págs. 256-257.

(35) W. BERARDINELLI — Op. cit., pág. 462.

no prognóstico da conduta criminal: o primeiro é saber se o indivíduo possui, ou não, propensões para o delito; o segundo é prever, no caso de existir a propensão, qual o tipo de delito preferido. Dos dois referidos problemas, o primeiro (praticamente o mais importante), a Biotipologia não o resolve; e o segundo, ela o resolve em tal grau de dubiedade (aqui 44%, ali 55%), que mais fácil será lançar uma moeda para o ar e decidir o prognóstico pelo jôgo de “cara-ou-corôa”.

Os estudos de W. A. WILLEMSE (36), baseados na tipologia de Kretschmer, revelam uma atitude inteiramente livre da influência lombrosiana. Conquanto declare que do crime participa, por seus fatores biológicos e mentais, a personalidade inteira do agente, o autor não dá apôio à teoria de que “o delinquente é uma espécie distinta, ou uma degeneração atávica”. Demais, seguindo o exemplo do mestre alemão, WILLEMSE leva em menor conta a tipologia somática: seu propósito é mostrar que, no domínio do crime, o ciclotímico, o viscoso ou o esquizotímico atuam de maneira coerente com os tipos psicológicos a que pertencem. Entre os ciclotímicos de variante exaltada, por exemplo, predominam as agressões momentâneas, as partidas ruidosas em automóveis furtados, os abusos sexuais, a intemperança alcoólica; entre os viscosos notam-se sobretudo os crimes de violência, os crimes praticados sem quaisquer preocupações com a opinião alheia, os atos de egoísmo friamente calculados; entre os esquizotímicos, o autismo que lhes é peculiar se expressa por delitos perpetrados a sós, pela premeditação longa e disfarçada, pela covardia e timidez. Mas o autor não se julga autorizado a ir além, deixando em aberto, portanto, a questão do grau de periculosidade de cada tipo, a não ser quando trata dos displásicos.

---

(36) W. A. WILLEMSE — *Constitution-Types in Delinquency*, Londres, 1932.

As investigações de VON ROHDEN, BOHMER e MICHEL, citadas por EXNER (37), dariam alguma esperança de probabilidade diferencial. Segundo êles, os tipos mais propensos ao crime seriam os atléticos, vindo depois os leptossômicos e, muito abaixo dêstes, os pícnicos; de sorte que em cada grupo de 100 criminosos encontraríamos 50 do primeiro tipo, 40 do segundo e 10 do terceiro. Uma critica fundamental se faz a essas investigações, e é a de que não informam qual a proporção dos diferentes tipos, na população geral de que provieram os criminosos abrangidos. Por outro lado, mesmo completada a estatística, o resultado prático será que podemos encarar com certa tranquilidade os pícnicos “em geral”, mas nada sabemos com relação ao pícnico que haja delinquido. Em outros têrmos, o prognóstico diz respeito ao grupo, e não ao indivíduo.

#### **Exame da personalidade: a contribuição dos médicos.**

No conhecimento global do indivíduo, tal como procura realizá-lo, por exemplo, o Conselho Penitenciário de São Paulo com o auxílio dos técnicos da Penitenciária estadual, é que devemos colocar as nossas esperanças, pois que para a conduta criminal, como para as demais formas de conduta humana, colabora a personalidade inteira. À investigação que se faça com o intuito de alcançar êsse conhecimento, poder-se-ia perfeitamente chamar “exame antropológico”. Com efeito, tanto a Antropologia Criminal como a Biotipologia Criminal visam, segundo os respectivos arautos, ao estudo de todos os aspectos que compõem a figura do delinquente, — o morfológico e o fisiológico, o psicológico e o social. É notório, todavia, que aquelas expressões tomaram hoje sentidos peculiares, de íntima adesão a doutrinas criminológicas mais ou menos superadas. Há, pois, conveniência em evitá-las. Acresce que, muito

---

(37) FRANZ EXNER — *Biologia Criminal*, trad. esp. de DEL ROSAL, Barcelona, 1946, pag. 248.



embora antropologistas e biotipologistas tenham pôsto em seus programas o estudo “total” do delinquente, o fato é que a excessiva importancia que atribuem aos fatores morfológicos e constitucionais, os tem impedido de consagrar a devida atenção ao fator psicológico, sem nenhuma dúvida o mais valioso. Usemos, pois, uma designação isenta de compromisso, tal como “exame da personalidade”. Tanto mais que esta última palavra pertence, hoje, à terminologia do nosso Código Penal (arts. 57 e 77).

“Personalidade”, segundo SADLER, “é a soma total de cada ser humano” (38). Essa definição tem sôbre outras a vantagem de corresponder ao propósito do nosso exame, isto é, o de abranger todos os elementos do indivíduo. Faltam-lhe, contudo, dois traços essenciais: de um lado, a unificação interior dêesses elementos no plano psicológico; de outro, a fixação da posição do indivíduo em referência ao meio. O primeiro traço vem pôsto em destaque na definição de DWELSHAUVERS: “Personalidade é o ser consciente em sua unificação interior” O segundo se contém na definição de LALANDE: “Personalidade é o caráter que torna o indivíduo próprio a fazer parte da mesma sociedade espiritual a que pertencem as outras pessoas” (39). Tudo isso ficou excelentemente incluído, a nosso ver, na definição de ALLPORT, — um dos mais argutos estudiosos do problema: “Personalidade (diz êle) é a organização dinâmica, no íntimo do indivíduo, dos sistemas psicológicos que determinam seu peculiar ajustamento ao meio” (40). A “organização interior” unifica em um todo coerente, de ordem psicológica, a “soma total”, a que se refere SADLER. E o “peculiar ajustamento” indica a posição do indivíduo na sociedade a que pertence.

---

(38) WILLIAM S. SADLER — *Modern Psychiatry*, St. Louis, E. U., 1945, pág. 24.

(39) A. LALANDE — *Vocabulaire de la Philosophie*, 4.<sup>a</sup> ed. 1938.

(40) GORDON W. ALLPORT — *Personality*, N. York, 1937, pág. 48.

Para o conhecimento da personalidade importa o *exame morfológico*. Não a fim de que o aproveitemos à moda lombrosiana, assinalando estigmas de degenerescência ou atavismo; nem à moda biotipológica aparentando o paciente, por suas proporções corporais, a um dos biótipos pré-estabelecidos. Mas porque em certas particularidades reveladas por aquêlê exame, podemos encontrar alguns dos fatores que, atuando sôbre o psiquismo do individuo, determinaram o seu desvio de conduta. Os velhos fisionomistas desconfiavam dos vesgos, dos polidatílicos, dos portadores de caracteres extremados, das mulheres barbadas, ou dos homens de cabelos vermelhos. Nos séculos XVI e XVII os praxistas viam na “má catadura” uma presunção de culpabilidade. Os ginandromorfos, os displásicos, são suspeitados por WILLEMSE (41) e SHELDON (42). Autores como HEALY (43), BURT (44) e ABRAHAMSEN (45) vêm no excessivo desenvolvimento físico, ou no desenvolvimento insuficiente, ou na presença de defeitos corporais, um fator inicial de desvios psicológicos conducentes ao delito. A anomalia orgânica pode ser congênita, ou não; mas a tendência criminal, que dela por vêzes nasce, representa a resposta do individuo à hostilidade que encontra ou crê encontrar no ambiente social. É a reação de compensação ao “sentimento de inferioridade” descrito por ADLER (46). O prof. HANS VON HENTING, assinalando a frequência dos homens de cabelo vermelho entre os criminosos, previne: “seria um êrro ver em certos traços fisionômicos apenas o lado biológico. Êles são objeto da apreciação consciente ou inconsciente dos outros homens. Refletidas nos olhos e ati-

---

(41) W. A. WILLEMSE — Op. cit., pág. 221.

(42) W. H. SHELDON — Op. cit., págs. 255-257.

(43) WILLIAM HEALY — Loc. cit., pág. 258.

(44) CYRIL BURT — *The Young Delinquent*, Londres, 1925.

(45) DAVID ABRAHAMSEN — *Crime and the Human Mind*, N. Y., 1945, pág. 43.

(46) ALFRED ADLER — *Le Tempérament Nerveux*, trad. fr., Paris, 1926, págs. 15-19.

tudes dos nossos semelhantes, essas variações biológicas se convertem em fôrças sociais (. . .). Opera-se uma evolução gradual, primeiro de uma diferenciação física para um conflito do espírito; depois, de uma perturbação mental para um desvio de natureza social” (47). O individuo topa a cada instante com a frieza da família, a antipatia na sociedade, a repulsa às tentativas de amor, a fraca aceitação no mercado do trabalho. Refugia-se, então, na neurose ou no alheamento ao convívio humano. E, em alguns casos, procura, a título de compensação às suas frustrações, a prática de crimes que lhe exaltem a personalidade e reanimem o seu amor próprio. O drama é mais ou menos inconsciente. SHAKESPEARE, contudo, sintetizando-o de forma genial em “Ricardo III”, o trouxe para o plano da consciência: “Nasci contrafeito e monstruoso (diz o heroi), e os cães ladram quando me vêem caminhar, claudicando, diante dêles. Por conseguinte, não podendo ser um namorado, resolvi fazer-me um vilão” (48).

Importa muito o *exame clínico*. Nas Penitenciárias e outras prisões coletivas, êste exame tem, para começar, uma função profilática em benefício da comunidade de reclusos. Tem, a seguir, a função humanitária de indicar o tratamento em relação aos casos que o reclamem. No Brasil, como em todos os países, os sentenciados provêm geralmente de camadas sociais humildes, e no seio destas, entre nós, é elevado o índice de doenças tais como a sífilis, a blenorragia, a tuberculose, as parasitoses, etc. — sendo escassas, de outra parte, nesse meio, as possibilidades terapêuticas. Que a passagem dêstes infelizes pelo cárcere lhes proporcione ao menos a vantagem de livrá-los dos seus “handicaps” mórbidos. Como membro do Conselho Penitenciário de São Paulo, tenho opinado no sentido da procrastinação do livramento condicional de um ou outro sen-

---

(47) HANS VON HENTING — Redhead and Outlaw, in J. Criminal Law and Criminology, Chicago, 38, 1, 1947.

(48) SHAKESPEARE — Richard III, I, i.

tenciado, para dar tempo a que se conclua, por exemplo, a sua série de injeções anti-luéticas, cujos efeitos benéficos já haviam começado a influir na conduta presidiária do paciente; e, quando algum tuberculoso obtém parecer favorável para aquela liberação, o Conselho reclama sempre que, antes da efetivação da medida, seja assegurada, cá fora, a continuação da assistência que lhe vinha sendo progalizada no presídio.

Mas o exame clínico é também de interêsse pela circunstância de revelar, de vez em quando, que a doença está concorrendo para o desajustamento social do indivíduo, seja pela permanente irritação que nele produz, seja pela redução da sua capacidade de trabalho, ou até mesmo porque diminui o valor do paciente aos seus próprios olhos, criando-lhe no íntimo aquêlê sentimento de inferioridade a que acima se aludiu. Em tais casos, curar o sentenciado significa suprimir uma das causas de seus atritos com o meio social, o que acarreta enfraquecer-lhe ou anular-lhe a periculosidade.

É também indiscutível a importância do *exame psiquiátrico*. Reclama-o desde logo o propósito de verificar a sanidade ou insanidade mental do sentenciado, para o efeito de orientar-se a respectiva distribuição e tratamento. Quanto à periculosidade, o diagnóstico nosológico será ainda, só por si, de grande ajuda como passo inicial, pois todos sabem que, daquele ponto de vista, as variações dependem da entidade mórbida. Mas não dependem somente dela. Segundo adverte PACHECO E SILVA, a periculosidade dos doentes mentais está em função também “de um sem número de outros fatores, que exigem o estudo dos casos concretos” (49). É mister, pois, investigar o “sem número de fatores”, a que se refere o eminente psiquiatra paulista.

---

(49) A. C. PACHECO E SILVA — A pericia da periculosidade, in “O Novo Código Penal”, public. da Secretaria da Justiça do Est. de S. Paulo, 1.º vol. 1942, pág. 159.

Mas recordemos, de outra parte, que na grande maioria das vezes o criminoso, como indivíduo normal, que é, deve ser excluído dos quadros da Psiquiatria. De 133.401 pessoas recolhidas às prisões da Inglaterra e País de Gales desde 1º de abril de 1923 até 31 de março de 1926, apenas 1.750 (informa o dr. EAST) foram consideradas sob o regime do “Lunacy and Mental Deficiency Act”, — o que significa a proporção de 1 anormal para 76 normais. Reckless, depois de transcrever êsses números, acrescenta outros. Em 9.958 casos dos Tribunais da cidade de Nova York, entre 1932 e 1933, os exames psiquiátricos e psicométricos revelaram que 1,5% eram de psicose; 2,4% eram de oligofrenia; 6,9% eram de psicopatia, e 6,9% de psicose. Portanto, apenas 18% correspondiam a anormalidades psíquicas; e isso mesmo se aceitarmos como válidas as duas últimas parcelas, nas quais o subjetivismo do psiquiatra geralmente pesa no sentido da inflação estatística (50). WILLIAM HEALY chega a conclusões análogas, quando confessa o seu ceticismo no tocante à abundância de diagnósticos de psicopatias nos sentenciados, e quando assevera que “a relação entre as psicoses e o crime seguramente não é grande” (51). Não é grande ainda que se trate de reincidentes, adverte COLLET e SILVA, pois êstes, em considerável maioria, não apresentam anormalidades psíquicas, “ao exame clínico-psiquiátrico”, nem podem ser enquadrados entre os psicopatas, “a não ser, isto sim, pelas suas reiteradas manifestações anti-sociais, muitas vezes desde a infância e a adolescência” (52).

---

(50) WALTER C. RECKLESS — Criminal Behavior, N. York, 1940, págs. 205-206.

(51) WILLIAM HEALY — Loc. cit., pág. 260.

(52) COLLET e SILVA FILHO, THOMAZ DE A. — Psicogênese da Periculosidade, trab. inédito, 1954 (O A. é diretor do Instituto de Biotipologia da Penitenciária do Est. de São Paulo.)

### A personalidade: exame psicológico

É evidente, portanto, que a posição de maior realce há de caber ao *exame psicológico*. Para o fim de se conhecer o delinquente (escreve o padre GEMELLI), os estudos que se façam “devem visar a esclarecer a sua vida psíquica, a sua atividade psíquica, os fatores psíquicos do delito”, — pois que (acrescenta o ilustre psicólogo) êsses fatores “constituem o núcleo da personalidade humana” (53).

Isto é o que se pede, mas não o que comumente se faz. Certos preconceitos — o antropológico, o biotipológico, o psicopatológico — limitam de tal modo o campo da atenção, que, afinal, pouco resta para o psiquismo, a despeito de ser êste “o núcleo fundamental” da personalidade. A crítica não é nova. Nos princípios dêste século já se notara, nos laudos periciais sôbre delinquentes, a fastidiosa extensão dos informes relacionados com o exame somático, em contraste com a exiguidade da parte psicológica (54). Cincoenta anos depois, a situação não sofreu mudança apreciável, nem mesmo quando, em virtude da inclusão do conceito de “periculosidade” nos códigos penais, aquêlê exame se tornou imperioso.

Razões diversas concorrem para isso. Além da ação inibitória dos preconceitos já referidos (e dos quais ainda persistem resíduos substanciais!), deve-se assinalar que a Psicologia é ciência nova, e que as suas técnicas de exame só nestes últimos tempos se estão tornando utilizáveis para a rotina pericial. Note-se também que, como consequência, pouquíssimos técnicos existem por enquanto, em condições de prestar colaboração idônea nos exames individuais. Por último — “but not the least” — é preciso notar que os médicos, a cuja responsabilidade se atribui o estudo

---

(53) A. GEMELLI — Op. cit., pág. 17.

(54) G. FANCIULLI — O Exame Pericial Psiquiátrico em Direito Penal, trad. port. de H. de Carvalho, Lisboa, 1915, pág. 61.

dos delinquentes, raramente têm formação psicológica. Foi só a partir de 1911, mediante iniciativa da Associação Americana de Psicologia, que se procurou incorporar no currículo médico o estudo do psiquismo normal; mas, o que até hoje se conseguiu nesse sentido é quase nulo.

Incompreensão ou hostilidade em relação ao exame psicológico; escassez de processos adequados para esse exame; penúria de técnicos idôneos.. Será preciso procurar outras causas para explicar a situação?

A despeito de tais óbices, o Instituto de Biotipologia da Penitenciária de São Paulo tem diligenciado por fazer alguma coisa no terreno da exploração psicológica. Muito pouco (convém dizê-lo) quando se trata de exame de rotina, do qual é minguada a parte psicológica aproveitável. Sem “tests” de nível mental devidamente aferidos, não será fácil avaliar o Q. I. dos sentenciados. As fórmulas impressas, em que a cada “faculdade” correspondem vários adjetivos, — um dos quais deve ser sublinhado pelo observador, — pouco dizem sôbre o dinamismo psicológico do paciente. Tem-se quando muito impreciso retrato instantâneo, e não a expressão de uma entidade psicológica viva e atuante.

Mais interessantes, porque muito ricas em promessas, vêm sendo as pesquisas em curso, relacionadas com os “tests” de personalidade, tais como o Rorschach, o TAT, o Szondi e o Pmk aplicados na Penitenciária por CÍCERO CHRISTIANO DE SOUZA (55) e ELZA BARRA (56). Contudo, o que esses “tests” permitem afirmar no tocante à periculosidade de cada indivíduo, é de tão pouca segurança, que o Instituto de Biotipologia não se animou ainda a incor-

---

(55) CÍCERO CHRISTIANO DE SOUZA — O Método de Rorschach, S. Paulo, 1953, pág. 194.

(56) ELZA BARRA — O Psicodiagnóstico Miocinético do Prof. Mira Lopez, trab. inédito.

porar os respectivos resultados nos pareceres que remete ao Conselho Penitenciário. (57).

Duas conclusões podemos extrair das considerações acima, com referência ao exame psicológico. A primeira é que nesse exame está a esperança máxima para o exato conhecimento da personalidade dos delinquentes e, portanto, para a avaliação do seu grau de periculosidade. E a segunda é que o referido exame, na prática, não produz ainda informes que, por sua quantidade e qualidade, sejam realmente úteis para aquela avaliação.

### A vida pregressa do sentenciado

Como elemento de grande pêsso na formulação do diagnóstico de periculosidade, está o estudo da vida pregressa, que abrange todo o passado pre-delitivo do paciente.

Uma coisa, realmente, é conhecer alguém através do artificialismo dos exames, e outra é acompanhar-lhe por miúdo a formação moral e a conduta desde a infância, o seu modo de reagir em face da imensa variedade de situações que a vida cotidiana proporciona. Quanto mais completa seja a indagação, tanto menos o diagnóstico se ressentirá das insuficiências no estudo direto da personalidade. A êsse propósito seja-nos permitido expressar alguns breves comentários.

No que tange à vida de família durante a infância, é de uso alinharem-se certos dados sôbre os pais: nacionalidade, côr, grau de instrução, profissão, hábitos (fumo, alcool, jogo), conduta social, constituição do casal, número de filhos. De raro em raro se registra uma informação

---

(57) Para a crítica dos questionários e “tests” destinados ao estudo da personalidade, v. “La Psychotechnique dans le Monde Moderne”, XI.º Congresso Intern. de Psicotécnica de 1949, “Presses Univers. de France”, Paris, 1952, e também FRANK S. FREEMAN — Theory and Practice of Psychological Testing, Londres, 1950.



vaga a respeito de como os pais trataram a criança, — criança que depois se converteu em delinquente. Em relação à maioria dos casos, isto basta; mas para outros é pouco. Entre estes outros estarão, seguramente, os casos daqueles indivíduos a que se refere COLLET e SILVA, que “pelas suas reiteradas manifestações anti-sociais, muitas vezes desde a infância e adolescência”, dão aos técnicos “as maiores dificuldades para informar sobre a sua periculosidade”. (58).

Os sentenciados deste tipo aparecem como clientes habituais dos Conselhos Penitenciários, por intermédio dos quais encaminham suas reiteradas solicitações de livramento condicional, comutação de pena ou perdão. Iniciaram-se precocemente na carreira do crime (quase sempre contra a propriedade); sua folha de antecedentes vem carregadíssima, cumprem penas sobre penas. Mas, uma vez soltos, voltam a delinquir. Estudei um deles com especial cuidado, indagando “in loco”, pormenorizadamente, sobre sua vida pregressa a partir da infância. Estava com 26 anos de idade e o pai, apesar de estimá-lo, julgava-o sem remédio. O próprio sentenciado, que é afetivo, inteligente e de alguma cultura (tanto que se especializou no conto do “bilhete premiado”), se considera um caso perdido: — “Acho impossível acostumar-me ao trabalho!” — declarou. E propôs: “Só se me arranjam um emprêgo público”. A mãe sofrera de tuberculose; tinha pelo filho verdadeira adoração mas não pudera cuidar dele quando pequeno. Demais, morrera cedo. (59).

Quais os fatores etiológicos desse tipo criminal? São muitos, — uma constelação, como demonstrou BURT (60), — destacando-se em grande realce os conflitos emocionais

---

(58) COLLET E SILVA — Op. cit.

(59) Este caso serviu de assunto para a palestra que proferimos no Clube dos Advogados de Campinas, sob o título “Como se fabrica um criminoso”.

(60) C. BURT — Op. cit.

intra-psíquicos iniciados na meninice. HEALY e BRONNER verificaram coisa análoga. Por se sentirem repelidos, frustrados, inseguros, não entendidos nas relações afetivas, não amados, êsses pequenitos tomam a senda do crime, da qual depois não podem sair. Na mesma corrente de idéias coloca-se BOWLBY, após o demorado estudo de 44 jovens ladrões, que lhe permitiu concluir: “o fato de separar-se a criança da mãe (ou de quem lhe faça as vêzes) prolongadamente, durante os primeiros cinco anos de vida, atua como uma das principais causas na produção do caráter delinquencial e da irregularidade crônica da conduta” Assinale-se por fim (para não irmos além nas citações) a posição atribuída pelo casal GLUECK em sua escala de “predição social”, aos vários tipos de relações afetivas e disciplinares, existentes entre pais e filhos, na motivação da delinquência juvenil (62). Tudo está a mostrar a formação precoce, psicogenética, dessa classe de criminosos que muito preocupam os Conselhos Penitenciários. Suas características pessoais, por vêzes simpáticas, e sua costumeira submissão às normas da vida carcerária, geram a falsa impressão de periculosidade extinta, — o que, entretanto, é frequentemente desmentido, mesmo durante a vigência do livramento condicional. Em verdade, só o tratamento analítico, como o experimentaram ALEXANDER e HEALY (63), poderia curar tais casos; mas à custa de dificuldades por ora acima dos nossos recursos práticos.

Em referência à vida educacional, os criminologistas estrangeiros dão muito aprêço, como fator desfavorável no diagnóstico da periculosidade, ao modo irregular com que o sentenciado fêz o seu curso escolar. Frequentar regu-

---

(61) H. EDELSTON — *The Earliest Stages of Delinquency*, Londres, 1952, pág. 128.

(62) RICHARD E. THOMPSON — *A Validation of the Gueck Social Prediction Scale for Proneness to Delinquency*, in *J. of Crim. Law and Criminol.*, Chicago, vol. XLIII, n. 4, 1952.

(63) F. ALEXANDER e W. HEALY — *Roots of Crime*, N. York, 1935.

larmente as aulas, não fazer “gazeta”, revela na criança, com êsse sacrifício do prazer imediato, uma certa propensão à disciplina social. É em parte por isso que, no dizer de HEALY, a “gazeta” representa “o jardim da infância do crime” (64). O indício vale somente nos países em que a obrigatoriedade do curso primário tem condições para ser cumprida, e realmente o e. Entre nós tais condições não existem e, conseqüentemente, o mencionado fator só poderá ser contado quando as averiguações demonstrarem que a causa da irregularidade dependeu realmente de desinterêsse ou rebeldia por parte da criança.

Impressiona mal o fato de haver sido o sentenciado, em sua menoridade, internado em um reformatório. Em verdade, muitos dos clientes usuais das nossas prisões inscrevem em sua história êsse antecedente. Ignoramos, porém, o número dos egressos dos reformatórios, que não se tornaram criminosos. De minha parte, e por observação direta, sei de alguns que, uma vez desligados do estabelecimento, foram sempre obedientes às leis. Entre nós não só os menores infratores, mas também os abandonados e os destituídos de recursos vão ter às vezes às referidas instituições. Tudo faz crêr que são os de má conduta prévia os que mais tarde vêm a delinquir. O germe daninho- preexistindo à entrada no reformatório, ali encontrou condições favoráveis ao desenvolvimento. Não ocorrendo êsse germe, pode o egresso praticar um delito ocasional, sem que disto se deva inferir a sua periculosidade. Importa, assim, indagar dos motivos da internação e saber da conduta do menor no estabelecimento.

Outros sintomas de caráter pessoal ou social, constantes da vida pregressa do sentenciado, merecem a atenção de quem se proponha diagnosticar-lhe a periculosidade: a falta de qualificação profissional, a inconstância no emprego, o desemprego, a indisciplina no serviço militar, a

---

(64) A. ALMEIDA JUNIOR — O furto escolar e a “gazeta”, in “Escola Pitoresca, 2.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1951.

imoderação na bebida, o amor ao jôgo, a ruptura do vínculo conjugal, o abandono dos filhos. Mas iríamos demasiado longe se nos puséssemos a comentá-los.

### **Reincidência e habitualidade**

Dos 470 sentenciados que ingressaram na Penitenciária de São Paulo em 1953, perto de 10% (isto é, 45) eram reincidentes. Em face da taxa norte-americana, de cerca de 50%, é modestíssima a porcentagem paulista. Nem por isso deixa de ser grave o problema da periculosidade dos reincidentes, pois é elevado entre êstes o número dos que, sempre que postos em liberdade, voltam a delinquir. Dos 45 reincidentes acima, 38 eram réus de crimes contra a propriedade. Dos 7 restantes, todos condenados por delitos contra a pessoa, 5 eram reincidentes específicos e 2 haviam numa das vêzes atentado contra a propriedade.

Certos reincidentes não diferem do criminoso ocasional senão porque tiveram a infelicidade de, por duas vêzes, serem arrastados à infração penal pela fôrça das circunstâncias externas. Sua periculosidade há de ser avaliada sem maior desfavor. Outros, porém, iniciados desde cedo na delinquência, sofreram verdadeira deformação psicológica, que os converteu em criminosos habituais. Êstes, sim, constituem um dos grandes problemas da atualidade.

Não é fácil explicar o fenômeno do hábito criminal. Aos que apontam como fator a progressiva indulgência do tratamento penal, responde-se que, de fato, as taxas de reincidência são hoje mais altas que as de outrora; mas a elevação pode ser aparente, resultando apenas do rigor atual na identificação. Demais, mesmo que seja real, por que culpar aquela indulgência se também se alteraram muitas outras condições, talvez mais eficazes como fatores de reincidência? Inversamente, é procedente a alegação de que, no convívio das Penitenciárias, os delinquentes novos se aperfeiçoam em suas técnicas criminais e refor-

çam as impulsões delituosas. “Penitenciária, Universidade do crime” — li em 1946 na sala de espera do sr. Edgard Hoover, nos Estados Unidos. Aponta-se também, como fator, a dificuldade que os egressos encontram para viver legalmente. Até a Polícia (reclamam alguns) colabora, através de maus elementos seus, no sentido de explorar a experiência dêles no crime. Por pressão material ou moral, age igualmente a confraria dos profissionais do crime, que dificilmente se resigna a perder um colaborador qualificado. (65).

Não se pode recusar, entretanto, a contribuição dos fatores pessoais. Os criminologistas da Europa continental consideram as psicopatias como responsáveis pelo maior número de casos de habitualidade: entre 40% e 99%, segundo os diferentes autores. MICHEL chega a afirmar que “as psicopatias oferecem a chave para a compreensão do delinquente habitual” (66). Mais cautelosos, os ingleses e os norte-americanos desconfiam dos diagnósticos presidiários de psicopatia, e de sua parte, dão grande importância à instabilidade emocional gerada na infância e determinando a formação de uma psicose (67). COLLET e SILVA, entre nós, compartilha da mesma opinião. Estes habituais serão, pelo menos em parte, os criminosos “neuróticos” de Alexander e Staub.

VERVAECK admite que muitos, entre os criminosos habituais, são incuráveis, e indica alguns sinais dessa incurabilidade: grande número de infrações, repetidas dentro de

---

(65) Antigo diretor da Penitenciária receiava comunicar à Polícia a soltura dos sentenciados cuja pena terminara, ou que haviam entrado em regime de livramento condicional. Quanto à influência da confraria, é recomendável que os liberados condicionais não sejam convocados todos para o mesmo dia no gabinete do Juiz.

(66) FRANZ EXNER — Op. cit., pág. 331.

(67) E. O. LEWIS — Mental Deficiency and Criminal Behaviour, in Mental Abnormality and Crime, Fac. de Dir. da Univ. Cambridge, Londres, 1944, págs. 101-102.

curto intervalo após a liberação, má conduta carcerária, indiferença aos castigos e auxílios, — tudo acrescido de desvios endógenos emocionais e morais (68). Que há cura para alguns dos incuráveis de VERVAECK, vários autores se têm encarregado de demonstrá-lo, embora o tratamento seja na prática tão difícil que, por ora, é como se não existisse (69). O casal GLUECK, após acompanhar durante dez anos a vida de 500 egressos de prisões norte-americanas, verificou que a taxa de reincidência decresce com a idade. E concluiu que ocorre, para a habitualidade, uma cura espontânea, pelo envelhecimento, a qual se completa em torno dos 35 anos. Só os que daí por diante ainda continuam, é que devem ser tidos como casos perdidos (70).

As conclusões práticas, para o efeito da avaliação da periculosidade, são óbvias. E só o estudo de cada caso concreto permitirá distinguir entre reincidentes não propensos à habitualidade (e, portanto, menos perigosos), e reincidentes habituais, de grande periculosidade. Por outro lado, a conclusão do casal Glueck, a respeito da ação curativa do envelhecimento, não deve ser esquecida, quer para o efeito de retardar a liberação dos jovens de caráter duvidoso, quer para facilitar a dos sentenciados de idade superior a 35 anos, aparentemente regenerados.

### O crime. A conduta carcerária

A *dinâmica do delito* inclui-se entre os elementos informativos de valor, na determinação da periculosidade. Nessa determinação deve-se, é certo, considerar mais o delinquente do que o próprio delito; mas nem por isso se esquecerá que o fato criminoso, através de seus “motivos” e “circuns-

---

(68) WALTER C. RECKLESS — Op. cit., pág. 363.

(69) ALEXANDER e HEALY — Op. cit. e também ROBERT M. LINDCKNER — *Rebel Without a Cause*, N. York, 1944.

(70) WALTER C. RECKLESS — Op. cit., pág. 367.

tâncias”, constitui índice expressivo daquela periculosidade. É, aliás, o que está, e muito bem, em nosso Código Penal. Donde se poder falar, com GRISPIGNI, em “valor sintomático do delito”. Se o psicólogo alcançar reconstituir o crime, etapa por etapa, — a sua germinação, o seu planejamento, a sua execução e o que de imediato se lhe seguiu, — terá só com isto abertas janelas amplas para a contemplação da personalidade do agente.

A qualidade e a quantidade do dano dão, desde logo, idéia do maior ou menor “perigo objetivo” representado pelo delinquente, e também do grau a que pode atingir o seu ímpeto anti-social. Mostram ainda, inversamente, os limites de sua inibição em face dos estímulos criminosos, assim como ajudam a prever, de modo geral, a probabilidade da cura. Está é pequena nos delitos contra a propriedade, média nos delitos contra os costumes, grande nos crimes contra a pessoa. A análise das circunstâncias agravantes (motivo fútil ou torpe, traição, tipo de arma, etc.) e das circunstâncias atenuantes (menor cooperação no delito, motivo de relevante valor social, etc.), apresenta por sua vez excelente orientação para descobrir-se o que se passou no íntimo do criminoso. Contanto que o responsável pelo estudo do caso seja capaz, como bom psicólogo, de despojar-se de suas prevenções e preconceitos, e possua suficiente experiência nos diferentes setores da vida, a fim de poder compreender o delito dentro da correspondente realidade social.

Por último, a *vida carcerária*. A rigor, os informes que dela se podem colher com referência à periculosidade de cada sentenciado, dependem do tipo de regime carcerário e da respectiva disciplina. Neste particular, os defeitos das prisões são tão graves que a tendência dos criminologistas mais avançados é no sentido de suprimi-las, por entenderem que os males que elas produzem são maiores que os seus benefícios. Não podendo discutir aqui o assunto, contentamo-nos com indicar ao leitor os capítulos de SUTHER-

LAND, em seus "Princípios de Criminologia", destinados a êsse estudo (71).

De modo geral, existe correlação entre a conduta presidiária (inclusive no que respeita ao trabalho), e a atitude dos liberados condicionais em face da reincidência e da violação das regras disciplinares que lhes são impostas. Quanto melhor a conduta na prisão e mais persistente a linha de obediência, tanto mais provável será o êxito na vida livre. Alguns dos casos de malôgro ocorridos entre nós correspondem, de fato, como tenho verificado, a indivíduos cuja conduta presidiária deixou a desejar. Por vêzes, todavia, surgem decepções: excelente vida carcerária seguida de reincidência pronta após a liberação. Nisto são mestres os delinquentes contra a propriedade e, de modo muito especial, os estelionatários, que transportam para o cárcere a mesma dissimulação e a mesma lâbia que os notabilizou antes, na prática de seus crimes.

#### A previsão estatística norte-americana

Tendo passado em revista o que o estudo da personalidade e da conduta pode produzir no sentido do diagnóstico da periculosidade, chegamos enfim à contribuição dos Estados Unidos. A Astrologia grega oferecia-nos uma constelação de astros; os criminologistas norte-americanos também sugerem uma constelação, — mas de fatores sociais ou da personalidade.

O primeiro a enveredar por êsse caminho foi BURGESS, cujos minudentes estudos, alicerçados no exame de 3.000 prontuários de liberados condicionais de três prisões do

---

(71) EDWIN H. SUTHERLAND — Princípios de Criminologia, trad. bras. de Asdrubal Mendes Gonçalves, S. Paulo, 1949, pág. 489 e 568.



Illinois, vieram a público em 1928 (72). Vinte e um fatores destacou êle, tais como o estado civil, o regime de trabalho predelitivo, o tipo social, a origem nacional ou étnica, a carreira criminal, os vícios, etc... Cada fator foi investigado separadamente, nos 3.000 casos, a fim de se averiguar a sua correlação estatística com a violação das condições de livramento. Veja-se, por exemplo, o “regime de trabalho predelitivo”: os liberados anteriormente sem trabalho, egressos de uma das Penitenciárias, violaram aquelas condições em 44,4% dos casos; os de trabalho ocasional, em 30,3%; os de trabalho irregular, em 24,3%; os de trabalho regular, em 12,2%. E isto mesmo ocorreu nas duas outras Penitenciárias. Conclui-se, pois, que o regime de trabalho deve figurar como fator de importância na previsão da conduta do candidato a livramento. Na prática BURGESS atribuía nota “zero” aos sentenciados das duas primeiras categorias (sem trabalho, trabalho ocasional) e nota “um” aos das duas últimas. E assim para os demais fatores da lista: “um” para a categoria favorável, “zero” pra a desfavorável. De sorte que o sentenciado que só figurasse, em relação a cada fator, em categoria favorável, alcançaria 21 pontos; o que só aparecesse em categoria desfavorável, receberia, como nota final, zero.

Partindo de tais elementos o citado criminologista organizou minuciosa tabela atuarial, destinada à previsão estatística da proporção de violadores, segundo o número de pontos de cada um. Para exemplificar: em 100 sentenciados que alcancem de 16 a 21 pontos, apenas 1 (diz a tabela) praticará violações leves e nenhum praticará novo crime; em 100 sentenciados que alcancem 2 a 4 pontos, 12 cometerão violações leves, 64 cometerão novo crime.

Salvo pequenas modificações, entre as quais o aumento do número de fatores, o método de BURGESS ainda vigora

---

(72) ELIO D. MONACHESI — American Studies in the Prediction of Recidivism, in J. of Criminal Law and Criminol., Chicago, vol. XLV, n. 3, 1950.

nas prisões do Illinois, e seus resultados, ao lado de comentário explicativo, são apresentados ao Conselho Penitenciário estadual, valendo como informe básico para a concessão ou denegação do livramento condicional (73).

Outros métodos estatísticos têm sido propostos nos Estados Unidos, a partir do de BURGESS. Um dos mais solidamente construídos é o do casal GLUECK (74). Seus fatores são apenas sete: regime de trabalho, natureza e gravidade do crime, antecedentes criminais, conduta presidiária anterior à atual, responsabilidade econômica antes da prisão, anomalias mentais, conduta presidiária atual. MICHAEL HAKEEM, entre outros, conferiu a validade dêste método através do estudo de 1.861 casos de ladrões arrombadores, que haviam obtido livramento condicional, e apurou conclusão favorável: “é possível (escreveu êle), mediante análise estatística e emprêgo de técnica atuarial, aproveitar a experiência da conduta dos liberados condicionais para organizar-se um esquema de previsão da criminalidade futura, ou dos resultados do livramento dos individuos, antes de sua liberação” (75).

Tais estudos repercutiram na Alemanha, onde ROBERTO SCHIEDT, analisando os prontuários de 500 sentenciados de Munich, postos em liberdade sem seleção, e investigando, de outra parte, a conduta post-presidiária de cada um (reincidência ou não reincidência), destacou quinze fatores que de regra se acharam presentes, isolados ou reunidos, nas fichas dos que vieram a reincidir. São êstes os referidos fatores: 1) tara hereditária; 2) criminalidade na ascendência; 3) más condições de educação; 4) mau resultado na escola; 5) curso escolar começado e não terminado; 6) trabalho irregular; 7) iniciação criminal antes de 18 anos;

---

(73) RECKLESS, WALTER C. — Op. cit., págs. 491-502.

(74) GLUECK, SHELDON e ELEANOR T. — 500 Criminal Careers, N. Y., 1930.

(75) HAKEEM, MICHAEL — Parole Prediction Applied to 1.861 Burglars, in J. of Crim. Law and Criminol., Chicago, vol. XXXVI, n. 2, 1945.

8) antecedentes penais de mais de 4 anos; 9) reincidência rápida; 10) criminalidade interlocal, i. é., em diferentes comarcas; 11) psicopatias; 12) alcoolismo; 13) má conduta carcerária; 14) liberação antes dos 36 anos; 15) más relações sociais e de família após a liberação. Os 500 casos de SCHIEDT (Munich), os 200 de MEYWERK (Hamburgo) e os 400 de SCHWAAB (delinquentes contra a propriedade), avaliados à luz da fatoração acima, produziram resultados assaz concordantes. A concordância se mostrou igualmente grande quando se verificou, em relação aos dois primeiros grupos, o efeito cumulativo dos fatores. Por exemplo, quando o prontuário indicou “zero” fatores, a proporção de reincidentes foi de 3% no grupo de SCHIEDT e de 0 % no de MEYWERK; à presença de 10-11 fatores correspondeu, para ambos os grupos, a taxa de 94%; e, à de 12-15, também em ambos, a de 100% (76).

Outra tentativa alemã é a de GERECK. Sua “Tabela da probabilidade de reincidência” se diferencia das anteriores por dois motivos: primeiro, porque atribui a cada fator um certo coeficiente, segundo a eficácia que se reconheça; e, a seguir, porque contém vários pormenores sobre a personalidade do paciente, tais como “pobreza afetiva”, “falta de firmeza”, “aspectos psicopáticos”, etc...

Não poucas críticas se fazem à inovação norte-americana. Os dados em que as tabelas se baseiam (vida pregressa, condições sociais e outros) nem sempre são fidedignos, nem sempre se mostram com suficiente nitidez para uma avaliação numérica. Entre êles escasseiam informes a respeito da personalidade, naquilo que ela possui de mais dinâmico e profundo, como os recalques e os conflitos emocionais. Os fatores considerados relevantes em um ambiente regional e numa época, talvez importem menos em outro lugar e outra época, — donde a necessidade de constantes sondagens e eventuais readaptações. Parece-nos também que nenhuma tabela põe em destaque a ação de cura, re-

---

(76) FRANZ EXNER — Op. cit., págs. 452-458.

educação e re-orientação porventura exercida pelo estabelecimento penal, e graças à qual se hajam reduzido no paciente as arestas de sua personalidade, geradoras de conflitos. Advirta-se ainda que a tabela alemã de Schiedt, ao contrário das norte-americanas, inclui entre os respectivos fatores a natureza do meio social e familiar em que o liberado vai ser recebido. E isso realmente importa, como demonstrou o próprio Schiedt. Entre 500 liberados não selecionados, este autor assinalou que os que encontraram condições “boas” reincidiram na proporção de 14%; os que acharam condições apenas “normais” o fizeram na proporção de 44%; e os que tiveram condições “más” foram reincidentes em 83% dos casos. Tem-se visto, por fim, que algumas vezes a constelação de fatores desfavoráveis, em vez de ser constituída por estrêlas de primeira grandeza, contém uma multiplicidade de pequeninas estrêlas, não registradas nas tabelas.

É evidente que a previsão estatística, na forma por que está sendo proposta, não poderá dispensar o estudo direto da personalidade do sentenciado, nem a análise dos seus antecedentes. “A estatística dos fatos superficiais (advertite HEALY) não nos conta a história tôda”. Cada caso tem características próprias, que lhe conferem fisionomia peculiar, e sob a qual se ocultam, não raro, fatores profundos, cujo conhecimento é indispensável para o prognóstico. Demais, nada nos garante que êsse tipo de previsão produz sempre, só por si, resultados superiores aos obtidos com base no diagnóstico intuitivo, de uso corrente. Segundo afirmam os críticos norte-americanos, somente duas tabelas, entre êles, acarretam uma diminuição superior a 25% no total dos erros de previsão (77). Infelizmente não possuímos dados atuais sobre a taxa de violações do livramento condicional nos Estados Unidos, a qual, em 1928, era de quase 30% (Illinois). A de São Paulo (Penitenciária) é muito baixa: 40 casos de violação em 937 liberados, desde

---

(77) ELIO D. MONACHESI — Op. cit.

1º de janeiro de 1950 até 19 de maio de 1954, o que corresponde a 4,2%. Como, porém, não temos serviço especial de fiscalização dos liberados, é bem possível que o nosso minguado número de violações corra por conta dessa deficiência. De qualquer forma, não deixa de ser valioso o esforço no sentido de isolar os fatores usuais de êxito ou de malôgro no livramento condicional, — fatores que poderão ser lembrados como balisas orientadoras de todos os que, por dever funcional, precisam formular diagnósticos “autorizados” (78).

### Resumindo e concluindo

O diagnóstico da periculosidade é, como vimos, um dos mais sérios problemas práticos propostos àqueles que têm sobre si a responsabilidade de cooperar na execução das leis de defesa social. A maior dificuldade está na fixação de critérios que permitam predizer, com alguma segurança, a conduta daqueles sentenciados que, com base no Código Penal, se candidatam à suspensão condicional da pena, ao livramento condicional ou à revogação de medidas de segurança. É óbvio que os velhos métodos de prognóstico, tais como a Astrologia, a Fisiognomia e a Frenologia (aqui lembrados unicamente para realçar a ancianidade da preocupação), não têm nenhuma serventia. Escassa contribuição oferecem os recursos da Antropologia lombrosiana e da Biotipologia Criminal, na forma por que são comumente utilizados. É no estudo metódico da personalidade do delinquente (sobretudo em seus aspectos emocionais) e no da sua conduta pré-delitiva, delitiva e car-

---

(78) CELESTINO PRUNES, catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Medicina de Pôrto Alegre apresenta, em trabalho de 1939, interessante tabela inspirada nas tentativas norte-americanas, e adaptada ao meio sul-riograndense. (O Prognóstico da Reincidência no Livramento Condicional, Pôrto Alegre.)

cerária, que devemos depositar as nossas esperanças. Esse estudo é, aliás, o que orienta em geral os Conselhos Penitenciários de nosso país, fazendo-se mister, entretanto, que nos esforcemos cada vez mais no sentido de aperfeiçoar os processos de indagação psicológica, e que procuremos meios de formar técnicos especializados nessa indagação. O método norte-americano de previsão estatística, de que damos breve notícia, será, depois de adaptado ao nosso meio, precioso auxiliar no diagnóstico; mas não pode prescindir do estudo direto da personalidade do criminoso.

# Liberdade de radiodifusão

*José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos*

(Livre Docente de Direito Internacional Público)

O éter cósmico existiu, durante milênios, sem despertar o interesse do jurista. EINSTEIN pretendeu, mesmo, abolí-lo, em sua “Teoria da Relatividade Pura”, para readmití-lo, mais tarde, ao aplicar seus conceitos ao mundo sideral.

O problema das telecomunicações levou, entretanto, legisladores e juristas a estudarem, não a existência do éter, que postulavam. Mas a sua situação legal; o direito do Estado sobre o vácuo, e sobre os fenômenos rádio-elétricos, que através dêle se transmitiam.

O *estatuto do ar* passou a completar-se através do *regimen do éter*. E as doutrinas, que disputavam acerca dos princípios jurídicos aplicáveis ao espaço aéreo, projetaram, *usque ad sidera*, suas controvérsias.

Na Conferência de Viena, da *International Law Association*, TEMPLE GREY propôs

“que o princípio da soberania aérea, contido na Convenção de 1919, regulamentando a navegação aérea, seja incorporado a toda a convenção internacional de radiotelegrafia.” (1926)

No ano imediato, o IIº *Congresso Jurídico Internacional de T. S. F.*, reunido em Genebra, sugeria o contrário.

“que as utilizações radioelétricas, qualquer que seja sua fórmula, sejam livres, *sem prejuízo do Direito de Regulamentação.*”

E a controvérsia alastrou-se. De uma parte, ETTORE GRANDE preconizava a projeção da soberania do Estado sobre o eter. Acompanhava-o PIETRO COGLIOLO. De outra, PATRICOLO MAJO e AMBROSINI sustentavam a liberdade total do eter, insusceptível de apropriação.

E RENÉ STÉNUIT salientava ser o eter elemento invisível, impalpável, imponderável; ilimitado, indivisível. Salientava, pois, não ser êle um “bem”, no sentido jurídico. Não poder constituir, deste modo, objeto de direito de propriedade, ou de soberania. Nem em favor de uma pessoa, nem em benefício de um Estado.

\* \* \*

Em tese, que apresentámos, em 1938 (e aprovada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) mostrámos haver equívoco na opinião dêsses juristas.

O que interessa ao direito (dizíamos então) *não é o eter em si*. Pois êle é uma hipótese. E uma hipótese não pode gerar um direito. O que se regulamenta são as ondas electro-magnéticas, — fenômeno de propagação através do eter, de uma produção electro-magnética.

E prossequíamos:

“Como se vê, a natureza e a apropriação do eter caem fóra do campo atual do direito. Interessam-nos os fenômenos nêle produzidos”. (“Direito Público Aéreo”, págs. 62/63).

E opinávamos constituir necessidade imperiosa admitir-se que tais fenômenos recaíssem debaixo da soberania do Estado subjacente. Isto, quer se tratasse de rádio-telegrafia, a transmitir-se entre postos determinados, quer de rádio-difusão, a irradiar-se para qualquer ouvinte, munido de aparelho receptor sintonizado.

Hoje, passados dezesseis anos, vemos êsse ponto de vista fazer parte integrante de todas as legislações.



A radiofonia encontra-se, mais e mais, regulamentada, quer pelo Estado, quer pela Coletividade Internacional.

O Estado afirma o seu direito de permitir ou não o estabelecimento de emissoras, de conceder-lhes ou não prefixo, de reservar-se horários para programações oficiais, etc.

E é a própria Comunidade de Nações quem o referenda expressamente, deixando ao País soberano uma grande cópia de atribuições, poderes, quer na distribuição de frequências, quer na regulamentação do *broadcast*.

\* \* \*

FERNAND TERROU e LUCIEN SOLAL foram encarregados pela Unesco de realizar “um estudo comparado dos principais sistemas de regulamentação da imprensa, do rádio e do *film*.” Suas conclusões são que todos os Estados, sem distinção de filosofia ou regimem, fiscalizam atentamente a radiodifusão.

E isto, por cinco motivos, que procuraremos sintetizar, em breve esquema:

- 1º) número limitado de comprimentos de onda, determinando a concentração de empresas;
- 2º) importância da radiodifusão, como técnica de informação das massas;
- 3º) “poder social” (e precipuamente político), auferido pelos detentores aparentes ou cultos das rádio-emissoras;
- 4º) poderio dos mesmos na formação cultural e pedagógica da população (*maximé* nos países de grande extensão geográfica, e precários meios de comunicações);
- 5º) o fato da radiodifusão haver nascido dentro de um quadro jurídico, que a considerava uma espécie de serviço público ou de monopólio estatal.

A influência universal destes fatores agiu qual uma “constante”, a nivelar o regime jurídico das empresas emissoras.

Debaixo dessa aparente igualdade de sistemas, surdem, porém, *nuances* várias, a realçar:

a) a *diversidade de grau*, em que o Estado exerce a sua intervenção fiscalizadora ou controladora;

b) a *diferença de interpretação legal*, conferindo conteúdo jurídico diverso a expressões aparentemente afins.

Tanto na Inglaterra como na Polônia, o rádio é monopólio do Estado. Mas o funcionamento da B. B. C. é, *de facto* e *de jure*, muito mais livre que o da Rádio Polski.

A Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu, em 1943, que

“ao contrário dos outros meios de expressão, o rádio não está à disposição de qualquer um. *Tem um caráter único*, e eis porque, ao contrário dos outros meios de expressão, êle esta sujeito à regulamentação oficial.”

O mesmo diria a justiça do III<sup>o</sup> Reich, ao tempo de Hitler. Ou poderia julgar um tribunal soviético. Mas, debaixo dessa enganadora igualdade de conceitos, latejaria, sempre, funda diferença.

Seria o “critério sistemático” de interpretação. Que, no caso dos Estados Unidos, se faria sentir em prol da liberdade de pensamento. E, num regime totalitário, desviaria a letra da lei em favor do pensamento oficial do governo.

Não podemos esquecer este fato, ao estudarmos as restrições à liberdade de radiodifusão, quer no direito interno, quer nas convenções internacionais.

Iª PARTE

**Restrições de origem internacional**

Poucos são os tratados internacionais, exclusivamente relativos à radiodifusão. Podemos, entretanto, respigar, aqui e ali, elementos normativos, esparsos em Convênios, referentes aos fenômenos rádio-elétricos em geral. Assim foi desde o início. (Resolução de Santiago do Chile, em 1923; Convenção do México, a 21 de julho de 1924).

Merecem hoje especial relevo:

1º) *Convenção de Roma*, para a proteção da propriedade literária e artística, através da rádio-eletricidade (Maio de 1928);

2º) *Convenção Internacional de Telecomunicações* (Madri, 1932, — tendo em anexo o “Regulamento Adicional de Radiocomunicações”);

3º) *Convenção de Lucerna* (19 de Junho de 1933), referente, apenas às questões de radiodifusão peculiares à Europa;

4º) *Acôrdo Sul-Americano de radiocomunicações* (Buenos-Aires, 1935), revisto em Santiago do Chile, aos 17 de Janeiro de 1940);

5º) *Convênio Internacional sobre o emprêgo da Radiodifusão no interesse da paz* (Genebra, 1936), e recomendações inclusas em sua Ata final;

6º) *Acôrdo do Cairo*, em 1937;

7º) *Convenção Interamericana de Radiocomunicações* (Havana, 19 de Dezembro de 1937);

8º) *Convenção Interamericana sobre os direitos do Autor*, e obras literárias, científicas e artísticas (Washington, 22 de Junho de 1946).

Merecem ainda referências as negociações efetuadas no México, por ocasião da *Conferência Internacional de Radiodifusão em Altas Freqüências* (Março de 1949).

Dentre estas Convenções, a primeira e a sétima interessam-se, de maneira precípua, pelos direitos autorais. Definem como tal.

“a faculdade exclusiva que tem o autor de uma obra literária, científica ou artística, de usar e autorizar o seu uso, no todo ou em parte, dispôr dêsse direito a qualquer titulo, total ou parcialmente, e transmiti-lo por sucessão.” (Convenção interamericana, art. 2º, *caput*).

Permitem-lhe publicá-la, representá-la, recitá-la, expô-la ou executá-la públicamente, reproduzi-la ou apresentá-la por meio da cinematografia. E mais,

“difundi-la por meio da fotografia, televisão, *radiodifusão*, ou por qualquer outro meio, presentemente conhecido, ou que venha a ser futuramente inventado, e que sirva para a reprodução de símbolos, sons ou imagens” (art. IIº, al. “e”).

Facultam e protegem a transposição, a instrumentação, a dramatização. Consideram como obras originais, *ex-vi* do art. Vº, os arranjos, as adaptações de melodias.

O Acôrdo sul-americano de Radio-comunicações (aprovado entre nós pelo decreto-lei 5.580) estuda, acuradamente, no art. 2º, as emissões de carater internacional. Dispõe, no art. 3º, acerca da cooperação entre os Estados.

Regula, no art. 9º, a “classificação, distribuição e utilização de canais”. Trata do registro de freqüências. Visa proteger, pela rádio-eletricidade, as navegações marítimas e aéreas; evitar as perturbações produzidas por aparelhos elétricos. Prevê a regulamentação nacional do rádio-amadorismo.

Solicita que

“as administrações dos Países contratantes tomem as medidas necessárias para assegurar a veracidade. na irradiação de notícias de caráter político-internacional, especialmente as de caráter puramente político” (art. 2º, nº 1).

### Exige

“seja evitada a irradiação de notícias e comentários que possam perturbar as boas relações internacionais, ofender o sentimento nacional de outros povos ou afetar a obra de organização e consolidação da paz — bem como de tudo quanto possa ser ofensivo às altas autoridades representativas da soberania nacional.” (art. 2º, nº 2).

Determina às administrações nacionais, que

“seja evitada a radiodifusão de idéias que atentem contra a soberania e a integridade das nações” (art. citado, nº 3).

E mais, que impeçam às estações de rádiodifusão “incorporar a seus serviços programas originários de outros países, em cujas disposições internas estiverem proibidos.”

Deverão as administrações dos Estados contratantes, com a maior brevidade, “instalar postos de *controle* técnico das emissões, e permutar informações, referentes à exactidão de estabilidade das freqüências”. (art. 6º).

Cabe-lhe decidir, “em cada caso”,

“qual deva ser a intensidade de campo”, e “verificar a possibilidade técnica de realização” (art. 8º).

Compete-lhes impedir retransmissões não autorizadas (art. 11); conter dentro dos limites legais, a radiodifusão com múltiplos destinos (art. 16).

Comprometem-se, além disso, a organizar um serviço noticioso (Press CP), transmitido em ondas curtas (art. 15), “programas culturais, artísticos e científicos, para retransmissão internacional.” (art. 3º).

E, finalmente, “prestar-se, quando fôr oportuno, mútuo apóio para a descoberta, e supressão das estações emisoras clandestinas” (art. 3º, nº 6).

E ainda não é tudo. Mister se faz que os Estados assegurem a irradiação dos *boletins meteorológicos*, previstos pela *Convenção de Chicago*, referente à aviação civil e que reservem para os serviços de intercâmbio policial, as freqüências privativas, que lhes atribuiu o *Acôrdo de Atlantic City*.

Um tal conjunto de deveres, positivos ou negativos, implica, necessariamente, em reconhecer aos Estados:

a) a *soberania plena sôbre o espaço* que recobre o território terrestre ou as águas territoriais. *Não apenas sobre o espaço aéreo*, em que se desenvolve a navegação aeronáutica. Mas também sôbre as regiões superiores “usque ad sidera”, em que se propagam os fenômenos rádio-elétricos;

b) a *projeção vertical*, sem limite de altura, das “*competências nucleares*”, que a prática internacional lhe vem reconhecendo sôbre a zona contígua do mar livre;

c) O direito do Estado de permitir ou negar a instalação de rádio-emissoras, e de postos de rádio-amadores, de atribuir-lhes freqüências, dentro da faixa, reservada ao País na distribuição internacional. O poder estatal de conceder prefixos, de fixar a matéria difundida, de traçar as diretrizes gerais da programação.

Reconhecem as convenções o direito do Estado *proibir irradiações contrárias à moral*, aos bons costumes, à paz e à concordia internacionais.

A Convenção Interamericana sobre os direitos autorais dispõe expressamente, em seu art. XV:

“As estipulações da presente convenção *não prejudicarão de forma alguma* o direito dos Estados contratantes de vigiar, restringir ou proibir, de acôrdo com suas leis internas, a publicação, circulação, representação ou exposição das obras que se considerem contrárias à moral e aos bons costumes.”

Isto é, reconhece o direito de censura, a bem da saúde moral da Nação.

## II

### Restrições à soberania do Estado

Sentiram, porém, juristas e diplomatas ser perigoso deixar o Estado no exercicio total de sua soberania, em matéria de radiocomunicações.

EHRlich, já em 1923, falava em aplicar ao rádio “as normas gerais referentes à responsabilidade dos Países”.

Sustentava ser o Estado

“responsavel perante outros Países, pelas infrações cometidas contra os seus interesses, — infrações incompatíveis com o Direito Internacional, e cometidas pela atividade das estações emissoras, situadas em seu território”

E citava, como exemplo de ato ilícito, a propaganda radiofônica, realizada contra Países estrangeiros.

E o internacionalista polaco lastimava a ausência de “normas especiais”, e, em especial, “contratuais”.

ETTORE GRANDE, em 1932, suplicava aos Estados

“s’inspirare, nell’esercizio del suo illimitato diritto sovrano a quella virtù del limite, tanto difficile a trovarsi. . .”

Hoje, a situação mudou radicalmente.

A Convenção de Madri proibiu

“a interferência de emissões de um Estado, no território de outro, com relação às comunicações rádio-elétricas partidas do estrangeiro”.

O Tratado de Londres, em seu art. 8º, obriga aos Estados a organizarem o serviço rádio-telegráfico de modo a não perturbar o serviço de outras estações.

A 22 de Setembro de 1936, firmava-se em Genebra uma Convenção que assim estipulava:

*Art. 1º* — “As Altas Partes Contratantes comprometem-se a impedir, e, se fôr caso, a fazer cessar imediatamente, em seus respectivos territórios, toda a emissão que, com prejuizo para o bom entendimento internacional, seja susceptível de incitar aos habitantes de um território qualquer à prática de atos contrários à ordem interna, ou à segurança de qualquer território das Altas Partes Contratantes.

*Art. 2º* — “As Altas Partes contratantes comprometem-se a exercer vigilância, afim de que as emissões, difundidas pelas administrações de seus territórios, não signifiquem uma incitação à guerra contra outra Alta Parte Contratante, nem incitação a atos que conduzam a tal...”

\* \* \*

Tais deveres, no entanto, foram sistematicamente violados na Europa, entre as duas grandes guerras.



A U. R. S. S., mantendo o Komintern como órgão do Estado, desenvolveu, através das rádios de Moscou e Khabarowsk, intensa propaganda subversiva. Solapando, a um tempo, a ordem política e social dos povos do Ocidente. E levando, às massas orientais, o fermento revolucionário e xenófobo, que haveria de culminar na sovietação da China.

“Agressão ideológica”, perfeitamente caracterizada. E a concretizar-se, em parte, por meio da rádio-difusão.

Por outro lado, a “Rádio Viena” sob o *controle* de Hitler, levou aos Balcans a sementes nazista, atacando os govêrnos dos povos vizinhos, pregando a insurreição dos Sudetos, a desagregação da Tcheco-Slováquia, etc.

A partir de Fevereiro de 1939, — intitulado-se “Rádio de Chulst” passou a difundir programas em ucraniano. Pregava o aliciamento dos separatistas de Kiev, para o caso em que viesse a deflagrar a guerra, na frente oriental.

E, à medida que os totalitarismos avançavam pelo mundo, as emissoras passavam a ser, não apenas a “Voz do País”, mas a voz do Partido. A transmitir a versão deturpada da História, a filtrar as notícias, segundo as conveniências dos Chefes. E a atacar, de rijo, os Estados que divergiam de sua orientação.

\* \* \*

Compreende-se, pois, que, finda a Segunda Grande Guerra, a Organização das Nações Unidas voltasse atenção especial para os métodos de divulgação noticiosa. Que procurasse evitar o renascimento do clima de conflagração. E visse, na deturpação sistemática da verdade, na “saturação” psicológica da juventude, — o grande germen dos conflitos mundiais.

Coube ao “Conselho Econômico e Social” estudar de perto êsse problema. Criou êle uma *sub-comissão sobre a liberdade de informação*. E convocou depois, a *Conferência das Nações Unidas para a liberdade de informação e de*

*imprensa*. Tal conclave reuniu-se em Genebra, de 23 de Março a 21 de Abril de 1948.

Adotou *três projetos de convenção*. O primeiro, assegurando o livre acesso às informações, e a livre transmissão das mesmas, de um país a outro. O segundo, garantindo, no campo internacional, o *direito de resposta e retificação*. O último, mais amplo, visa permitir, a qualquer indivíduo, o pleno direito de receber e transmitir notícias, por todos os meios a seu alcance, “sem intervenção por parte do governo” (art. 1.º).

Embora visem particularmente a imprensa, *esses textos atingem expressamente a radiofonia*, em suas múltiplas atividades.

Diz literalmente o primeiro projeto, em seu artigo inicial:

“Para os fins da presente Convenção, a expressão *empresa de informações* se aplica a toda a empresa de imprensa, de *Rádio Difusão* e de cinema, criada ou organizada conforme as leis e regulamentos de um Estado contratante, e cuja atividade regular consista em recolher e divulgar os documentos de informação. .”

E precisa:

“esta definição aplica-se notadamente, às organizações de emissoras radiofônicas, de televisão e de telefotocópia, e a todos as outras organizações de rádio-difusão. .”

O segundo, estende a obrigação de retificar falsas notícias ou boatos tendenciosos, *transmitidos pelo rádio* (art. 1.º).

O derradeiro, enfim, estende sua proteção “a quaisquer processos, visuais ou auditivos, legalmente admitidos. .”

Diz mais esse projeto (art. 1.º, al. “c”).

“Todo o Estado contratante garantirá a todos os seus súditos, bem como aos súditos de qualquer outro Estado contratante, a liberdade de transmitir e de escutar as informações e opiniões, pelos meios legais, no interior do seu território e além-fronteiras, *sem ingerência do governo*”.

Mas não se trata, no caso, de liberdade ilimitada.

O art. 2.º enumera *dez restrições*. Assunostos cuja divulgação pode ser defesa pelas leis nacionais, e sujeitar os transgressores às penas previstas na legislação interna.

Assim pode perdurar o segredo, àcerca das questões que afetem a segurança nacional. Devem ser proibidas as expressões obscenas, a instigação à prática de crimes, a difusão de opiniões que comprometam o curso regular da justiça, as reproduções de obras, que impliquem desrespeito aos direitos autorais, as palavras que atinjam a reputação de pessoas físicas ou morais.

E, finalmente,

“a difusão sistemática de falsas notícias, ou deformadas, com conhecimento de causa, que perturbem as relações amistosas entre povos, ou entre Estados.”

Violentas foram as discussões, no curso da Conferência.

Para a U. R. S. S. tratava-se de *assunto pertinente à jurisdição interna dos Estados*. E os projetos violariam, assim, “o domínio reservado”, que o art. 2.º n.º 7 da Carta das Nações Unidas deixa ao *controle* exclusivo de cada País.

\* \* \*

Examinado êsses projetos, no que tange à rádio-difusão, vemos que devem êles ser estudados em confronto com a

“*Declaração Universal dos Direitos do Homem*”, elaborada sob os auspícios da O. N. U.

O projeto original dizia, em seu art. 17:

“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, — o que implica o direito de não ser inquietado por suas opiniões, e o de procurar, receber e dar conhecimento das informações e das idéias, por qualquer modo de expressão, em todos os lugares, sem consideração de fronteiras.”

Após longos debates, foi o texto aprovado, com ligeiros retoques de redação. É o art. 19 da atual “*Declaração*”:

“Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui o de não ser molestado por causas de suas opiniões, o de investigar e receber informações e opiniões, e o de difundi-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão”.

Tais direitos e liberdades, assinala, entretanto, o art. 29 n.º 3,

não podem, em hipótese alguma, ser exercidos de maneira contrária aos objetivos e princípios das Nações Unidas”.

Devemos recordar que a “*Declaração Universal dos Direitos do Homem*” não é auto-executória. Constitui uma afirmação de princípios, não um *law-making treaty*.

E no projeto de Tratado, que procura traduzir seus postulados em normas vinculatórias, encontra-se forte recuo, por parte dos negociadores. Que sentem, no íntimo, ser impossível garantir, sem prejuízo da segurança dos Estados, uma tão ampla faculdade de noticiar fatos, e veicular informes.

### III

#### Análise dos três projetos

Todos êles pressupõem a soberania do Estado. Ê, com efeito, a autoridade quem deve garantir aos correspondentes jornalísticos ou filiados a estações de rádio, a “liberdade de locomoção”, “tão ampla possível”.

Ê o Estado quem deve fornecer-lhes “nos limites compatíveis com suas leis e regulamentos”, os documentos necessários para a entrada, saída ou permanência em seus territórios” (Projeto n.º 3, art. 2.º).

Ê a autoridade governamental chamada a garantir a livre travessia de fronteiras, “a todos os documentos de informação, emanados de correspondentes e agências”, “sem submetê-los à censura, refusão de textos, ou demoras” (art. 4.º).

Ê o Estado que

“concederá o acesso de seu território a todos os documentos de informação dos correspondentes e das agências de informação dos outros Estados contratantes” (Projeto n.º 1, art. 7).

Ê o Estado, enfim, o responsável pela retransmissão das retificações, previstas pelo projeto n.º 2, sob pena de retorsão.

Ê porisso que o primeiro projeto, em seu art. 9.º, declara que

“nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada como privando um Estado Contratante do direito de adotar leis e regulamentos assecuratórios da segurança nacional e da ordem pública”.

Mantem-lhe expressamente o direito de proibir as publicações obscenas e o direito de impedir o ingresso ou reduzir a duração de permanência a estrangeiros.

Não lhe será possível, porém, expulsar correspondentes, pelo fato de terem exercido legalmente o direito de pesquisa, recepção ou divulgação de informes ou opiniões.

Pergunta-se, até que ponto estas liberdades e franquias serão compatíveis com os deveres assumidos pelo Estado, quer em face das obrigações naturais, quer dos textos expressos em convênios?

Como poderia um Estado sul-americano harmonizar essa “liberdade plena de irradiação”, de qualquer indivíduo, e por qualquer meio, com os compromissos decorrentes do Acôrdo de Buenos Aires (art. 2.º, números 1 e 3); da Convenção de Roma, art. 1.º; do Pacto de Genebra, em seus artigos entrelaçados?

Como poderia cooperar na repressão às emissoras clandestinas, se qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, teria o direito de montar aparelhamentos rádio-elétricos de transmissão e de escuta?

Como lhe seria possível controlar “a possibilidade técnica de realização” das estações, se o número delas avultasse indefinidamente?

Mesmo que multiplicasse as medidas de proteção e vigilância, pululariam os espiões e os agitadores, munidos de aparelhos de rádio-transmissão. E que somente seriam localizados e desmascarados pelo Estado após longa e profícua tarefa de subversão.

Parece-nos, pois:

1.º) que o *projeto n.º 2* pode ser acolhido sem receio, caso se transforme em convênio. Será uma arma útil para evitar a propaganda mentirosa e os boatos dolosamente espalhados. Boatos que podem pôr gravemente em perigo a coexistência pacífica dos povos;

2.º) que o primeiro projeto, bom em sua essência, deverá ser revisto, *maximé* em seu art. 7.º;

3.º) que o *projeto n.º 3*, em sua forma atual é incompatível com as obrigações e direitos dos Estados, — principalmente dos signatários das Convenções de Buenos Aires (revista), de Roma e de Havana.

Os elementos positivos, que nêles se encontram, poderão, entretanto, vir a ser aproveitados em outro projeto, que melhor harmonize a liberdade do Homem, os legítimos interesses do Estado e os da Comunidade Internacional.

\* \* \*

Estudámos até aqui, as normas vigentes em tempo de paz.

Em caso de uma conflagração, duas situações jurídicas apresentar-se-ão de pronto: — *a dos Estados beligerantes, e a dos neutros.*

Para os primeiros, cessa o “quase-direito de hospitalidade”, que GRÜNWARD atribuíra às ondas hertezianas. A rádio-difusão torna-se um instrumento de ataque, ou arma de defesa.

É lícito irradiar programas incitando soldados inimigos à deserção ou rendição (1). É facultado fomentar a sedição nas áreas ocupadas pelo adversário (2), minar-lhes o moral, incrementar o derrotismo, — desde que se não lance mão da inverdade.

Por outra parte, as estações nacionais ou aliadas passarão a irradiar *slogans*, marchas militares, comunicados, *sketches*, fomentando a resistência, preconizando a luta até a vitória final (3).

---

(1) Ex.: — “Programa Verde e Amarelo”, irradiado pelos nazistas, na Itália, em 1944/1945.

(2) Exemplo típico: — o Programa “Cavalo de Troia”, dirigido pela B.B.C. aos “trabalhadores escravos” aliados, chamados a trabalhar na Alemanha hitlerista (1943/1945).

(3) Assim agiram, em 1932, as emissoras paulistas (P.R.A.E e P.R.A.R.) por ocasião do Movimento Constitucionalista.

É permitido “fechar os limites do Estado às ondas de procedência inimiga”. Ou por meio de rédes metálicas, como propunha MEURER. Ou pela contínua emissão de ondas elétricas, (rádio perturbador), como queria Holland.

Admite-se também a emissão de ruídos, visando perturbar a D. C. A. adversa, confundir a cobertura de “radar”, tendida pelo inimigo. Assim agiram postos radiofônicos ingleses, por ocasião do desembarque aliado no litoral da Normandia (1944).

Estabelece-se a censura radiofônica. Os aparelhos transmissores são em geral requisitados; os receptores de onda curta ficam sob vigilância. Em certos Países, considera-se crime ouvir irradiações do adversário.

Os próprios projetos assecuratórios da liberdade de informações prevêm sua auto-suspensão, enquanto durarem as hostilidades.

Quanto aos neutros, mister se faz conservarem a *equi-distância jurídica* entre as Partes em conflito. É direito das estações particulares propenderem para um ou outro dos Estados em luta. Deverão fazê-lo, porém, dentro dos limites tolerados internacionalmente. Os programas oficiais não podem marcar qualquer parcialidade.

Deve ser proibido o funcionamento, em território neutro, de emissoras pertencentes a Potências em guerra. O Estado neutral deve vigiar constantemente, para evitar o funcionamento de postos clandestinos, que possam exercer a espionagem.

Na última Grande Conflagração, tais foram as diretrizes (teóricas) do govêrno do Rio de Janeiro (Decretos-leis 1.561, de 2 de Setembro de 1939 e 2.985, de 27.1.1941). O assunto foi ventilado perante a “*Comissão Interamericana de Neutralidade*” Constituiu, também objeto de debates, por ocasião da 3.<sup>a</sup> Conferência de Consulta de Chanceleres, em 1942. (4).

---

(4) Vide Alejandro Rovira e Luis Seguí Gonzalez — “Controlador de actividades subversivas en el Uruguay (Comisión Investigadora de Actividades Antinacionales — Montevideo, 1943).



IV

**Restrições à expressão do pensamento por via do rádio, nas legislações internas**

Analisámos, até êste momento, o direito internacional da rádio-difusão. Estudemos, agora, as restrições que os Estados lhe vêm impondo, por via da legislação interna.

**a) No licenciamento das emissoras:**

A instalação e funcionamento de uma estação rádio-difusora encontra-se, via de regra, sujeita ao prévio licenciamento por parte do Estado. Tal fato constitui, mesmo, uma “constante” universal.

“À l’origine de toute entreprise de radiodiffusion”, anotam *Terrou e Solal*, “il y a une intervention de la puissance publique, — intervention soit d’une autorité gouvernementale, ou administrative proprement dite, soit d’une autorité à laquelle ont été délégués les pouvoirs de puissance publique (Le droit de l’information — Unesco, Paris, 1951).

No Novo Continente, todos os Estados mostram-se refratários ao monopólio governamental. Daí um grande número de estações particulares (54 no Uruguai, 59 na Venezuela, 196 no México), funcionando ao lado de postos pertencentes ao Governo Central.

Nos *Estados Unidos*, a *Radio Act* de 1912, restringia-se a exigir a outorga de uma licença de instalação, a qualquer difusora. Uma lei de 1927 criou a *Federal Radio Commission* — F. R. C. — encarregada de repartir as frequências disponíveis em função das necessidades publicitárias e das rádios.

Dada, porém, a excessiva concorrência, e as tendências à formação de *trusts*, o Congresso votou em Junho de 34 uma lei, criando a *Federal Communication Commission*, até hoje existente.

Cabe-lhe conceder licenças, válidas por três anos, e somente retiráveis, em caso de infrações especificadamente enumeradas (fraude na obtenção de licenciamento, perturbação dolosa dos programas de estações concorrentes, etc.).

A Colômbia exige que a empresa, candidata a radio-difundir, esteja previamente filiada a uma associação ou federação de emissoras, cujos estatutos hajam sido aprovados pelo Ministério competente (Lei de 1936; decretos de 4 de Julho de 1946 e 29 de Setembro de 1948).

No *Brasil*, somente poderão existir empresas radiofônicas, cujos proprietários sejam brasileiros. E somente nacionais poderão exercer, com exclusividade, a responsabilidade principal delas, e sua orientação intelectual e administrativa. (Constituição Federal, art. 160).

Para melhor evitar os “detentores ocultos”, a que alude Terrou, a empresa não poderá revestir a forma de sociedade anônima.

O decreto 29.783, de 19 de Julho de 1951 prevê, em seu art. 15, um *Plano Geral de Radiocomunicações*. Tal planejamento será estudado por uma comissão, integrada pelos representantes do Conselho de Segurança Nacional, e de outras entidades.

Estudará, também, a criação de órgão superior, incumbido de traçar a política de radiocomunicações, e de supervisionar, orientar, dirigir a execução destes serviços no País.

Enquanto não estiver em atividade, funcionará, no edifício dos Correios e Telégrafos, uma comissão de poderes reduzidos. Possuirá este voto apenas consultivo, nos processos atinentes à concessão de frequências e canais.

A permissão para funcionar, dada a emissoras, é hoje ato discrecionário da Presidência da República. Induz em permissão, retiravel a qualquer tempo, independentemente de processo, e sem direito à indenização.

O pedido de instalação “não sendo garantido por lei, não importa em obrigatoriedade do seu deferimento pela administração pública” — decidiu o Egrégio Supremo *Tribunal Federal*, ao julgar o Mandado de Segurança 769, interposto pela “Rádio Jundiá Ltda”. (in *Rev. de Direito Administrativo*, vol. XIX/72).

Não existe, entre nós, monopólio da radiofonia pelo Estado. Porém, o Ministério do Trabalho possui a “Rádio Mauá”, integrante dos bens anexados ao Patrimônio Nacional. O Ministério da Educação mantém estação própria, irradiando, em ondas longas e curtas, música clássica, conferências e preleções.

Os *postos de rádio amadorismo* necessitam, também, de permissão governamental. Podem ser requisitados em caso de guerra, calamidades ou comoção intestina.

#### b) Quanto à localização das emissoras:

Não poderão as emissoras particulares situar-se nas imediações dos aeroportos:

a) afim de não perturbar os serviços de irradiação da estação aéro-portuária, e a recepção eventual dos “sinais de urgência” ou “de socorro”, emitidos pelas aeronaves em perigo, nos expressos termos do Cap. VII.º do “Regulamento do Tráfego Aéreo” (Decreto 8.352, de 9 de Dezembro de 1941.

b) para respeitar as *servidões aeronáuticas*, previstas pelo Cap. IX.º do Código Brasileiro do Ar.

Poderão as estações radiofônicas localizar-se em centro urbano. Deverão, porém, abster-se de perturbar o sossegô alheio. Mormente de colocar alto-falantes na fachada. Caso contrário, poderá o proprietário do predio vizinho valer-se de uma ação cominatória, ainda que a rádio se encontre munida de alvará policial.

O uso abusivo de porta-vozes constitui, com efeito, violação dos “direitos de vizinhança”, garantidos pelo Código Civil (Acordão do Tribunal de Justiça de S. Paulo, na apelação cível 41.765, entre partes: Belarmino Del Nero e “Rádio Difusora de Pirassununga”, In. Rev. Tr., vol. CLXXXV/158).

**c) Restrições quanto aos programas:**

Dando cumprimento, de uma parte, às normas aceitas internacionalmente, e visando, de outra, assegurar a ordem, a moral, e os direitos alheios, os Governos vêm estabelecendo normas diversas, restringindo a liberdade de programação.

Estas restrições podem provir:

- a) de preceitos penais codificados;
- b) de leis gerais, àcerca da segurança do Estado, ou reguladoras dos meios de vulgarização;
- c) de normas peculiares à rádio-difusão;
- d) de regulamentos classistas, e Códigos de Ética Profissional.

Assim, não podem as rádio-emissoras revelar segredos militares de sua Pátria (Lei francesa, de 20 de Março de 1939; decreto espanhol, de 20 de Julho do mesmo ano).

Não lhes será lícito incitar o público a retirar depósitos realizados em Caixas Públicas; induzi-lo à venda de títulos governamentais, ou desaconselhar sua compra ou subscrição voluntária (lei francesa, de 18 de Junho de 1936).

Proibe-lhes a França a propaganda do neo-maltusianismo, a descrição ou divulgação de métodos anti-concepcionais (Lei de 31 de Julho de 1920).

A Lei do Grande Hesse (“*Land.*” federado à Alemanha Ocidental), promulgada a 2 de Outubro de 1948 preconiza que

“os programas não devem ferir a Constituição ou as leis, nem um sentimento moral ou religioso qualquer”.

Proibe as irradiações de índole racista, ou que visem despertar ódios por motivo de nacionalidade, côr, religião ou ideologia.

Na maior parte das vezes, porém, *é a norma penal que serve de limite à liberdade de radiodifundir*. Esse preceito será o existente no Código, ou em leis especiais.

O recurso à analogia é empregado algumas vezes, estendendo-se à radiodifusão as normas punitivas dos delitos de imprensa (Exemplo típico: a lei radiofônica do Hesse, mandando aplicar, em matéria de retificação, o disposto pela Lei de Imprensa local, de 7 de Maio de 1874).

Em outros casos, porém, as condições peculiares da rádio-difusão exigiram a conceituação penal de novas modalidades de delito, desconhecidas pelas antigas legislações.

Assim, a recente lei inglesa criou a figura penal de difamação por via do rádio, — que se não enquadra nas formas clássicas dos *libels* ou dos *slanders*.

No Brasil, os crimes praticados através da rádio são os comuns, já configurados no Código Penal: calúnia (art. 138); difamação (art. 139); injúria (art. 140); violação da propriedade intelectual (arts. 184 e segts.), etc. E, bem assim, as *contravenções*, enumeradas na “Lei das Contravenções Penais”

Cumpre notar que a parte publicitária pode conter, em germen, o *crime de concorrência* desleal, desde que vulga-

rize, nos termos do art. 196, informações falsas, em detrimento de marcas ou produtos afins.

Será também delituosa a publicidade que infringir os numerosos itens do art. citado: se indicar falsa procedência de produtos; se mencionar “recompensa ou distinção não obtida”; se desviar, fraudulentamente, clientela alheia.

O rádio presta-se, também, a veicular incentivos à greve, à aliciação de trabalhadores, à sabotagem, etc. Cumpre ainda salientar a irradiação de anúncios e remédios sabidamente ineficazes, a promessa de realização de atos nulos ou defesos em lei, etc.

Tais crimes induzem a responsabilidade:

- a) do Poder Público, se praticados através das emisoras ou dos programas oficiais;
- b) da Empresa Privativa, nos demais casos;
- c) do autor, do programador, e do locutor, solidária ou sucessivamente, segundo o critério variável nas legislações de vários povos.

**d) Restrições relativas aos comentários de locutores:**

Aplicam-se aos comentários dos *speakers* as considerações supra, acerca dos programas.

Na legislação brasileira, os organizadores e locutores de “jornais falados” são jornalistas, por força de lei (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 302 e 310). E aos mesmos se aplicam as normas da “Lei da Imprensa”.

O projeto de *Código Brasileiro de Rádio-Difusão*, organizado em recente Congresso de Rádio, reunido na Capital Paulista, foi apresentado pelas emisoras ao Governo Federal, em Fevereiro do corrente ano. Contém numerosos preceitos disciplinares, relativos à matéria. (5)

---

(5) No que tange à propaganda política, por meio da radio-difusão, nada encontramos no “Código Eleitoral” vigente. (Lei

### Conclusões

Do exposto conclui-se:

I — Que a natureza especial dos fenômenos rádio-elétricos e suas conseqüências jurídico-políticas levaram todos os Estados civilizados a atribuir-se poderes soberanos de *controle* sôbre os mesmos, quando produzidos ou propagados sôbre seu território;

II — Esse *controle* (admitido quer pelas legislações internas, quer pelo Direito Internacional) é particularmente severo sôbre a rádio-difusão, em tôdas suas modalidades;

III — Pode o mesmo exercer-se: a) mediante restrições à instalação, licenciamento e funcionamento das rádio-emissoras, postos de rádio-amadorismo e televisão; b) mediante a vigilância sôbre os programas e publicidade irradiados, — no sentido de assegurar-lhes o valor ético, profissional e técnico, bem como velar pela segurança do País e do regime; c) mediante o *controle* dos comentários de *speakers* e programadores;

IV — Tais poderes levarão, eventualmente, ao estabelecimento da censura, — branda em tempo de paz, ampla e severa durante as conflagrações;

V — É desejável, no entanto, que os poderes supra reconhecidos aos Estados não sejam exercidos num sentido puramente político-partidário, nem em detrimento do legítimo direito do homem, de ser informado de acôrdo com a realidade objetiva dos fatos.

---

1.164 de 24-7-1950. Tem-se admitido, no entanto, entre nós, que o Presidente do Superior Tribunal Eleitoral baixe instruções ou portarias, regulando a publicidade referente a candidatos ou partidos, e restringindo, em certos casos, a atuação dos comentaristas e locutores.

### Bibliografia

- ACCIOLY (Hildebrando) — Tratado de derecho internacional publico (tradução espanhola) — vol. II — Rio, 1946.
- Acôrdo sulamericano de radiocomunicações (Ministério das Relações Exteriores — Coleção de Atos Internacionais, vol. 217) — Rio, 1946.
- Convenção interamericana sôbre os direitos de autor em obras literárias, científicas e artísticas (Ministério das Relações Exteriores — Coleção de Atos Internacionais, n.º 263) — Rio, 1950.
- GRANDE (Ettore) — La radiotelegrafia nel diritto internazionale (Ulrico Hoepli, Milão, 1927).
- O.N.U — Preparatory study concerning a draft declaration on the rights and duties of States (Lake Success, 1948).
- O.N.U. — Declaración Universal de derechos del hombre (Lake Success, 1949).
- O.N.U. — La protection internationale des droits de l'homme (Lake Success, s/d.).
- STÉNUIT (René) — La radiophonie et le droit internacional public (Sirey, 1932).
- TERRQU (Fernand) e SOLAL (*Lucien*) — Le droit de l'information (Unesco, Paris, 1951).



# P r o v a (\*)

*Vicente de Azevedo*

(Livre Docente de Direito Judiciário Penal)

Ao estudar *a prova*, deparamos um dos assuntos mais vastos e empolgantes da ciência do direito.

Já os meus alunos estão senhores dêste conceito: a finalidade do processo é a manifestação da Justiça.

A sentença, a decisão, a coisa julgada constituem a manifestação da justiça. Por intermédio de seus órgãos, o Estado cumpre a sua missão de punir o transgressor da lei. A decisão judicial constitui a aplicação da vontade abstrata da lei ao caso concreto.

Para alcançar este objetivo, para chegar a ésta suprema afirmação, a Justiça precisa assenhorear-se da verdade, possuir a verdade. A coisa julgada traduz a verdade formal a verdade histórica, oficial. *Res judicata pró veritate habetur*, isto é, a coisa julgada é tida, havida, considerada a verdade, na crença de que corresponde à verdade real, material.

Provas. Que são provas? São os meios pelos quais a inteligência busca a conquista da verdade.

Que é a verdade? Esta indagação tem sido, desde remota antiguidade, uma tortura para o espírito humano. Que é a verdade?

Defrontando-se com Jesus, um homem que se dizia deus, e era realmente Deus descido á terra para a redenção dos

---

(\*) Do curso de Direito judiciário penal dado na Faculdade Paulista de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

homens, — Pôncio Pilatus o Governador da Judéia, lançou-lhe a pergunta: *Quid veritas?* Mas que é a verdade? Fê-lo porém, displicentemente, sem interêsse pela resposta, e, sem aguardá-la deu as costas a Jesus.

Num livro de contos intitulado “As testemunhas da paixão”, GIOVANNI PAPINI tece uma fantasia em que imagina Pilatus depois do governo da Judéia. Perseguido por essa idéia fixa, a ponto de ficar perturbado da mente, indagava de todos e a todo momento: que é a verdade? Até na audiência que conseguiu com o imperador romano sucessor de Tibério, não resistiu e perguntou, depois de reproduzir a cena do julgamento: mas que é a verdade? Afinal, completamente louco, acabou se suicidando. O livro “As testemunhas da paixão” apareceu últimamente, traduzido em português, na coleção Saraíva.

Vamos recolher as velas da digressão, ler esta página magistral, do JOÃO MENNDES JÚNIOR abrindo o capítulo *das provas*:

“A verdade é a adequação da coisa e do intelecto: *adaequatio rei et intellectus*, diz o Filósofo. Para firmar esta recíproca equação, a inteligência busca certificar-se; a certeza é a firme adesão do intelecto ao objeto: *firma adhoesio intellectus ad objectum*, diz SANTO TOMAZ DE AQUINO.

“Segundo a restrita definição de Mittermeyer, a soma dos meios produtores da certeza constitui a *prova*; mas em sentido amplo, provas são os meios pelos quais a inteligência busca firmar a sua adesão ao objeto.

“Para fazer justiça, é preciso aplicar a lei ao fato: a verdade do fato e o conhecimento de lei são, pois, os elementos primordiais da administração da Justiça. O litígio pode versar ou sôbre o fato, ou sôbre o direito, ou sôbre o fato e o direito. Provar o fato é verificar certas ações que realizam uma operação, que passa para a matéria externa e que se distingue do próprio ato; provar o direito é reconhecer que, verificado o fato, tal ou tal lei jurídica lhe

é aplicável. Mas na doutrina das provas judiciárias, não nos ocuparemos da prova do direito. Como diz VINNIO, nas *Quoestiones selectas*, não as questões de direito, mas as questões de fato, são a matéria *circa quam versatur probatio*: pois, si é certo que, não só os meios de conhecer o direito, como os meios de mostrar a applicabilidade do direito ao fato, são as provas, — estas provas entram, não na doutrina especial das provas judiciárias, mas na teoria da interpretação e na arte da applicação das leis. Si há casos em que o direito pode ser provado pelo menos meios de prova dos fatos, como por exemplo, os costumes, os usos, as posturas locais, — nesses casos a prova do direito converte-se em prova de um fato. O ponto de direito, diz BONNIER, não é objeto de uma prova: é objeto de um apêlo à ciência do juiz.

“A prova, diz Pereira e Souza, é a alma do processo. E BENTHAM chegou mesmo a afirmar que o processo nada mais é do que a arte de administrar as provas. A parte pode ter o direito; mas sem a prova a que seria o direito applicável, como reconhecer êsse direito? Mascardus, no proemio do seu tratado *De probationibus*, diz o seguinte: *De probationibus tota iudicii vis sita est. Is enim qui probare non potest nihil habet, et ubi probatio dificit, perinde est ac si illud quod non probatur non esset, et probari non posse vel non esse idem sunt.* Isto é: Nas provas está firmada toda a fôrça do juízo. Quem não pode provar é como quem nada tem; aquilo que não é provado é como se não existisse; não poder ser provado e não ser é a mesma coisa”. Não são raros casos semelhantes ao que é assinalado por Paulo no Digesto, L, 30, tit. *de testam. Tutela, — non jus, sed probatio dificit.*” JOÃO MENDES JÚNIOR, “*Direito judiciario brasileiro,*” 2.<sup>a</sup> ed: pgs. 201, 3.

Bastaria esta página de profundo ensinamento, de João Mendes para justificar a admiração que temos pelo mestre.

No conceito da verdade, entra o elemento humano, pessoal, *a certeza*. MITTERMAYER, numa definição consagrada,

diz que a prova é o conjunto de meios produtores da certeza. Teriam aqui o seu lugar, e viriam a propósito, considerações sôbre a falibilidade da certeza humana. Realmente: nada há mais falho nada ha mais duvidoso do que a certeza humana. Somos obrigados a duvidar até daquilo que vemos. Vamos ao teatro e diante de nossos olhos atônitos, o prestidigitador tira uma ave de dentro de um chapéu, ou mói a marteladas o relógio de um espectador. Entretanto, aquilo que *vemos*, não corresponde à realidade.

No terreno filosófico, igualmente. Há um soneto celebre em que o autor imagina o primeiro homem estasiando-se diante do espetáculo da noite. Em seguida considera que a luz do sol é que havia privado seus olhos daquelas maravilhas. E melancòlicamente conclui: Se a própria luz pode nos enganar, porquê não a vida? *If light can thus deceive, where for not life?*

Realmente, a verdade é qualquer coisa superior aos nossos instintos, á nossa inteligência. Não podemos mais do que supor que a possuímos. Deus é que é a verdade. O apóstolo reconhecendo isto, disse a Jesus: Senhor: Vós sois o caminho, a verdade e a vida!

A prova é um dos assuntos mais versados em direito. MOURLON a define como sendo a consequência que a lei e o magistrado tiram de um fato conhecido em relação a outro desconhecido. E LAURENT diz que a prova é a demonstração da verdade de um fato.

Repona dêsses conceitos uma confusão entre os meios e o fim: as provas são os elementos, os meios de convicção utilizados para alcançar o fim, que é a certeza. A certeza é a segurança humana da posse da verdade, *a firme adesão da inteligência ao objeto*.

Devem ocupar a nossa atenção a evolução dos sistemas probatórios e a classificação das provas.

Apreciando o panorama evolutivo das provas, faz um autor esta observação: cada povo, em cada época, tem o seu governo, tem a sua fé, e tem a sua prova em matéria

criminal, porque tem um meio especial de lutar pela existência.

A evolução das provas acompanha a sua evolução. Por outras palavras: conforme a época, conforme o lugar, a lei é que determina o valor a atribuir a determinadas provas.

A lei é que estabelece o comportamento, a atitude do juiz em face das provas. A este aspecto tornaremos, depois de examinar a classificação das provas.

Como se classificam as provas? Já ficou assinalado que o capítulo das provas é um dos mais versados em matéria jurídica; assim, também, não têm conta as classificações propostas.

Eu convidaria os Srs. a proseguirem na leitura de JOÃO MENDES, *Direito judiciário brasileiro*, pg. 203, onde se encontra o resumo da obra de Mascardus, o grande mestre da doutrina das provas; a classificação de Blackstone, dos praxistas reinícolas, comentadores das ordenações do Reino, de Bentham, e já modernamente, de Bonnier. É leitura instrutiva e elucidativa, desde que feita meditadamente. Deixo de fazê-lo por amor á brevidade.

Dentre as numerosas, direi mesmo, dentre as inumeráveis classificações das provas, pode-se limitar o interesse principal ás seguintes classes, formuladas sob diversos pontos de vista:

a) em razão de seu conteúdo, ou *objeto*: provas directas e provas indirectas. As primeiras são as que por si mesmas levam a acreditar no facto principal que se investiga; no *processo penal*, a responsabilidade, ou não, do réu. As provas indirectas não revelam por si mesmas tal facto, porém outro do qual aquêle se pode inferir. Ás primeiras, ás provas directas, se attribui maior valor.

b) em razão de sua causa ou *sujeito*: provas reais (ou materiais) e provas pessoais. Reais são as produzidas, ou deduzidas das coisas; pessoais (ou históricas) as produ-

zidas por pessoas. O programa intitula: *meios de prova objetivos e meios de prova subjetivos*.

c) em razão de sua *forma*, conteúdo ou aparência: provas confessionais, testemunhais, documentais, etc.

d) em razão de sua *fôrça* ou efeito: provas plenas ou perfeitas e não plenas, ou imperfeitas. (ACERO, *Nuestro procedimiento penal*, pgs. 219-20).

Hoje é assente e corrente que a classificação teórica, ou doutrinária, ou legal das provas não tem interêsse imediato.

Em relação a um fato, observa CARRARA, podemos nos encontrar em quatro diferentes estados: ignorancia, duvida probabilidade e certeza. Tudo quanto nos serve para progredir do primeiro estado até o último, chama-se prova. (Programa, II, pag. 292).

Tudo quanto nos serve, os meios todos de que dispomos, os recursos de que se pode servir a nossa inteligência, — tudo isto, ou seja, todos os meios, os elementos de certeza, todos os veiculos que nos conduzem ao conhecimento e em seguida ao julgamento, — tudo isto, repito, pode ser colocado em duas grandes classes: *Provas diretas e provas indiretas*.

Provas diretas são: o flagrante, a confissão, a inspeção ocular, o corpo de delito, as testemunhas, as perícias. Visam direta e imediatamente o fato.

Provas indiretas: indícios, presunções, suspeitas. Vejamos algo sôbre indícios, presunções e suspeitas, de vez que as provas diretas fazem objeto de outros pontos do programa.

*Indícios e presunções*. Preliminarmente convém estabelecer a distinção; não se confundem (como é frequente até entre doutos) presunções e indícios. As primeiras, as presunções, são *deduções*, ao passo que os indícios são *induições*.

Indícios é o fato provado do qual se pode deduzir por indução uma conclusão relativa á existência ou inexistencia do fato a ser provado. Exemplo:

O acusado foi visto sair clandestinamente, sobraçando um saco, de casa alheia, na noite em que ali se consumou um furto (premissa menor, relativa ao fato). A experiência ensina que, aquêlê que é surpreendido em tais condições, é realmente um ladrão (premissa maior; presunção; indução lógica). Dedução: o acusado é indiciado, é indigitado como autor do crime contra a propriedade praticado naquela noite naquela casa (conclusão).

O Código de processo penal, com a sua redação algo duvidosa e claudicante, reza: no art. 239: “Considera-se indício a *circunstância* conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

O que vejo de menos exato neste conceito, é a referência reiterada a circunstâncias do fato. O valôr do indício é a relação direta com o fato, o próprio fato principal, e não em relação ás circunstâncias, que, como o nome está indicando (*circum-stare*) são algo que está em derredor, qualifica, mas não constitui o próprio fato.

Requisito principal da prova indiciária é a certeza de fato indiciante. A fôrça probante dos indícios, dado o princípio de livre convencimento do juiz, é equivalente a qualquer outro meio de prova. Será, naturalmente maior, ou menor, segundo o nexô lógico experimental entre o fato indiciante e o fato a ser provado, seja mais ou menos estreito. O máximo efeito do nexô lógico se encontra nos indícios negativos, especialmente no *álibi*, que é a presença do acusado em lugar diverso daquefê em que foi cometido o delicto, e no mesmo momento.

Exemplo de indício positivo: o encontro de impressões digitais no local do crime. É uma prova de que o portador dos desenhos digitais esteve no local do crime. É indício positivo de autoria.

A presunção é a inferência, é a dedução, é a conjectura que, por meio de raciocínio, ou de experiência, extrairmos do fato conhecido.

Para chegar do conhecido ao desconhecido, realizamos uma operação mental, ou uma série de operações mentais, um mecanismo lógico baseado na dedução. Presunção vem do latim, de *prae-sumptum*, palavra composta de preposição *prae* e do verbo *sumo*. Tem a significação literal de *tomar antes*, aceitar, admitir antecipadamente. Presunção, portanto, é sinônimo de pressuposto, presumido, preconcebido, prejuízo, no sentido etimológico de juízo antecipado.

Não estão certos, portanto (e dizêmo-lo mais uma vez) os que afirmam: indícios e presunções são uma e única coisa.

A propósito das presunções, vem a talho esclarecimento sôbre as ficções jurídicas.

A presunção (diz ALSINA) é a consequência jurídica que se tira de um fato tido por existente, — ao passo que a ficção se funda em um fato conscientemente inexistente. E, enquanto a presunção tem por objeto suprir a deficiência da prova direta, a ficção acode ás exigências de um sistema jurídico. IHERING definiu as ficções como mentiras técnicas consagradas pela necessidade. (Lembremo-nos da citação por editais, também chamada *ficta*, ou fingida, ou suposta. É uma ficção, uma mentira técnica consagrada pela necessidade. O crime continuado, considerado como unidade delituosa é outra ficção jurídica.)

A presunção legal de que a lei é conhecida de todos; o próprio princípio de que a ninguém excusa alegar a ignorância da lei, se fundam numa ficção, porque o legislador não ignora que o contrário é que é verdadeiro.

Há, portanto, as presunções legais, ou de direito. E as presunções humanas, do trato comum dos homens. Presunções *juris* e presunções *hominis*. As primeiras, as presunções *juris*, se dividem em presunções *juris tantum* e presunções *juris, et de jure*. As presunções *juris tantum* são relativas, admitem prova em contrário; as outras, *juris et de jure*, são absolutas, não admitem prova em contrário.



A angústia do tempo não me permite dar maior extensão a êstes apontamentos.

Sempre desejo dizer que, do ponto de vista do valor probante, a prova indiciária é, em matéria criminal, a mais insuspeita, a mais impressionante, aquela mais frequentemente leva à certeza, à firme convicção. Já foi proclamada a rainha das provas, embora esta realeza seja disputada por outros gêneros ou meios de prova, conforme havemos de ver. LOPES MORENO, o notável precessualista espanhol, é o autor de uma obra famosa: *A prova dos indícios*. Uma rápida observação a respeito: partindo do princípio de que não há crime gratuito, não há crime que não seja ditado por algum interêsse, nem alguma paixão, algum motivo, pois só os loucos praticam crimes sem explicação, — LOPES MORENO, desenvolve êste princípio em capítulos a que dá o título: *Qui potest-e-Qui prodest*, isto é: quem pode ter praticado o crime, e a quem o crime aproveita, ou aproveitou.

Os indícios são testemunhas mudas, muitas vezes de extraordinário valor.

Os peritos examinam o local de um incêndio e verificam que o fogo partiu de diferentes focos; encontram vestígios de estopa embebida em gasolina, ou querosene. Ainda não são provas: são indícios de indisfarçável eloquência. Indícios do fato, do crime, incêndio proposital; não são indícios da autoria, o que constitui outra questão.

Examinados os indícios e as presunções, restam as *suspeitas*. As suspeitas são menos do que os indícios.

A polícia encontra em terreno baldio o cadáver de um homem assassinado. Na véspera esse homem passara o dia em companhia de outro que, morando nas redondezas, desapareceu, abandonando a casa. As suspeitas recaem sobre êste indivíduo. Vêm os Srs. que as suspeitas, sendo menos do que os indícios, interessem mais a Polícia do que a Justiça.

Dissémos, ao acenar à evolução da prova, que a lei é que estabelece a atitude, o comportamento do juiz, em face da prova; ou por outras palavras: o regime ou o sistema da valorização da prova.

Ao tempo das Ordenações do Reino, o juiz era obrigado a julgar pelo alegado o aprovado nos autos, ainda que convencido de que a sentença não refletia a verdade.

Era o regime chamado das provas legais, ou da verdade formal. A lei estabelecia o valor das provas; firmava a hierarquia das provas: pleníssima, plenas, semi-plenas. O juiz era obrigado a aceitar o dito das testemunhas, sem examinar o valor moral, a credibilidade delas.

Duas testemunhas uníssonas levavam um cidadão a força. Ao passo que o testemunho único, era tido por nenhum, por nulo: *unus testis, nullus testis*; ou *testis unius, testis nullius*.

Com sua genial intuição, Napoleão observou: Não compreendo como o testemunho de um homem de bem, de um homem honrado, não poderá condenar um velhaco. Ao passo que a palavra de dois velhacos pode fazer condenar um homem honrado. BENTHAM também se revoltou contra êsse absurdo regime de valorização da prova. É seu êste conceito hoje correntio: as testemunhas pesam-se, não se contam.

Pelo segundo sistema, que se segue cronològicamente ao anterior e que é denominado de *sã crítica*, o juiz, por seu conhecimento pessoal, adquirido no desenrolar do processo, e por sua convicção moral, podia desprezar em parte a prova testemunhal; dentro de certos limites, criticar o dito das testemunhas.

Pelo terceiro e atual sistema, o juiz aprecia com inteira liberdade as provas. Pesa, e não soma os depoimentos. Não há hierarquia de provas: ainda que sem testemunhas, ou contra o dito das testemunhas, pode o juiz, pela prova indiciária e circunstancial, decidir.

O juiz firma livremente a sua convicção. Livremente, mas não arbitrariamente. É obrigado a fundamentar a sua convicção, manifestar as razões de sua atitude. O juiz não julga de acôrdo com a sua vontade soberana, *sic volo, sic jubeo*. Fundamenta a sentença com elementos que se encontram nos autos, aponta-os, esclarece, explica porque assim os valorisa e aprecia. Sempre com elementos constantes dos autos.

Pode dar-se o caso de o juiz conhecer particularidades, fatos circunstancias que não constam dos autos. Pode usar desses conhecimentos? Entendo que não. É errada a atitude do juiz que diz, por exemplo: conheço pessoalmente o réu, e sei que êle é um homem de bem; ou conheço a testemunha, ou o perito, ou a vítima, e sei que é um patife. O Juiz que extra autos, tiver valiosos conhecimentos do caso, deve despir a sua toga e vir colaborar com a justiça na descoberta da verdade, como testemunha.

Os snrs. encontram na *Exposição de motivos* que antecede o Código de processo penal, sob o título “As provas”, n. VII, apreciáveis elementos de estudo. É leitura que recomendo como uma das fontes para esclarecimento do ponto.

Quem versou magistralmente o assunto do livre convencimento do juiz, foi o desembargador NARCÉLIO DE QUEIROZ, um dos autores do Código, em conferência pronunciada no Rio de Janeiro no dia 11 de Agôsto de 1942. Foi publicada no *Jornal do Comércio*, e, provavelmente, no *Arquivo Judiciário*, revista jurídica que também se edita na Capital Federal.

No regime das provas legais admitiam-se as provas chamadas *privilegiadas*, e consideradas *pleníssimas*, entre as quais avultava a confissão. Obtida a confissão, muitas vezes por meio de torturas, e inomináveis suplicios, dava-se a justiça por satisfeita quanto as provas: *reus confitentem habemus*.

Hoje a confissão não vincula o convencimento do juiz mais do que qualquer outro indício; é um meio de prova como outro qualquer, sujeito à análise, ao confronto com as demais provas, podendo o juiz repudiá-la converter o julgamento em diligência, para ouvir novamente e pessoalmente o acusado, ainda que a confissão conste de interrogatório judicial. Por outras palavras: o interrogatório é ato judicial que pode ser repetido. Oportunamente teremos ocasião de estudar com mais vagar a confissão, e considerar os dispositivos legais a respeito.

Enfim: o regime do livre convencimento está consagrado no Código de processo penal, art. 157, nestes termos:

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Como consequência dêsse princípio, nem mesmo aos laudos periciais fica o Juiz adstrito. É-lhe facultado acatar o laudo, bem como regeitá-lo, no todo ou em parte. É matéria já explanada por nós, no desenvolvimento da 2.<sup>a</sup> parte do 7.<sup>o</sup> ponto, pg. 97 — 1.<sup>o</sup> volume. A regra está expressa no Código, artigo 182.

Nas próximas aulas, versando os pontos seguintes, 21, 22, 23, 24 e 25, prosseguiremos no estudo da prova.

FONTES DE ESTUDO: JOÃO MENDES, *Direito judiciário brasileiro*, 2.<sup>o</sup>, ed. Além dos conhecidos e consagrados MITTERMAYER, FRAMARINO DEI MALATESTA, BONNIER, leia-se Florian, *Le prove penali*; RIQUELME, *Instituciones de derecho procesal penal*, como bibliografia, pág. 433; *L'appréciation des preuves en justice*, por FRANÇOIS GORPHE.

# O Direito Romano vivo

*Alexandre Augusto de Castro Corrêia*

(Livro Docente de Direito Romano)

Os estudos de Direito Romano têm enorme importância no mundo jurídico e importância não menor como elemento de formação do espírito do jurista. Pode-se dizer com toda a propriedade que o Direito Romano “é” o direito ocidental e que para as nações de Direito Civil ele representa aquela fonte de inspiração de que o jurista moderno jamais se separou e da qual jamais se separará. Tudo nos leva aos estudos romanísticos, a nós juristas do presente como os juristas do passado. Em primeiro lugar, somos vivamente impressionados pela maravilhosa continuidade do pensamento jurídico Ocidental, continuidade que encontra raiz e alimento perenes na prodigiosa herança deixada pelo povo romano. Desde a queda do Império Romano até nossos dias, as idéias fundamentais do Direito Romano, público e privado são ainda as idéias fundamentais do Direito Ocidental. Basta, por exemplo recordarmos o fragmento de *ULPIANO*, reproduzido nas *Institutas de Justiniano*, I, 1, 4:

“Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet”.

Este texto é de imensa importância para a ciência do direito e formula em termos nítidos a grande distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, distinção que constitui a base inquebrantável da vida jurídica de todos os tempos. Seja qual fôr a tentativa para abolir essa dis-

tinção ou para atenuá-la, enfraquecê-la, ela sempre se imporrá ao espírito do jurista com a fôrça duma verdade que os próprios fatos se encarregam de evidenciar. Sob o aspecto científico, a distinção representa a idéia que preside aos estudos jurídicos; Direito Público e Direito Privado formam as duas partes do todo que constitui o mundo jurídico. O *ensino* do Direito, nas Faculdades, segue esta divisão tradicional, cuja origem se encontra no Direito Romano onde é formulada pelo jurisconsulto ULPIANO.

O Direito Público Romano não é infelizmente estudado em nossas Faculdades de Direito que só incluem no curso jurídico o Direito Privado Romano, tendo em vista a preparação aos estudos, sobretudo, de Direito Civil. Mas, também o Direito Público moderno se beneficiaria extraordinariamente se os estudos de Direito Romano se estendessem ao “Jus Publicum” de maneira especial. Bastaria lembrar os trabalhos monumentais do grande Mommsen sobre o Direito Público Romano, sobre o Direito Penal Romano, para imediatamente nos apercebermos do valor formativo que para o jurista representa o conhecimento, aprofundado dêsse ramo do Direito Romano. Que pensar de expressões como “Res Romana”, “Jus Publicum”, “Realidade”, “República”, “Império”? Qual o verdadeiro alcance jurídico de tais expressões em qualquer tempo? Qual a origem histórica de nossas concepções fundamentais em matéria de Direito Público? Tudo isto constitui, de per si, um ramo à parte dos estudos romanísticos e da ciência jurídica, ramo que mereceria ser cultivado mais intensamente em nossas Faculdades. Os princípios do “Jus Publicum” Romano são o patrimônio comum das nações Ocidentais.

No Direito Privado, “quod ad singulorum utilitatem pertinet” encontramos, por exemplo, nos Comentários de Gaio, 1, 8: “Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones”. Esta divisão tripartida do Direito Privado é clássica e válida até hoje, com exceção do terceiro membro, o Direito das Ações, transportado para

o Direito Público, em consequência dum movimento que se inicia em fins do século XIX. “Todo o direito de que usamos se refere às pessoas, às coisas e às ações”. TEIXEIRA DE FREITAS, certamente o maior civilista brasileiro, pela profundesa das idéias e rigor sistemático da construção jurídica, queria reduzir o Direito Privado a “Pessoas” e “Coisas”. Ora, os termos “Pessoas” e “Coisas”, “Personae et Res” foram criados pelos juristas romanos e têm hoje como outrora o mesmo significado essencial. Quanto ao Direito das Ações, o Direito Processual Civil, podemos dizer que no tocante a seu conteúdo, as idéias cardiais do processo moderno ainda são as lançadas pelo processo romano. Ação e processo visam em última instância, sancionar o direito, dar a cada um o que lhe é devido. “Suum cuique tribuere” é a definição justinianéia de justiça e no processo moderno, a ênfase colocada na idéia de justiça como fim da ação, como função eminente do Poder Judiciário tem ressonâncias nitidamente romanas. Aliás, a renovação da ciência processual, ocorrida na Alemanha do século passado, iniciando-se com WACH e outros mestres, inspirou-se muitíssimo nos estudos sôbre o “Processo Formular” romano, processo em que a função do Pretor, procurando realizar o direito, era preponderante. Por outro lado, a posição do Direito Processual Civil, do Direito Judiciário Civil, como ramo do Direito Público é susceptível, em doutrina ao menos, de controvérsia, pois existe, no Processo, a intersecção talvez única no Direito, entre o interesse privado, visando obter “quod sibi debetur” e o interesse público, visando a “Justitia”. É também verdade que toda a organização judiciária pertence ao Direito Público, que o Juiz é um magistrado, um representante do poder público. Mas, o mesmo acontecia em Roma: o Pretor era um magistrado judiciário, a organização judiciária romana pertencia ao Direito Público e o fim visado pelo Pretor era a realização da Justiça, mediante a aplicação do direito ao fato concreto, atendendo, assim, à “função so-

cial” do Direito, que é promover o bem estar social e individual, a utilidade dos particulares. Apesar de seu profundo senso da “Res Publica”, os juristas romanos, sobretudo os do período clássico, consideraram o “Jus Actio-num”, o direito das ações com o pertencendo ao Direito Privado. Isto porque viam, como finalidade essencial do processo, a de atender às necessidades dos casos concretos. Não se pode, por outro lado, objetar que os Romanos desconhecem o aspecto “público” do processo, pois encontramos vários textos bastante claros nas fontes, como, por exemplo, este de ULPIANO, D., 1, 1, 2: “Publicum jus in sacris, in sacerdotibus *in magistratibus* (grifo nosso) consistit”. O direito “magistratual” é pois ramo do Direito Público. Ora, o Pretor era, como dissemos, um magistrado e toda a organização judiciária romana prendia-se ao Direito Público. A função do pretor era realizar a justiça no caso concreto, satisfazendo, assim, aos interesses dos particulares que procuram obter, através do poder judiciário, “quod sibi debetur”. Não procede o argumento de que a Justiça, pelo simples fato de administrada pelo Estado, seja também determinada, em seu conteúdo, tão só pelo Estado, nenhuma importância tendo a consideração do interesse dos particulares, da utilidade dos particulares. É verdade que o sentido atual do conceito de justiça no processo visa opor-se à “concepção duelística do processo”. E, de fato, sob a égide da tendência privatística, o Estado era um espectador passivo das atividades desenvolvidas pelas partes em juízo, limitando-se o magistrado a “policiar” o duelo, a verificar a observância, por parte dos contendores, das regras formais do processo. Esta concepção punha sem dúvida em perigo os superiores ditames da Justiça. Assim, com toda razão, vêm os processualistas modernos, reagindo contra o perigo e são seguidos nêsse movimento pelos legisladores. Mas, o processo atual corre o perigo ainda maior de passar ao extremo oposto, dando ao processo e à ação um cunho exageradamente “publicístico”, ameaçan-



do muitas vezes a incolumidade dos direitos individuais. Poder-se-ia entrever, sem exageros, na nova orientação, os sinais alarmantes dum processo “totalitário”, em que nenhuma iniciativa caiba mais às partes. Não pretendemos entrar aqui em discussões que fogem ao âmbito de nossos estudos. Visamos, apenas, realizar ligeiro confronto entre o processo moderno e o processo romano, para mostrar que êste último, sobretudo na fase do “Processo Formular”, talvez realize melhor o equilíbrio, tão procurado hoje, entre os aspectos público e privado da “actio”. Também aqui, pois, o estudo aprofundado do processo romano parece indispensável.

Retomando a direção de nossas reflexões, acreditamos que nenhuma dúvida, nenhum cepticismo, possam pairar sobre a missão do jurista moderno enquanto romanista. Os detratores do Direito Romano costumam dizer que o Direito Romano é um direito morto, escrito numa língua morta. Que utilidade teria, pois, o estudo desse direito para o jurista “vivo”, para o advogado “vivo”? Si o Direito Romano “morrêu” é porque devia morrer, obedecendo, também êle, à lei fatal da História, que tudo cria e tudo destrói, incessantemente. Olhemos, pois, para o Presente e para o Futuro, abandonando os estudos romanísticos aos juristas “saudosistas”. O nosso direito morrerá também, um dia, e o que nos interessa é conhecê-lo em vida, como direito vigente.

É claro que de acôrdo com tais concepções, nenhum lugar caberia aos estudos romanísticos nos currículos das Faculdades de Direito. E a “argumentação” chega a impressionar, sobretudo aos leigos, sobretudo àqueles aos quais falta a compreensão adequada do fenômeno jurídico.

Para refutarmos pois a “objeção”, devemos partir, desde logo, de seus pressupostos ou melhor de seu pressuposto fundamental, que parece ser o da completa falta de ligação entre “Presente” e “Passado”. O direito “atual”, o direito vigente, seria o direito vigente “hoje”, que não

sabemos si o era “ontem”, nem si o será “amanhã”. O estudo do Direito se cifraria na “apresentação” do direito positivo, em sua estrutura sistemática, em seu “funcionamento”, como “Deus ex machina”, eliminada qualquer “investigação da paternidade” desse direito. Mas, dentro de tal sistema, o direito não pode deixar de parecer arbitrário perante a consciência do jurista, voltada sempre para o problema da “justificação”. O Direito “é” assim. “Porque” é assim, indaga o jurista? Não o sabemos. Logo, qualquer outro sistema “jurídico”, mesmo contrário ao atual é igualmente legítimo. Entretanto, o único sistema “vigente” é o atual, embora outros sejam igualmente possíveis. Mas, por que razão isto é assim, por que razão o sistema jurídico vigente é o atual? O jurista céptico não pode contestar a procedência da indagação. Vai, pois, respondê-la apelando para argumentos que destroem a aparente solidez de sua posição inicial, para argumentos que transcendem a esfera do puro direito “atual”, para argumentos, aliás, estranhos à ciência do direito. O jurista céptico refere-se, então, às condições sociais em que se manifesta o direito.

Reconhece-se, portanto, “volens nolens”, que o estudo “puro e simples” do direito atual é inconcebível. Reconhece-se o “dever ser” como característica específica do mundo jurídico. Recorre-se, pois, à “Sociologia Jurídica”. A “Sociologia Jurídica” deverá “explicar” (mas nunca “justificar”. ) o fundamento da vigência do direito atual. Vê-se logo o defeito essencial da Sociologia Jurídica: ela não reconhece a distinção (ou pelo menos não a considera) entre “Ser” e “Dever Ser” e portanto não chega a compreender o direito em sua especificidade, naquilo que lhe é próprio. Em outras palavras, a Sociologia Jurídica não consegue explicar porque o Direito é um “Dever Ser”. Por outro lado, a Sociologia Jurídica é disciplina muito importante porque representa uma parte da própria Filosofia do Direito. Esta última se interessa pelo Direito na tota-

lidade de suas manifestações, procurando conhecê-lo como “Ser”, e como “Dever Ser”. Serve-se, pois, da Sociologia Jurídica, enquanto examina as condições sociais de manifestação do Direito. Portanto, a própria necessidade lógica de compreensão do fenômeno jurídico impõe a consideração do elemento histórico, impõe ao jurista o dever de estudar o “passado” jurídico, pois a evolução histórica do direito é um dos aspectos mais importantes do fenômeno jurídico. Assim, o estudo positivo do Direito, levamos, necessariamente, a fundamentar o direito atual no direito passado, leva-nos ao Direito Romano, fonte primordial do direito Ocidental moderno.

Estamos, pois, longe do puro “atualismo” jurídico. Só podemos compreender e talvez “justificar” o direito atual pelo Direito Romano, vivo nas concepções hodiernas do direito positivo. E nada mais natural, dada a relatividade das noções de “tempo”, “espaço”, “vida” e “morte”. A universal relatividade atinge também o Direito. O Direito Moderno nada mais é do que a aparência atual do Direito Romano que, por sua vez, já “apareceu” com outra fisionomia no Direito Medieval. Inversamente, o Direito Moderno já estava contido, como uma das suas possibilidades, no Direito Medieval que finalmente existia em germe, “in nuce”, no Direito Romano... Podemos, assim, prosseguir indefinidamente na investigação científica do Direito, procurando também as origens orientais do próprio Direito Romano, estudando a pré-história do Direito Romano; e podemos estudar o Direito Oriental buscando-lhe as origens mais remotas, chegando aos extremos limites da História do Direito. E na verdade, nada mais nobre, nada mais elevado, do que a consideração do Direito em sua universalidade histórica. “Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia. ” A História do Direito é, talvez mais do que qualquer outra, a via que nos conduz à visão das origens divinas do Direito. . Não foi outra a intuição genial de SAVIGNY ao lançar os princípios da “Es-

cola Histórica do Direito”, ao escrever a “História do Direito Romano na Idade Média”. Seus princípios revolucionaram a ciência do Direito Romano e a ciência do Direito em geral; não foi outra a intuição de IHERING, ilustre adversário de SAVIGNY, ao compor o monumental “Espírito do Direito Romano nas diversas fases de seu desenvolvimento”. SAVIGNY, e IHERING são, acima de tudo, dois grandes romanistas, dois eminentes juristas. E ambos representam bem as culminâncias a que chega a Ciência do Direito, a Jurisprudência, quando cultivada em sua universalidade. A contribuição desses dois grandes juristas é inapreciável, não só para a Ciência do Direito como também para a Filosofia do Direito, muito justamente chamada “Jurisprudencia” pelos Romanos.

É também digno de nota que os dois grandes mestres, sem desconhecer a importância dos estudos de história do direito Oriental, para uma visão do direito universal, dedicaram toda a energia de seu espírito jurídico ao Direito Romano, seguindo, assim, uma tradição ininterrupta no Ocidente. Isto porque o Direito Romano é universalmente reconhecido no mundo jurídico como a fonte por excelência do Direito Moderno, aquela onde sempre podemos haurir inspiração segura para as construções dogmáticas do presente. Aliás, nada mais admirável do que a brilhante atividade dos romanistas contemporâneos em todo o mundo, na França, na Itália, na Espanha, em Portugal, na Alemanha, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na América Latina. A bibliografia romanística em tôdas essas partes do mundo é riquíssima e cresce continuamente. No Brasil, não faltaram nem faltam hoje notáveis cultores do Direito Romano em nossas Faculdades de Direito. Citemos aqui, entre outros, os nomes consagrados do Prof. MATOS PEIXOTO, da Faculdade Nacional de Direito, autor de excelente “Curso de Direito Romano”, de que publicou o primeiro volume, agora em segunda edição (Rio, 1950). O volume contém as partes Introdutória e Geral, tratadas com a sin-

gular erudição e admirável clareza que distinguem os trabalhos desse autor. Citemos, ainda, o Professor ADALÍCIO COELHO NOGUEIRA, da Faculdade de Direito da Bahia, que como tese de concurso à cadeira brilhantemente conquistada, escreveu sobre os “Aspectos da Pessoa Física no Direito Romano” (1940) e o Prof. ERNANI GUARITA CARTAXO, catedrático de Direito Romano na Faculdade de Direito do Paraná, com sua monografia de concurso, “As Pessoas Jurídicas em suas origens romanas” (Curitiba, 1943). A simples citação desses nomes e das obras que publicaram mostra o interesse que despertam e a inteligência com que são tratados os estudos romanísticos em nosso país. Diante de tais frutos, não há porque duvidar das perspectivas abertas às futuras gerações de romanistas brasileiros.

Nossas considerações visaram os aspectos teóricos, científicos, dos estudos de Direito Romano. Resta examinar sua utilidade prática, o valor de sua contribuição para o jurista militante, o advogado. E também nesse terreno revela-se inabalável a força da tradição romanística. Seria antes de tudo conveniente recordar que o Direito é uma ciência “prática” e não teórica ou “especulativa”. Conhecer o Direito é necessário para agir de acordo com ele. O Direito é uma regra de conduta; ora, conduta é ação, é prática. A conduta externa regulada por preceitos racionais é o Direito. Podemos também dizer que o Direito é ao mesmo tempo Ciência e Arte. É Ciência, enquanto conhecimento do justo e do injusto (“Justi atque injusti scientia”); é Arte enquanto aplicação dos preceitos da Justiça à conduta humana. ULPIANO, D., 1, 1, 1, lembra que “ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi.” O Direito é a arte do bem e do equitativo. “Arte” é um termo que se relaciona com o fazer humano, com a ação humana. O Direito, como arte, é um modo de agir bem, de agir segundo a equidade, segundo a igualdade de tratamento a todos os que se encontram nas mesmas circunstâncias.

A definição de Celso visa claramente a profissão do advogado, do jurista prático; as leis são feitas para serem observadas na vida civil e política. Estuda-se o Direito não apenas para conhecê-lo, mas para praticá-lo, para viver de acôrdo com seus preceitos. Assim sendo, não é possível conhecer o Direito sem praticá-lo; e ao mesmo tempo, é impossível praticar o Direito sem conhecê-lo. Portanto, antes de mais nada, o advogado, como jurista militante, deve ter o conhecimento perfeito do seu direito, das leis de seu país, afim de poder applicá-los convenientemente. Ora, o conhecimento profundo do Direito Civil brasileiro, por exemplo, supõe o conhecimento das fontes dêsse direito e por consequente do Direito Romano. “*Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem*”, diz o conhecido fragmento de Celso, D. 1, 3, 17. Os termos “*Vis*”, “*Potestas*”, indicam de modo bastante expressivo o alcance da lei, seu fim prático. Trata-se, no fragmento, duma regra de interpretação das leis. “*Vis*” é a fôrça da lei; “*potestas*” é o poder da lei, o que a lei manda, o que ela quer. Mandar, querer, são conceitos dinâmicos, práticos.

Assim, o jurista prático deve lutar pela observância da lei. Dizer que a teoria é uma e a prática outra, é simplesmente renunciar ao Direito, renunciar a pôr a lei em ação, é substituir o Direito pela anarquia duma prática incoerente e injusta. Não há um direito dos juristas e tratadistas e outro dos advogados. O Direito é uno. A separação entre Teoria e Prática é mortal para o Direito. Uma sociedade que não se pautе pelos principios científicos do Direito, que procure sempre burlar o Direito, não é uma sociedade juridicamente organizada. A missão do advogado militante é pois a de haurir os conhecimentos científicos, ministrados nas Faculdades e nas obras dos jurisconsultos, afim de applicá-los religiosamente em sua vida profissional, contribuindo, assim, para o progresso da sociedade em que vive. A prática sadia repousa na ação, orientada pelos preceitos jurídicos, claramente entendidos. A lei é

o meio de que se serve o jurista para alcançar fins que representem o “bonum et aequum”, que sejam compatíveis com a segurança, o bem estar, o progresso, a moralidade públicos. Ora, o Direito Romano, que educou através dos séculos os juristas e os povos, não pode ser desconhecido pelo advogado. Como poderá o advogado atingir a “vis” e a “potestas”, o espírito de seu direito nacional, ignorando a fonte de que promanam seus princípios? Como pode êle entender os preceitos concisos e sistemáticos do Código Civil, sem vivificá-los mediante o elemento histórico? Mais uma vez, as instituições jurídicas não são o produto accidental duma penada do legislador mas representam o resultado de lento processo histórico. Leis sábias são as que duram, as que se mantêm, resistindo à prova do tempo e das vicissitudes sociais, políticas, econômicas dos povos. Assim, o advogado deve saber atingir os princípios fundamentais do seu direito, sem vacilação; deve conhecer-lhes o valor e a importância para fazê-los respeitar na prática. E o conhecimento das fontes romanas reveste de singular autoridade o trabalho interpretativo do advogado. A citação apropriada dum fragmento do Digesto, acompanhado do respectivo comentário, como elemento de interpretação histórica da lei, sempre obrigará o mais atarefado dos juizes à análise mais pormenorizada da questão, levando-o a proferir decisões mais fundamentadas. Juizes e advogados são os agentes da difusão dos princípios jurídicos na vida social. Representam êles o direito militante. Os professores de direito, os doutrinadores, pelo estudo diuturno, oferecem ao magistrado e ao advogado, os frutos de suas indagações para que estas lhes sirvam no desempenho da nobre missão de julgar e pleitear. E todos, irmanados na mesma luta, formam o exército dos “Sacerdotes do Direito” de que fala ULPIANO, D. 1, 1, 1:

“Cujus merito quis nos sacerdotes appelet: justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam non simulatam adfectantes.”



# Da Fiança e de alguns dos benefícios do fiador (\*)

*Moacir Amaral Santos*

(Livre Docente de Direito Judiciário Civil)

1. Remontam ao direito romano as origens de moderno instituto da *fiança*, espécie do gênero *caução*.

A *cautio* romana — de *cavere*, *cautum*, garantir — reunia vários institutos jurídicos que tinham por finalidade assegurar e garantir o cumprimento de uma obrigação (1). Repetindo WINDSCHEID, costumam os escritores dizer que as *cautiones*, tendendo a essa finalidade, operavam ou de modo

---

(\*) Quando, no ano passado, concorremos à cátedra de Direito Judiciário Civil com o douto prof. LUIZ EULÁLIO BUENO VIDIGAL, que com justiça a conquistou, apresentamos uma monografia intitulada “*Introdução ao estudo do Processo Cominatório*”. Dissemos, então, respondendo a um dos doutos componentes da comissão examinadora, ser nosso propósito prosseguir na obra, completando o estudo do processo cominatório, do qual aquela monografia era apenas a introdução. Estas páginas constituem um dos parágrafos do primeiro capítulo da obra prometida.

(1) Sobre a *cautio*, ver WINDSCHEID, *Diritto alle Pandette*, trad. de FADDA e BENZA, Torino, ed. 1930, 1.º, § 134; MAYNS, *Cours de droit romain*, 1.º vol., § 70; GLÜCK, *Commento alle Pandette*, trad. e notas de SARAFENI e COGLIOLO, liv. 2.º § 243 e ss.; TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, ed. 1846, 17.º vol. (*Du cautionnement et des transactions*), n. 2 e ss.; PERONACI (Ernesto), *Della cuazione*, Milano, ed. 1905; LEONI, *Cautio e cauzione*, em *Digesto Italiano*; CAGLI, *Cauzione*, em SCIALOJA, *Dizionario pratico del diritto privato*; PALERMO (Antonio), *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942.

a extirpar de um direito qualquer dúvida, ou para assegurar a boa vontade do devedor, ou para assegurar o direito contra obstáculos de fato (2).

Conhecida é a classificação que ULPIANO faz das *cautiones*, ou *stipulationes praetoriae*, em *iudiciales*, *cautionales* e *communes* (3). As *iudiciales* eram as que se exigiam para que os juízos fossem válidos, tais a *cautio iudicatum solvi*, a *cautio de rato*, a *cautio ex operis novi nuntiationes* (4); as *cautionales* visavam reforçar o vínculo, criando ao lado da ação uma outra ação de maior eficácia, e tais eram a *cautio de legatis stipulationis*, a de *tutela*, a de *ratum rem haberi* e a de *danni infecti* (5); por *communes* se entendiam as cauções que garantiam a apresentação do réu em juízo (6).

As *cautiones* eram *reais* ou *personais*, aquelas, nos primeiros tempos, mais frequentes que estas: *plus cautiones in re quam in persona*, diz POMPONIO (7).

---

(2) WINDSCHEID, o. c., 1º vol., § 134; PERONACI, o. c., n. 1; CAGLI, o. c., n. 2; CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), *Contratos no direito civil brasileiro*, 1938, Rio de Janeiro, 2º vol., n. 374. “Os doutores e os comentadores antigos observam que a *cautio* era uma *stipulatio* ou *verborum obligatio*, mas, num sentido mais restrito, era uma promessa em face à *satisfatio*, ou caução por meio de garantia. As *cautiones* serviam, também, para criar uma relação jurídica ou assegurar a prova de uma relação, a fim de subtrair o direito de qualquer dúvida; e, enfim, em qualquer caso, tendiam elas a *cavere*, isto é, a garantir danos eventuais; donde ser de relevar-se a ampliação do significado atribuído ao remédio genérico das *cautiones*” (PERONACI, o. c., 2).

(3) D., 46, 5, 1.

(4) D., 46, 5, 1, 1. CAGLI, o. e loc. citis. Adverte PERONACI, o. c., n. 4, que a essas três *cautiones iudiciales* dever-se-à acrescentar uma outra, de que tratam as Institutas, 3, 18, 1, a *cautio iudicialis de perseguendo servo*.

(5) D., 46, 5, 1, 2. PERONACI, o. c., ns. 5 e segs.; CAGLI, o. e loc. citis.

(6) D., 46, 5, 1, 3. PERONACI, o. c., n. 14; CAGLI, o. e loc. citis.

(7) D., 50, 25.

a) Das cauções pessoais, a mais antiga era a *sponsio*, praticável somente entre cidadãos romanos; seguiu-se-lhe a *fidepromissio*, suscetível de ser convencionada por peregrinos; e, finalmente, a *fideiussio*, extensível a uns e outros, e cuja existência já era conhecida por uma lei Cornélia, do ano 81 A. C. (8).

Pela *fideiussio*, alguém (o fiador), para garantia do credor, se obrigava para com êste ao lado do devedor (9). Ao fiador, perguntava-se: *Idem fide tua esse iubes?* E êle respondia: *Idem fide mea esse iubeo* (10). Com estas palavras sacramentais firmava-se contrato solene entre o fiador e o credor, pelo qual era admissível garantir-se tôda e qualquer espécie de obrigações (11).

Com a *lex Furia* os *sponsores* e os *fidepromissores* não só se tornavam livres da obrigação após dois anos como também, na hipótese de serem vários os garantes, a dívida dêstes se dividia entre êles. Não referindo-se a lei aos *fideiussores*, tais benefícios não os atingiam, donde as preferências ao instituto da *fideiussio*, que suplantou de vez a *sponsio* e a *fidepromissio*, a ponto de JUSTINIANO tratar nas *Institutas* apenas daquela (12).

b) No direito medieval vai se encontrar o instituto da fiança sob a denominação de *pleiges*, de *cauxion*, de *prae-des*, da natureza dos *fideiussores*. Mas também, em seguida

---

(8) TROPLONG, o. c., ns. 6-7; DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, trad. de FRANCISCO BERNARDINO CICALA, Torino, 1903, § 76, n. 1. GAIUS, *Inst.*, 3, 115: — “*Pro eo quoque, qui promittit, solent alli obligari: quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus*”.

(9) *Inst.*, 3, 20; D. 46, 1; DERNBURG, o. c., § 76, n. 1.

(10) D. 1, 46, 16, 6. GAIUS, 3, 116: — “*Sponsor ita interrogatur: IDEM DARI SPONDES? fidepromissor: Idem Fidepromittis? fideiussor: Idem fide tua esse iubes? videbimus de his autem, quonimine possint proprie appellari, qui ita interrogantur: Idem dabis? Idem promittis? Idem facies?*”

(11) TROPLONG, o. c., n. 7; DERNBURG, o. e loc. cit.

(12) DERNBURG, o. e loc. cit.; TROPLONG, o. c., n. 8.

a esses, surgiram garantias ou cauções de índole moral, ou juramentos, v. g., o *iuramentum calumniae* (13).

2. A fiança, no direito moderno, como no romano, é um contrato pelo qual alguém se obriga por um devedor a favor de um credor, a fim de lhe pagar em todo ou em parte o que o devedor lhe deve, accedendo à sua obrigação. Tal é a definição de POTHIER, cuja doutrina foi agasalhada pelo código civil francês (14) e repetida pelos códigos contemporâneos (15).

Com o mesmo espírito destes, o Código Civil brasileiro, art. 1.481, define: — “Dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra”.

Assim, a fiança fornece ao credor uma garantia: é, pois, um contrato de garantia, e que consiste na obrigação que o fiador assume, perante o credor, de satisfazer a obrigação do devedor, caso este não a satisfaça. À obrigação do devedor, se acrescenta a do fiador, sem que haja aumento da dívida, que perdura tal qual aquêle contraíu; donde o credor ficar com o seu crédito mais garantido,

---

(13) PERONACI, o. c., ns. 16-17; TROPLONG, o. c., n. 11; CAGLI, o. c., n. 3; SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano*, ed. 1925, págs. 442 e segs.

(14) POTHIER, *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*, trad. de CORRÊA TELES, 1.º vol., n. 366; Código Civil Francês, art. 2.º 111; LAURENT, *Principii di diritto civile*, 1ª ed. da trad. italiana, Milão, 1901, 28º vol., n. 117; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 2ª ed., 1900, 21º vol., n. 909; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 4.ª ed., 1907, Paris, 2º v. n. 2323.

(15) Cód. Civil Alemão, § 765; italiano, de 1865, art. 1898; italiano, art. 1936; português, art. 818; espanhol, art. 1822; argentino, art. 1986; uruguaio, artigo 2076.

pois ao invés de um devedor, o que contraiu a obrigação, dois se tornam os obrigados pela mesma dívida (16).

Trata-se de *garantia pessoal*: responde pela dívida o patrimônio do fiador. E nisso se distingue a fiança dos contratos de *garantias reais*, pelos quais o próprio devedor, ou terceiro, para segurança do credor, lhe oferece um bem em garantia da dívida, como no penhor ou na hipoteca.

a) Mas a relação entre o devedor e o credor difere da que se estabelece entre este e o fiador.

O contrato entre aquêles cria a dívida, faz nascer a obrigação principal, no sentido de que existe ou pode existir por si só. O fiador nada mais faz do que, para garantia do credor, obrigar-se para com este pela prestação do devedor; donde, o contrato que se forma entre o fiador e o credor supor uma obrigação preexistente, à qual se prende pelo vínculo que une o acessório ao principal (17). De conseguinte, a obrigação do fiador é *acessória, subsidiária, eventual*, isto é, dependente da preexistência da obrigação principal, do devedor.

b) A vontade de prestar fiança deve ser expressa (18), isto é, a fiança deve resultar de uma manifestação expressa da vontade de quem a presta (19). Mas não basta a vontade do fiador, sendo necessária também a do credor, vale

---

(16) “Seria preciso que um e outro (devedor e fiador) se tornassem insolváveis, para que o credor perdesse o montante do seu crédito” (BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21º vol. n. 909).

(17) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21º vol., n. 914; PLANIOL, o. c., 2º vol., n. 2.324; POTHIER, o. c., 1º vol., n. 366; LAURENT, o. c., 28º vol. n. 117; TROPLONG, o. c., n. 22; MIRABELI, *Contratti speciali*, ed. 1904, Napoli, pág. 392; REDENTI, *Fideiussione*, n. 6, em SCIALOJA, *Dizionario pratico del diritto privato*; CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil Comentado*, 1926, 5º vol., pág. 246; CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), o. c., 2º vol., n. 377; GAMA (Afonso Dionisio da), o. c., § 2.º; MACHADO GUIMARÃES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1942, 4º vol., n. 170.

(18) Cód. civil italiano, art. 1937.

(19) BELMONTE (Guido) e outros, *Il nuovo codice civile commentato*, liv. 4º, 2º tómo, pág. 418.

dizer, que se estabeleça o encontro de vontades de ambos, o *in idem placitum*, que dá existência ao contrato (20). Por outras palavras, a fiança depende do consentimento das partes, fiador e credor. A simples promessa ao devedor de assumir a sua dívida não constitui fiança, observa CARVALHO DE MENDONÇA, reproduzindo DERNBURG (21).

E por isso se tem que a fiança é um contrato *consensual* (22).

c) Geralmente, tão só o fiador se obriga para com o credor, sem que éste, em troca, se obrigue em relação àquêle. Essa particularidade da fiança leva os juristas francêses a qualificá-la de contrato unilateral (23).

Todavia, — adverte CARVALHO DE MENDONÇA — no comum dos casos a fiança é consertada entre o fiador e o devedor. E, assim, vista a fiança apenas em relação ao credor, será ela um contrato unilateral. Mas se o fiador pagar a dívida, ocorre que êle se subroga nos direitos do credor (24), donde poder voltar-se contra o devedor para obter dêste o cumprimento da obrigação. Assim encarada, considera-se a fiança *contrato bilateral imperfeito* (25).

d) A fiança deve ser *expressa* (26).

---

(20) CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), o. c., 2º vol., n. 379; GAMA (Afonso Dionisio da), o. e loc. cits.

(21) CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), o. e loc. cits.

(22) CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), o. e loc. cits.; GAMA (Afonso Dionisio da), o. e loc. cits.; CLÓVIS BEVILAQUA, o. c., 5.º vol., pág. 246; PLANIOL, o. c., 2º vol., n. 2.324; LOMONACO, *Istituzioni d'è diritto civile italiano*, 2ª ed., 1895, 6º vol., pág. 571.

(23) PLANIOL, o. c., 2º vol., n. 2.324; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c. 21º v. n. 913; LAURENT, o. c., 28.º vol., n. 126; TROPLONG, o. c., n. 18.

(24) Código Civil, art. 1.495.

(25) CARVALHO DE MENDONÇA, o. c., 2º vol., n. 379; GAMA (Afonso Dionisio da), o. e loc. cits.; BEVILAQUA, o. c., 5º vol., pág. 246.

(26) PLANIOL, o. c., 2º vol., n. 2.324; TROPLONG, o. c., n. 133 e ss.; LAURENT, o. c., 28º vol., n. 153; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21º vol., n. 929; MIRABELLI, o. c., pág. 406; CARVALHO DE MEN-

Expressa, no sentido de que a fiança não se presume. O caráter do contrato, pelo qual obrigações de outrem são garantidas pelo fiador, pressupõe manifestação positiva e certa da vontade dêste (27), donde afastar-se a hipótese de ser presumida. Aliás, no direito pátrio, além de *expressa*, a fiança, tendo em vista esta ponderação, deve também ser dada por *escrito* (Cód. Civil, art. 1.483).

Consequência é que, relativamente à fiança, *não se admite interpretação extensiva* (Cód. Civil, art. 1.483). Quer dizer, em síntese, que a fiança é de direito estritíssimo: *fideiussio est strictissimi iuris* (28).

c) Finalmente, é um contrato *gratuito*, ou *benéfico*, em relação ao devedor (29), porque êste goza os favores da fiança a título gratuito, isto é, sem que o fiador disso aufira qualquer vantagem. O caráter de beneficência não existe em relação ao credor, porque — já o dizia POTHIER — êste “não recebe pela fiança mais do que lhe é devido, sem a qual êle não teria contratado com o devedor principal”. Todavia, o caráter de *beneficência* predomina, porque, normalmente, a causa do contrato é o simples interêsse do

---

DONÇA (M.I.), o. c., 2º vol., n. 382; BEVILAQUA, o. c., 5º vol., pág. 248; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 1938, 19º vol., pág. 457 e ss.; GAMA (Afonso Dionísio da), o. e loc. cits.

(27) BEVILAQUA, o. c., 5º vol., pág. 247.

(28) POTHIER, o. c., 1º vol., n. 405; TROPLONG, o. c., n. 134 e ss.; MIRABELLI, o. e loc. cits.; BEVILAQUA, o. e loc. cits.; CARVALHO SANTOS, o. e loc. cits. “A fiança deve ser expressa e não presumida, nem admite interpretação extensiva de *re ad rem*, de *persona ad personam*, de *tempore ad tempus*, pois que o fiador se obriga por dívida que lhe não interêsse” CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), o. c., 2º vol., n. 382, pág. 475).

(29) POTHIER, o. c., 1º vol., n. 366; TROPLONG, o. c., n. 13; LAURENT, o. c., 28º vol., n. 122 e ss.; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21º vol., n. 915; PLANIOL, o. c., 2º vol., n. 2324; BEVILAQUA, o. c., 2º vol., p. 246; CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), o. c., 2º vol., n. 379; GAMA (Afonso Dionísio da), o. e loc. cits.

fiador em ajudar gratuitamente o devedor, ao qual se ligã por laços afetivos ou semelhantes (30).

Por vêzes, e hoje em dia não mui raras, deixará a fiança de apresentar carater de gratuidade, ou de beneficência (31), o que ocorre em diversas hipóteses: quando o fiador, em troca da obrigação que assume, exige do devedor o pagamento do serviço que lhe presta; quando o fiador estipula, em seu benefício, uma certa compensação do credor; quando o fiador estipula lhe pague o devedor o preço dos riscos que corre; quando o fiador estipula, em troca da garantia que presta, que o credor conceda ao devedor principal uma determinada vantagem, como, por exemplo, uma prorrogação de prazo, uma redução de juros. Em tais casos, porém, não se verificam típicos contratos de fiança. Basta considerar que às três primeiras hipóteses, sem embargo das distinções dos doutores apresentando-lhes soluções diferentes, bem se lhes aplica o ensinamento de CARVALHO DE MENDONÇA de que a convenção de fiança “entra na comissão *del credere* e então é um verdadeiro seguro, em que o fiador toma a si o risco da falta do devedor. É neste caso um contrato aleatório e principal e não uma verdadeira fiança” (32). Aliás, contratos dessa natureza fogem ao

---

(30) “Normalmente, com efeito, é a título gratuito entre o fiador e o devedor; é um ato de amizade, de afeição, *bonitatis et humanitatis*, como disse QUINTILIANO. O fiador oferece sua fortuna e seu crédito para prestar um serviço ao devedor. A lei não lhe assegura nenhuma vantagem compensatória” (TROPLONG, o. c., n. 13).

(31) O Código Comercial brasileiro, art. 259, permite que o fiador mercantil estipule do afiançado uma retribuição pecuniária pela responsabilidade da fiança. No mesmo sentido o direito francês, o italiano, o cód. comercial espanhol, art. 441, o cód. comercial argentino, art. 483. TROPLONG, o. c., n. 15 e ss.; LAURENT, o. c., 28º vol., n. 124 e ss.; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21º vol., ns. 1006 e 1.071; PLANIOL, o. c., 2º vol., n. 2.324; REDENTI, o. c., n. 3; MIRABELI, o. c., pág. 395; CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), o. c. 2º vol., n. 379.

(32) CARVALHO DE MENDONÇA (M.I.), o. c., 2º vol., n. 379.



contrato de fiança *normal* e típico, cumprindo ser apreciados cada um de per si. “Um estudo geral — observa REDENTI — não pode dedicar a essas hipóteses senão algumas referências, sob pena de perder-se no *mare magnum* da causística” (33).

3. Como espécie de gênero *caução*, a fiança se divide em *legal*, *judicial* e *convencional*. Bem se vê que é desta que se vem tratando e tão somente dela falar-se-à, porque as demais não interessam a êstes estudos.

A convencional, por sua vez, ou é *civil* (34) ou é *comercial* (35) É civil quando visa assegurar o cumprimento de qualquer obrigação civil; é comercial quando “o afiançado seja comerciante e a obrigação afiançada derive de causa comercial, embora o fiador não seja comerciante” (Cód. Comercial, art. 256).

4. Visto que o fiador, pelo contrato de fiança, garante ao credor a obrigação do devedor, resulta que dêsse contrato surtem duas ordens de efeitos: efeitos do fiador em relação ao credor e efeitos do fiados em relação ao devedor.

Nesses efeitos consubstanciam-se direitos do fiador, alguns dos quais precisam ser examinados em consideração aos fins objetivados pelo capítulo.

5. Atendo-se rigorosamente à finalidade da fiança — garantia que o fiador presta ao credor pelo cumprimento da obrigação do devedor, — vale dizer, atendo-se a que ao fiador se impõe o cumprimento da obrigação “caso o devedor não a cumpra” (Cód. Civil, art. 1.481), será de concluir-se que, não satisfeita pelo devedor a obrigação no prazo fixado, surge para o fiador o imperativo de dar-lhe cabal cumprimento. O vencimento da obrigação do devedor

---

(33) REDENTI, o. c., n. 3.

(34) Cód. Civil, arts. 1.481-1.504.

(35) Cód. Comercial, arts. 256-264.

importa o vencimento da obrigação do fiador, e contra qualquer dos obrigados poderá dirigir-se o credor par exigir que a satisfaça. Nem outra razão explica ter o credor procurado *dois obrigados* para a mesma obrigação.

Realmente, desde que o devedor não cumpra a obrigação, toca ao fiador cumpri-la. Ao credor cabe escolher de quem exigí-la, se do devedor, se do fiador, se de ambos (36). Ocorre aqui a figura do *concurso* de ações, ou seja, a faculdade do credor, tendo várias ações para a defesa do mesmo direito, escolher uma delas (37).

a) Entretanto, não obstante isso, porque em relação ao devedor a fiança normalmente é um contrato de beneficência, desde as mais remotas eras preocuparam-se juristas e legisladores com amparar o fiador contra investidas severas do credor. A *lex Furia* abrandara os rigores da *sponsio* e da *fidepromissio* (38). Leis viriam suavizando a *fideiussio*.

Certo é que no mais antigo direito romano ao credor era facultado agir indistintamente contra o fiador ou o devedor principal (39). Vigorava a *libera electio*, isto é, cabia ao credor escolher de quem convinha exigir o cumprimento da obrigação. Tal ainda era o direito ao tempo dos Antoninos (40). O imperador ALEXANDRE SEVERO escrevia, no ano 209, ao seu procurador: “Se teu relato merece fé, nossos procuradores fizeram mal em não ouvir-te quando pedias que o pagamento se fizesse sôbre os bens do fiador, ordenando-te que citasses o devedor principal, uma vez que o credor tem livre escolha” (41). Idêntica a decisão de ANTONIO CARACALA, no ano 215: “Segundo nosso direito, pode o cre-

---

(36) CARVALHO SANTOS, o. c., 19º vol., pág. 462; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, 1ª ed., 5.º vol., p. 181.

(37) REZENDE FILHO (Gabriel de), *Curso de direito processual civil*, 2ª ed., 1952, 1º vol., n. 193 e ss.

(38) Vide n. 1, “a”.

(39) DERNBURG, o. c., § 78, n. 3; WINDSCHEID, o. c., § 478, nota 1.

(40) TROPLONG, o. e loc. cit.; POTHIER, o. e loc. cit.

(41) C., 8, 41, 3.

dor exigir o pagamento aos fiadores preferentemente ao devedor, salvo se outra coisa houvesse sido especialmente convencionado” (42). Ainda a mesma era a jurisprudência ao tempo de DEOCLECIANO (43), dezenas de anos depois.

No direito clássico, para que o fiador pudesse forçar que primeiramente fôsse acionado o devedor principal, inventou-se a chamada *fideiussio indemnitatis*, consistente na cláusula pela qual aquêle se obrigava tão somente pelo saldo da dívida (44). Expressivos, a respeito, são textos de PAPINIANO, JULIANO e SCAEVOLA (45).

Considerando que o fiador “se obriga subsidiariamente” e que, portanto, é o devedor principal quem “deve em primeiro lugar cumprir o contrato”, JUSTINIANO transformou, na espécie, o direito até então vigente, expedindo uma constituição pela qual se exigia que os credores demandassem primeiramente o devedor principal: *ut creditoris primo loco conveniant principalem* (46).

Na verdade, ao promulgar tal constituição, JUSTINIANO dizia assim proceder por entender “indispensável repôr em sua força e vigôr uma antiga lei caída em desuso por motivos ignorados” (47). Todavia, TROPLONG não pode atinar com segurança qual fôsse essa antiga lei, sem embargo reconhecesse dela existirem vestígios (48). O que não há dúvida, porém, é que, a partir de JUSTINIANO o credor não devia dirigir-se contra o fiador “sem que primeiro se dirigisse contra o que recebeu o dinheiro e contraíu a dívida” — *sed veniat primum ad eum qui aurum accepit, debitum*

---

(42) C., 8, 41, 5: “Iure nostro, est potestas creditori, relicto reo, eligendo fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur”.

(43) C. 8, 41, 19; C., 8, 41, 21.

(44) TROPLONG, o. e loc. cit.; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21º vol., n. 1.021.

(45) D., 45, 1, 116; D.; 46, 1, 16, 6; D., 46, 1, 63.

(46) Novela 4, cap. I.

(47) Novela 4, pref.

(48) TROPLONG, o. c., n. 225.

*contraxit*" (49). E assim se instituiu o direito do fiador exigir do credor que, antes de impor-lhe o cumprimento da obrigação, agisse contra o devedor principal (50). Esse o direito do fiador conhecido por *beneficium excussionis*, *beneficio de excussão*, ou de *discussão*, *beneficio de ordem*, ou, ainda, *exceção de ordem*.

b) Direito inspirado na equidade, no interesse de não sacrificar-se o fiador sem maiores vantagens para o credor, que bem poderá inúmeras vezes obter do próprio devedor principal a satisfação do seu crédito, o *beneficium excussionis* com o decorrer do tempo penetrou no direito de quase todos os povos.

A sua adoção no direito francês foi lenta e demorada (51). Igualmente não o conheceram os costumes germânicos e a idade média (52). A Rota de Gênova dêle dizia: *excussio habet in se summam aequitatem* (53); entretanto, repelia-o o direito canônico (54). Mas, com os estudos do direito romano, em França, o benefício de ordem, já admitido pelo direito costumeiro, ali se introduziu (55); daí passou para o código civil e se estendeu ao direito da generalidade dos povos (56).

No velho direito português, já as Ordenações Manuelinas regulavam esse benefício do fiador (57), delas passando para as Ordenações Filipinas, que rezavam: (58)

---

(49) Novela 4, cap. I.

(50) POTHIER, o. c., 1º vol., n. 408; TROPLONG, o. c., n. 225; DERNBURG, o. c., § 78, n. 3; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21º vol., n. 1.021; CARVALHO DE MENDONÇA (M.L.), o. c., 2º vol., n. 385.

(51) TROPLONG, o. c., n. 229.

(52) CARVALHO DE MENDONÇA, o. c., 2º vol., n. 385.

(53) *Apud* LOMONACO, o. c., 6º vol., p. 583.

(54) TROPLONG, o. c., n. 229.

(55) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21º vol., n. 1.021.

(56) Cód. civil francês, art. 2.021; italiano, de 1865, art. 1907; português, art. 830; argentino, art. 2012; alemão, § 771.

(57) Ord. Manuelinas, liv. 4, tit. 46, § 1º.

(58) Ord. Filipinas, liv. 4, tit. 59, pr. No mesmo sentido as mesmas Ord., liv. 4, tit. 61, § 8º: "E nos casos, onde as mulheres

“O fiador não deve ser demandado em algum caso, até que o principal devedor seja primeiro demandado, e condenado, e feita a dita execução, no que se não poder haver pelos bens do principal, poderá ser demandado o fiador”.

Êste o direito brasileiro, aliás consolidado por TEIXEIRA DE FREITAS e depois por CARLOS DE CARVALHO, (59) que se integrou no Código Civil, cujo art. 1.491 dispõe: “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem o direito de exigir, até a contestação da lide, que sejam, primeiro, executados os bens do devedor”.

6. Não cumprindo o devedor principal a obrigação e tendo o fiador que satisfazê-la, seria êste iniquamente prejudicado se lhe não assistisse o *direito de regresso* contra aquêle, a fim de ver-se reembolsado. Nisso consiste o principal efeito da fiança entre o devedor e o fiador.

a) Em direito romano, há que distinguir-se a ação concedida ao *sponsor* da conferida ao *fidepromissor* e ao *fideiussor*.

Ao *sponsor* atribuiu a *lex Publilia* a *actio depensi*, pela qual podia pedir ao devedor principal o reembolso da quantia por êle paga ao credor. Caracterizava-se tal ação por favorecer o *sponsor* com o direito de exigir o pagamento em dôbro — *actionem in duplum* — no caso do devedor contestar infundadamente dívida (6).

---

não podem gozar do benefício do Veleano, segundo acima temos declarado, poderão gozar do benefício, por Direito outorgado aos fiadores, que por outrem se obrigam, para que não possam por essa obrigação ser demandados, nem feita execução em seus bens, até que primeiro sejam demandados, e condenados e executados os principais devedores” Sôbre o processo de execução nos bens do fiador, Ord., liv. 3<sup>o</sup>, tit. 92.

(59) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 788; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil brasileiro recopilado*, ed. 1915, Porto, art. 1.372.

(60) GAIO, 3, 127: “*In eo quoque par omnium causa est, quod, si quis pro eo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo man-*

Diversamente, os *fidepromissores* e os *fideiussores*, para reclamarem o reembolso, tinham a *actio mandati*: “O fiador, que pagou qualquer coisa pelo devedor principal, pode agir contra êle por meio da ação de mandato, a fim de se reembolsar” (61). Entendia-se que a fiança se dera a pedido do devedor ou na consonância da sua vontade, e, portanto, por ordem ou mandato dêste. Assim, ao fiador, como mandatário, competia a *actio mandati* para reaver do mandante o que por êle pagara.

Mas, para considerar o fiador mandatário do devedor, surgia que a fiança houvesse sido prestada com consentimento ou, ao menos, com conhecimento dêste, sem o que não se podia falar em mandato expresso ou tácito. De tal forma, prestada que fôsse a fiança com desconhecimento do devedor, os jurisconsultos romanos, para não deixarem o fiador ao desabrigo quando saldasse a dívida dêste, viram no seu ato uma gestão de negócio e lhe conferiram a *actio negotiorum gestorum* (62).

---

*dati iudicium; et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi*”. Do caráter *in duplum* da *actio depensi*, ver, ainda, GAIO, 4, 9: “*Rem vero et poenam persequimur, velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni in iniuriae legis Aquiliae aut legatorum nomine quae per damnationem certa relictæ sunt*”. E PAULO, *Sententiarum receptarum*, 1, 19, 1: “*Quaedam actiones, si a reo infitiantur, duplantur, velut iudicati, depensi, legati per damnationem relictæ, damni iniuria legis Aquiliae; item de modo agri, quum a venditore emptor deceptus est*”. Cf. TROPLONG, o. c., n. 326; DERNBURG, o. c., § 80.

(61) JUSTINIANO, *Inst.*, 3, 20, 6: “*Si quid autem fideiussor pro reo solverit, eius recuperandi causa habet cum eo mandati iudicium*”. No mesmo sentido GAIO, 3, 127, transcrito na nota anterior; ULPIANO, D., 17, 1, 6, 9. Cf. TROPLONG, o. c., § 327; DERNBURG, o. c., § 80; WINDSCHEID, o. c., 2º vol., § 481; POTHIER, o. c., 1º vol., § 430.

(62) PAULO, D., 17, 1, 20, 1: “*Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiussorit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum*”. PAULO, D., 17, 1, 40: *Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati ac-*

Acontecia, porém, que, sendo de natureza pessoal a *actio mandati* e a *actio negotiorum gestorum*, o fiador comumente, conquanto viesse pagar dividas também asseguradas com garantias reais do próprio devedor, uma vez que o pagamento extingue a obrigação, ao regressar contra êle por uma daquelas ações não mais encontrava bens sôbre os quais recaísse o seu crédito. Essa situação levou os juriconsultos romanos a conceber o pagamento do fiador com a correspondente cessão de ações, isto é, o fiador, ao pagar, exigia que o credor lhe cedesse o crédito com todos os seus acessórios e vantagens: “dêsse modo — escreve TROPLONG — êle ficava investido do direito de fazer valer, como se fôsse o próprio credor, as hipotecas sôbre os bens do devedor e as ações contra os coobrigados” (63). Graças a êsse engenho dos prudentes, o fiador podia compelir o credor a fazer-lhe a cessão sob pena de não efetuar-lhe o pagamento: nisso consistia o *beneficium cedendarum actionum* (64).

Discute-se, em direito romano, se êsse beneficio era assegurado ao fiador *ipso iure*, isto é, pelo só fato de haver pago o credor (65), ou se para gozá-lo devia o fiador so-

---

*tio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et POMPONIO videtur*. Cf. TROPLONG, o. c., 2º vol., § 481; POTHIER, o. c., 1º vol., § 430; CARVALHO DE MENDONÇA, o. c., 2º vol., n. 387.

(63) TROPLONG, o. c., ns. 356-357.

(64) TROPLONG, o. c., n. 357 e ss.; DERNBURG, o. c., § 80, n. 2; WINDSCHEID, o. c., 2º vol., § 481; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), o. c., 2º vol., n. 385. PAULO, D., 46, 1, 36: “*Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum percepit et perceptione omnes liberati sunt, sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quadammodo nomen debitoris vendit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones*”.

(65) Nesse sentido, DERNBURG, o. c., § 80, nota 7, fundado no texto de PAULO, transcrito na nota anterior.

licitar e obter a cessão como condição para o pagamento. (66).

b) No direito francês anterior ao Código Civil, ao lado da *actio mandati contraria* e da *actio negotiorum gestorum* existia o *beneficium cedendarum actionum*. Para que êste tivesse lugar, era preciso que o fiador, ao pagar, se fizesse subrogado nos direitos e ações do credor; na falta de subrogação expressa, o fiador teria aquelas ações, conforme a fiança houvesse sido prestada com ciência e aprovação do devedor ou sem conhecimento dêle (67).

Tais distinções desapareceram, praticamente, no direito moderno, que torna o fiador, que paga o credor, subrogado, *ipso iure*, nos direitos e ações dêste contra o devedor. “O fiador, que paga a dívida — dispõe o Código Civil francês (68) — é subrogado em todos os direitos que tinha o credor contra o devedor”.

c) As Ordenações Filipinas (69) prescreviam o *beneficium cedendarum actionum*: “E pagando o fiador a condenação em parte, ou em todo, traspassarão em êle todos os direitos e ações, que o vencedor da dita condenação houvesse, e lhe por direito pertencesse contra o condenado, para haver recurso contra êle, e seus bens, que na terra forem achados, e cumpridamente haver, e cobrar o que por êle tiver pago, com tôdas as custas e interêses e perdas, que por causa da fiança tiver recebidas”. A inteligência dêste texto admitia divergências — observa COELHO DA ROCHA (70) — havendo quem, como MELO FREIRE (71), enten-

---

(66) Assim pensa TROPLONG, o. c., ns. 357-360. Tal era o ensinamento de MODESTINO, D., 46, 3, 76.

(67) POTHIER, o. c., 1.º vol., n. 430; TROPLONG, o. c., n. 356 e ss.

(68) Cod. Civil francês, art. 2.029. No mesmo sentido: Cód. Civil alemão, § 774; italiano, de 1865, arts. 1.915-1.916; italiano, art. 1.949; federal suíço das Obrigações, art. 505; português, arts. 838, 839.

(69) Ord., liv. 3.º, tit. 92.

(70) COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, 4.ª ed., 1.857, Coimbra, 2.º vol., n. 884.



desse perdurar aí a distinção romana, tal qual no antigo direito francês.

Entretanto, no direito pátrio anterior, afastada se achava qualquer dúvida e proclamado o princípio de que o fiador, que pagava a dívida, se subrogava nos direitos do credor contra o devedor, independentemente de cessão expressa. Era o princípio reconhecido por CARLOS DE CARVALHO (72) e, anteriormente a êle, pelo Código Comercial, cujo art. 260 reza: “*O fiador que paga pelo devedor fica subrogado em todos os direitos e ações do credor*”.

Idêntica a norma do art. 1.495, do Cód. Civil: “*O fiador, que pagar, integralmente, a dívida, fica subrogaão nos direitos do credor*”. Quer dizer que passam ao fiador todos os direitos do credor contra o devedor, com tôdas as garantias que lhe eram asseguradas, independentemente de cessão expressa (73). Tal é o chamado *benefício de subrogação*: o fiador é subrogado em todos os direitos do credor.

7. Em regra, o fiador terá regresso contra o devedor desde que pague o credor (74). De tal modo cobre-se êle de que pagou a êste, por uma dívida que não era sua.

Mas não seria razoável nem conforme os princípios da equidade fôsse forçado o fiador, em todo e qualquer caso, a pagar para em seguida agir regressivamente contra o devedor quando evidente que, a assím proceder, o seu sacrificio se tornaria fatal. Tais as circunstâncias, aconselha a

---

(71) MELO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, ed. 1853, Coimbra, liv. 4.º, tit. 3, § 28.

(72) CARLOS DE CARVALHO, o. c., art. 1.377; TEIXEIRA DE FREITAS, *Cons.*, art. 796 e nota. Igualmente a doutrina então dominante: COELHO DA ROCHA, o. e loc. cit.; CORRÊA TELES, *Digesto Português*, 4.ª ed., 1853, Coimbra, 1.º vol., 435.

(73) CLÓVIS BEVILAQUA, o. c., 5.º vol., pág. 261; CARVALHO SANTOS, o. c., 19.º vol., pág. 471 e ss.; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), o. c., 2.º vol., n. 386; LAURENT, o. c., 28.º vol., n. 344; TROPLONG, o. c., ns. 362, 371 e ss.; PLANIOL, o. c., 2.º vol., n. 2.357.

(74) Vide n. 6.

razão, e é conforme o direito, que o fiador, ainda antes de pagar a dívida, possa agir de forma a evitar seu prejuízo certo. Aplicação de regra que JUSTINIANO eternizou: é melhor conservar intactos os direitos que procurar-lhes remédio quando sacrificados (75).

a) Com êsse fundamento, o direito romano concedia ao fiador, mesmo antes que houvesse pago a dívida, o direito de ação contra o devedor, para liberar-se da fiança, em quatro casos: 1) — quando o fiador já tivesse sido condenado a pagar; 2) — quando o devedor começasse a desfazer-se dos seus bens; 3) — quando vencido o prazo em que o devedor se obrigou a desonerar o fiador; 4) — quando o devedor protelasse demasiada e indêbitamente o cumprimento da obrigação (76).

No primeiro caso, indispensável era que o fiador já tivesse sido condenado — *si neque condemnatus est*, (77) — não sendo bastante que o credor estivesse dêle reclamado o pagamento (78).

---

(75) C., 2, 41, 5: — “*Melius est intacta iura servari, quam post causam vulneratam, remedium quaerere*”.

(76) DERNBURG, o. c., § 80; POTHIER, o. c., 1.º vol., n. 442; TROPLONG, o. c., n. 390 e ss.; WINDSCHEID, o. c., 2.º vol. § 480 — Dos três primeiros casos tratam os imperadores DEOCLECIANO e MAXIMIANO, C., 4, 35, 10: — “*Si pro ea contra quam supplicas fideiussor, seu mandator intercessisti, et neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut tibi iustum metuendi causam praebeat; neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est.*” — A êsses e ao quarto caso refere-se MARCELO, D., 17, 1, 38: — “*.. est enim earum specierum iudicialis quaestio, per quam res expediatur, non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet, fideiussor an et prius quam solvat agere possit, ut liberetur, nec tamen semper exspectandum est, ut solvat aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit aut certe bona sua dissipabit, praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione reum conveniat*”.

(77) C., 4, 35, 10; D., 17, 1, 38.

(78) POTHIER, o. c., 1.º vol., n. 442; TROPLONG, o. c., n. 393.

No segundo caso, o devedor dilapidara seus bens, isto é, ficara falido ou insolvente — *cum certa bona sua dissipavit* (79). Todavia abrandava-se, na prática, o rigor da lei, concedendo-se ação ao fiador se o devedor começava a dissipar seus bens — *neque postea bona sua dilapidari comprobare possis* (80).

O terceiro caso se verificava quando o devedor convenionara, por ocasião da constituição da fiança — *neque ab initio* — que desoneraria o fiador da obrigação em certo lapso de tempo e o prazo se vencera (81).

O quarto caso ocorria, embora não houvesse prazo de vencimento da obrigação principal, quando o devedor não se movia por muito tempo e indevidamente para solvê-la — *si diu in solutione reus cessabit* (82).

b) Na espécie, o direito romano foi seguido, com ligeiras modificações e algum acrescentamento, pelo antigo direito francês (83) e este reproduzido pelo Cód. Civil francês (84), nos seguintes termos: — “O fiador, mesmo antes de haver pago, pode agir contra o devedor, para ser por ele indenizado: 1º — quando acionado para o seu pagamento; 2º — quando o devedor seja falido ou se encontre em estado de insolvência; 3º — quando o devedor se obrigou liberá-lo da garantia em certo tempo; 4º — quando a dívida haja se tornado exigível pelo vencimento do termo convenionado; 5º — após dez anos, quando a obrigação principal não tenha um termo de vencimento fixo, a menos que a obrigação principal, como acontece com a tutela,

---

(79) D., 17, 1, 38.

(80) C., 4, 35, 10.

(81) C., 4, 35, 10.

(82) D., 17, 1, 38.

(83) POTHIER, o. c., 1.º vol., ns. 442-443; TROPLONG, o. c., n. 390 e ss.; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. c., 21.º vol., ns. 1094-1098.

(84) Cód. Civil francês, art. 2.032. TROPLONG, o. e loc. cits.; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, o. e loc. cits.; LAURENT, o. c., 28.º vol., n. 252 e se.; PLANIOL, o. c., n. 2.361.

seja de tal natureza que não possa extinguir-se antes de um prazo determinado”.

Disposição semelhante foi acolhida pela legislação dos povos contemporâneos. (85).

c) Era a legislação pátria anterior, inclusive a das Ordenações Filipinas, omissa a respeito. Todavia, acompanhando o direito romano com as modificações trazidas pelo Código Napoleônico, a doutrina brasileira (86), a par da portuguesa, (87) consagrava o princípio que autorizava o fiador a acionar o devedor, ainda antes de pagar dívida, para que o liberasse da obrigação, nos seguintes casos: 1º) — quando vencido o prazo para o pagamento do devedor; 2º) — quando o fiador tivesse sido condenado ao pagamento ou fosse acionado para pagar; 3º) — quando vencido o prazo que o devedor convencionara com o fiador para desonerá-lo da obrigação; 4º) — quando o devedor dilapidasse os bens; 5º) — quando, tratando-se de obrigação principal sem tempo determinado, se passassem dez anos e o devedor não procurasse pagá-la.

d) O Código Civil, porém, reduziu as hipóteses permissivas desse benefício do fiador, dispondo no artigo 1.499: — “O fiador, ainda antes de haver pago, pode exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ou o exonere da fiança, desde que a dívida se torne exigível, ou tenha decorrido o prazo, dentro no qual o devedor se obrigou a desonerá-lo”.

Em face desse texto, ao fiador, ainda antes de haver pago a dívida, é concedida ação contra o devedor, para que satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança, tão somente em dois casos: 1º) — se a dívida se tornou exigível;

---

(85) Cód. Civil italiano, de 1865, art. 1.919; italiano, art. 1.953; português, art. 844; alemão, § 775; espanhol, art. 1.843.

(86) CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), o. c., 2.º vol., n. 388.

(87) COELHO ROCHA, o. c., 2.º vol., § 885; CORRÊA TELES, o. c., 1.º vol., n. 441.

2º) — se decorrido o prazo dentro no qual o devedor se obrigou a desonerá-lo (88).

Não é de falar-se na extensão do benefício a outras hipóteses, pois que, como exceção que é aos princípios que regem a fiança e as obrigações do fiador, não se compreende possa aplicár-se por analogia a outros casos (89).

O direito do fiador agir, antes de pagar a dívida, a fim de que o devedor o libere — *ut liberetur*, dizia MARCELO (90) — e a que não se andaria errado chamando de *beneficium liberationis*, poderá ser exercido mesmo quando a fiança haja sido prestada sem consentimento do devedor? A essa questão há quem responda que sim (91). A opinião oposta, (92) porém, parece ser a acertada. Sem o consentimento do devedor a fiança lhe é um ato estranho e seria injusto ficasse o fiador armado do poder de fazer forçar um pagamento que, não fôsse o fiador, não seria tão logo exigido pelo credor. Certo é que nenhum interêsse tem o problema no segundo caso do artigo 1.499 — quando tenha decorrido o prazo dentro no qual o devedor se obrigou a desonerar o fiador — em que é pressuposta uma convenção entre êles e, portanto, está claro o consentimento do devedor na prestação da fiança. Diz respeito apenas à primeira hipótese, isto é, porque a dívida se tornou exigível (93). Neste

---

(88) CLÓVIS BEVILAQUA, o. c., 5.º vol., p. 265; JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil Anotado*, ed. 1926, pág. 1.078; CARVALHO SANTOS, o. c., 19.º vol., pág. 478 e ss..

(89) Cf. LAURENT, o. c., 28.º vol., n. 258; TROPLONG, o. c., n. 410.

(90) D., 17, 1, 38.

(91) TROPLONG, o. c., n. 412.

(92) CLÓVIS BEVILAQUA, o. e loc. cits.; JOÃO LUIZ ALVES, o. e loc. cits.

(93) “Na hipótese em que o credor deixa de cobrar a dívida já exigível, se a fiança foi dada, sem ciência e consentimento do devedor, é para êle, como já notamos, *res inter alios*, que nenhuma obrigação jurídica lhe pode acarretar, senão a de cumprir a obrigação, quando o credor lha exige, quando o fiador usar do benefício de ordem e quando, depois de pagá-la, ficar o fiador subrogado no direito do credor” (JOÃO LUIZ ALVES, o. e loc. cits.).

caso, se a fiança foi instituída sem consentimento do devedor, o fiador terá que sujeitar-se a aguardar a iniciativa do credor, reclamando o pagamento, e então utilizar-se do benefício de ordem (94), ou pagar e subrogar-se nos direitos do credor (95).

8. Servirão as noções expostas para melhor debate e entendimento das ações cominatórias concedidas ao fiador — uma, *para exigir que o afiançado satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança* (Código de Processo, art. 302, n. I); outra, *para exigir que o credor acione o devedor* (Cód. de Processo, art. 302, II) — cujo estudo será feito nos parágrafos seguintes.

---

(94) Vide n. 5.

(95) Vide n. 6.

## PRELEÇÕES E DISCURSOS

### Os mestres de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de São Paulo (\*)

*Luís Eulálio de Bueno Vidigal*

(Catedrático de Direito Judiciário Civil)

O ensino do direito processual civil na Faculdade de Direito de São Paulo, nos últimos cem anos, tal é a matéria da presente aula de abertura do ano letivo. O período de cem anos, a cujo exame circunscrevemos a nossa aula, abrange praticamente todos os mestres da disciplina que deixaram traços de seus ensinamentos nesta escola. De fato, de 1828 a 1854, regeram a cadeira de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial LUÍS NICOLAU FAGUNDES VARELA, o Padre ANTONIO MARIA DE MOURA e JOSÉ INÁCIO SILVEIRA DA MOTTA. Não chegou aos nossos dias o eco das lições que professaram. Também se desconhecem monografias processuais de sua autoria. Começa, pois, em 1854, com JOAQUIM INÁCIO RAMALHO, o estudo e o ensino do Direito Processual em São Paulo.

Três são as noções fundamentais do Direito Processual: as de jurisdição, ação e processo. Jurisdição, poder, que tem o Estado, de distribuir justiça; ação, poder, que tem o particular, de pleitear justiça; processo, meio pelo qual se exercem a ação e a jurisdição. Tôda a ciência processual de um determinado autor, ou de uma certa época, decorrerá da posição que tome êsse autor, ou a doutrina da época, em relação àquelas questões fundamentais.

---

(\*) Aula de abertura do ano letivo, proferida pelo Prof. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, em 26 de março de 1954.

Quanto à jurisdição pròpriamente dita, a lição de RAMALHO não poderia afastar-se, a não ser em poucos pontos de menor importância, da doutrina atual. A Constituição do Império enunciou o princípio da divisão e harmonia de poderes e consagrou-os em número de quatro: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judicial. Proclamou a independência do Poder Judicial e, bem assim, o princípio de que os juizes devem aplicar a lei.

De acôrdo com êsses dispositivos constitucionais, ensinou RAMALHO que a jurisdição é o poder de administrar justiça, compreendendo não sòmente o poder do conhecer das causas mas também o de fazer executar o julgado. É a noção que até hoje se encontra nos mais recentes e autorizados tratados de direito processual. O tratado de ADOLF SCHÖNKE, em sua 6.<sup>a</sup> edição, de 1949, define jurisdição como o direito e o dever de administrar justiça, fórmula menos sintética que a de RAMALHO, pois a noção de poder já implica as de direito e dever, e também menos esclarecedora, porque não é explícita quanto à compreensão do poder jurisdicional: conhecer das causas e fazer executar o julgado.

Não cogitou RAMALHO, na Praxe Brasileira e nas Postilas de Prática, de vários problemas concernentes à jurisdição que, depois dêle, atormentaram os processualistas de todos os países. Assim, não tratou RAMALHO da distinção entre jurisdição e administração, problema que, depois de ter ocupado a atenção de processualistas e administrativistas, parece, segundo os estudos dos processualistas ALFREDO ROCCO e GIOVANINI CRISTOFOLINI e do administrativista GABINO FRAGA, voltar aos têrmos em que inicialmente foi posto: caracterizar-se a função jurisdicional apenas pelo órgão que a realiza. Igualmente, não chegou RAMALHO a tomar posição entre as chamadas teorias subjetiva e objetiva, quanto ao escopo da jurisdição: para a primeira, seria o de restaurar o direito subjetivo; para a segunda, a atuação do direito



objetivo. Delimitou os campos da jurisdição voluntária e contenciosa e, pela exemplificação que apresenta, vê-se que o fêz com acêrto. Todavia, parece não ter admitido, como hoje pacificamente se admite, que, na jurisdição voluntária, o juiz exerce função administrativa e, ainda, que pode haver jurisdição contenciosa sem controvérsia, ou jurisdição voluntária com contestação.

RAMALHO não se refere à ação como direito subjetivo. Define o processo como “a forma estabelecida pelas leis para se tratarem as causas em juízo”. Atribui ao processo o fim de conhecer a verdade, o que é apenas a finalidade do processo declaratório. Para que o direito tenha vida, diz o mestre em aula, é preciso uma autoridade; mas a autoridade não pode pôr em movimento o direito sem uma regra, uma norma, sem que observe uma forma para realizar o direito. A referência à ação, como condição do exercício do poder jurisdicional, é feita de forma vaga, ao distinguir o ofício nobre, do ofício mercenário do juiz. No ofício nobre, o juiz age no exercício da jurisdição voluntária ex-officio ou a requerimento da parte. O ofício mercenário se exerce nas ações deduzidas e ventiladas em juízo contencioso.

RAMALHO não chegou, pois, como não o fêz a doutrina do tempo em que publicou a Praxe Brasileira, a dar a devida atenção à ação como direito subjetivo. O processo é uma série de atos regulados pelo direito. Os direitos, deveres, onus e obrigações, que o processo contém, decorrem da natureza da função jurisdicional, como poder do Estado, e da ação civil, como direito do particular, condicionante daquela. A ação é condição da jurisdição. *Nemo iudex sine actore*. *Ne procedat iudex ex-officio*.

Ora, se RAMALHO não chegou a conhecer o problema da natureza jurídica da ação, se encarou o processo apenas à luz da jurisdição como poder do Estado, bem se compreende que se tivesse limitado à descrição dos atos processuais. Faltou-lhe, para conceber o processo como re-

lação jurídica ou, ao menos, como um conjunto de relações jurídicas, um dos dados essenciais do problema: a ação como direito subjetivo.

É certo que, nas suas lições, adverte RAMALHO que alguns dão à palavra “ação” o sentido de direito que tem o particular de recorrer à autoridade para pedir-lhe a administração da justiça. Não precisou, porém, a natureza dêsse direito, e nem sequer procurou determinar qual o sujeito passivo da obrigação que lhe devia corresponder.

Vejamos, agora, o pensamento de RAMALHO com relação à coisa julgada, resultado do exercício da ação e da jurisdição. Quanto ao conceito de coisa julgada formal, a sua lição divergia ligeiramente da noção que viria a conter a primeira Introdução ao Código Civil: decisão judicial de que já não caiba recurso. Na Praxe Brasileira, diz RAMALHO que, contra a sentença transitada em julgado podem ser opostos o recurso de revista, os embargos na execução ou uma nova ação (cujo nome não indica). Nas Postilas de Prática, distingue “coisa julgada” de “coisa soberanamente julgada”: existe a primeira — diz — quando, da sentença definitiva não pende recurso de apelação; a segunda, quando a sentença não mais pode ser reformada pelo recurso de revista ou pela ação rescisória. A doutrina moderna, especialmente depois de magnífico estudo de LIEBMAN, não considera coisa julgada a decisão de que pende recurso extraordinário (que corresponde ao recurso de revista do tempo do Império). Por outro lado, também não mais admite o ataque ao julgado por via de embargos à execução, a não ser no caso de falta ou nulidade da citação inicial, tendo o processo corrido à revelia do vencido.

No tocante à natureza da autoridade da coisa julgada, RAMALHO adota a lição de ULPIANO, reproduzida no conhecido fragmento do Digesto: *Res judicata pro veritate accipitur*. Cita POTHIER que doutrina: “A autoridade da coisa julgada faz presumir verdadeiro e equitativo tudo quanto se contém no julgamento; e sendo essa presunção *juris et*

de jure, exclui tôda prova do contrário”. RAMALHO não menciona a variante da “ficção” de verdade”, que SAVIGNY defendera desde Julho de 1847, ao publicar a segunda parte do volume 6.º do Tratado de Direito Romano.

A extensão da coisa julgada a terceiros também foi problema em que RAMALHO se cingiu ao Direito Romano: afirma que a sentença passada em julgado não aproveita nem prejudica a terceiros; enumerou, a seguir, várias exceções a essa regra, mas não se preocupou em estabelecer, de modo sistemático, os limites subjetivos da eficácia do julgado.

Em matéria de apelação, é curioso registrar uma lição de RAMALHO esquecida pelos mestres que lhe sucederam.

A apelação — ensinava — é comum a ambas as partes; e por virtude dela pode o juiz prover, assim ao apelante como também ao apelado. Admitia, pois, expressamente, como também o admitiu o Código de Processo Civil Brasileiro, a reformatio in pejus. Todavia, explicava, baseado em MORAES: quando a sentença tem artigos separados e só de alguns dêles se interpôs o recurso, passa em julgado somente quanto àqueles de que se não apelou; e a razão é a de que se devem considerar no julgado tantas sentenças quantos são os artigos distintos.

É precisamente a doutrina que pregou LIEBMAN nas notas à edição brasileira das Instituições de CHIOVENDA. Entretanto, ela não se encontra nos compêndios de JOÃO MONTEIRO e de JOÃO MENDES e em nenhum dos comentadores do Código brasileiro.

Quanto à execução, RAMALHO se limita a descrever os atos processuais. Digna de anotar-se é a assimilação, que faz, da arrematação à compra e venda, quando, ao mesmo tempo, PAULA BAPTISTA, antecipando-se à própria doutrina européia, sustentava ser uma desapropriação forçada.

Os autores citados na 1ª edição da Praxe Brasileira, publicada em 1869, em que foi refundida a Prática Civil e Comercial, mostram que RAMALHO, se não chegava a ser propenso ao desusado, como pretendeu TEIXEIRA DE FREITAS.

era pelo menos infenso à leitura de livros modernos. Os praxistas reinícolas são os autores de sua predileção. Os tratadistas PORTUGAL, MORAES e CARDOSO; os decisionistas GAMA, REYNOSO, FEBOS, MACEDO, THEMUDO, AROUCA, PEGAS e CORDEIRO; e os tratadistas e decisionistas VALASCO, CALDAS, CABEDO, PEREIRA e GUERREIRO estão citados, ao lado de textos romanos e das Ordenações, em quase tôdas as páginas da Praxe. Os mais antigos dêsses autores viveram no século 16 e os mais modernos morreram antes de iniciar-se o século 18. Tenha-se, porém, presente — e isto serve de justificativa para RAMALHO — que, ao tempo da publicação da Praxe, ainda não se tinha determinado a aplicação do Reg. 737 às causas cíveis e nem sequer fôra elaborada a Consolidação das leis do processo civil, que RIBAS veio a fazer e que um decreto do executivo pretendeu tornar obrigatória no país em 1876.

Entretanto, não deixa de ser indício de isolamento o fato de não ter RAMALHO mencionado, na Praxe, os estudos de SAVIGNY sôbre as ações, a litiscontestação e a coisa julgada, já conhecidos, no texto francês, desde 1847 e 1849.

O método de ensino de RAMALHO, segundo se vê da coleção de suas lições professadas no ano de 1865, era o seguinte: adotava, como compêndios, a Hermenêutica Jurídica, de PAULA BATISTA, e a Prática Civil e Comercial, de sua própria autoria. No desenvolvimento do curso, explicava o texto dêsses livros. No ano de 1865, dedicou cinco aulas à Hermenêutica, sessenta aulas ao Processo Civil e dez aulas ao Processo Criminal, estas últimas, nesse ano, dadas por CLEMENTE FALCÃO DE SOUZA FILHO, explicando o compêndio “Elementos do Processo Criminal”, de RAMALHO.

Nem sempre, porém, reproduzia o mestre as lições do Compêndio. Às vêzes, limitava-se a indicar a respectiva matéria para o estudo dos alunos.

Quando, em 1883, pela jubilação de RAMALHO, ascende JOÃO MONTEIRO à cátedra de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial, já se iniciara, na Europa, intenso movi-

mento de renovação dos estudos de processo. Vejamos em que medida êsse movimento repercutiu na Faculdade de Direito de São Paulo. Voltemos às noções de jurisdição, ação e processo.

Se, em RAMALHO, conciso e lapidar, é sempre facil encontrar um conceito, em JOÃO MONTEIRO é tarefa ingrata e, às vezes, desanimadora. A primeira definição do texto é logo retificada, depois é aperfeiçoada nas notas e afinal inteiramente refundida.

Jurisdição, diz JOÃO MONTEIRO no texto de seu programa, no sentido amplo, é o poder de conhecer dos negócios públicos e resolvê-los. Essa noção, a nosso ver, abrange também a função administrativa. Em sentido restrito, diz o mestre, é o poder das autoridades judiciárias no exercício das respectivas funções. Esta abrange, além da função jurisdicional pròpriamente dita, contenciosa, ou voluntária, a função administrativa dos juizes.

Em nota, dá JOÃO MONTEIRO aquilo que chama a noção política da jurisdição: faculdade que tem o Poder Judiciário de pronunciar concretamente a aplicação do direito objetivo. Seguem-se, na mesma nota, várias opiniões de autores, apontadas para salientar que a jurisdição também compreende a execução forçada.

Na indagação que faz a respeito da natureza do direito de ação, repele JOÃO MONTEIRO a idéia de SAVIGNY de que, pela ação, resultasse a modificação das relações de direito. Refuta a opinião de PESCATORE, no sentido de que a ação seja um direito acessório de outro que faz as vezes de principal. Repele WINDSCHEID, que a concebia como a garantia judiciária, ou faculdade de impetrar da autoridade judiciária o reconhecimento e a execução de um direito; GLÜCK, como remédio para pleitear em juízo o que é nosso; MATTIROLLO, como o poder de recorrer à autoridade judiciária e dela obter a declaração e execução de um direito; e MANFREDINI, como a expressão com que se designa a força que move a autoridade judiciária à tutela do direito.

Depois dessa crítica, nós, afeitos aos modernos estudos sôbre a ação, acreditaríamos encontrá-lo em JOÃO MONTEIRO o prenúncio das doutrinas abstratistas. No entanto, conclui JOÃO MONTEIRO: para nós não é outro o fundamento jurídico da ação, senão o mesmo direito violado ou ameaçado.

O resultado a que chega a sua investigação é desapontador. Mas, cotejado com os de WACH e CHIOVENDA, depois de análogo trabalho crítico, JOÃO MONTEIRO não sai diminuído.

WACH e CHIOVENDA, depois de terem demonstrado a autonomia do direito de ação perante o direito material deduzido em juízo, também afirmaram ser a ação o direito a obter no processo determinado resultado favorável. Esta última posição, como bem salientou ALFREDO ROCCO, na *Sentenza Civile*, publicada em 1906, pouco mais de um ano depois da morte de JOÃO MONTEIRO, não escapa a êste dilema: ou identifica o direito concreto à tutela jurídica com o direito abstrato de agir (o que WACH e CHIOVENDA nunca admitiram); ou o confunde com o direito subjetivo material (o que tira todo mérito à teoria).

Definindo "*Processo*" e "*Processo Civile*", João Monteiro nos dá seis definições. Em duas, considera-o conjunto de atos; nas quatro restantes, a forma para se agir em juízo. Realmente, nos autores mais modernos, não se encontra noção diferente. O processo, como fenômeno da vida social, é uma série de atos documentados e praticados por várias pessoas; como disciplina jurídica, é o conjunto de princípios, legais ou doutrinários, reguladores desses atos.

Quanto à coisa julgada, embora não se tenha João Monteiro aprofundado em grandes investigações, certamente sentiu o problema com acuidade e é pena que sôbre êle não tenha desenvolvido um estudo monográfico. A coisa julgada — disse — não é nem ficção nem presunção, mas apenas uma criação da lei. Incluiu, de acôrdo com a legislação da época, as sentenças nulas entre aquelas que não fazem coisa julgada.

Rebelou-se contra a doutrina corrente, de que o julgado se pode executar ou pela *actio judicati* ou por officio do juiz. Considerava, no que foi contrariado por JOÃO MENDES JUNIOR, a *actio judicati* como um puro romanismo, embora reconhecesse a possibilidade de seu emprego nos casos em que da sentença nascesse ação.

O caminho percorrido de RAMALHO a JOÃO MONTEIRO, no sentido do conhecimento da doutrina européia, foi grande. Na 2ª edição de sua Teoria do Processo Civil e Comercial, que é de 1905, JOÃO MONTEIRO cita os principais juristas, processualistas ou não, da França e da Italia, bem como alguns ingleses e alemães.

Assim, entre os franceses: POTHIER, BOITARD, BORDEAUX, GARSONNET, BONCENNE e GLASSON. Entre os italianos: COGLIOLO, SERAFINI, MÀNFREDINI, MANCINI, SAREDO, CARLE, PUGLIA, GABBA, GALDI, SCIALOJA, PISANELLI, PESCATORE, MATTIROLLO MORTARA, CASTELLARI, LESSONA e GARGIULO. Entre os alemães: SAVIGNY (na edição francesa), IHERING (no original), IANKA (no original), GLÜCK (na edição italiana das *Pandectas*), WINDSCHEID (em italiano), BETHAMAN-HOLLWEG e PUCHTA. Entre os ingleses, BENTHAM.

Fato curioso, que denota a falta de penetração da ciência alemã no Brasil, no seculo passado, é o de não ter JOÃO MONTEIRO, que dominava a língua alemã e procurava estar em dia com a ciência da época, conhecido os principais trabalhos processuais germânicos. De outra forma, não haveria explicação para o silêncio de seu tratado a respeito dos pressupostos processuais e da relação jurídica processual, que OSKAR BÜLOW estudara desde 1868, fazendo jorrar novas luzes em todo o campo do processo civil; a respeito da classificação tripartida das ações, consideradas no tocante aos efeitos das sentenças, que, desde o *HANDBUCH* de WACH, de 1885, se tornara clássica; a respeito do conceito de ação como direito abstrato de agir que, embora controvertido, fôra defendido por DEGENKOLB, em 1877, PLÓZ, em 1880, e combatido por BÜLOW, KOHLER e SCHULTZE.

Se grandes foram as diferenças existentes entre RAMALHO e JOÃO MONTEIRO, maiores talvez tenham sido as que separaram a êste de seu sucessor, JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR.

Menos erudito e mais profundo que JOÃO MONTEIRO, JOÃO MENDES JUNIOR nos depara, com admirável nitidez, os conceitos fundamentais. A jurisdição, função de declarar o direito aplicável aos fatos, é a causa final específica da atividade do Poder Judiciário. São elementos constitutivos da jurisdição o conhecimento do caso e o julgamento. A execução sempre se entende reunida à jurisdição. A ação é o direito de requerer em juízo aquilo que nos é devido. O processo judicial é o movimento dos atos da ação em juízo.

Nos compêndios de RAMALHO e JOÃO MONTEIRO há a preocupação de exgotar, em extensão, a matéria. Em JOÃO MENDES JUNIOR essa preocupação cede o passo à de aprofundar os problemas. Em RAMALHO, tudo é límpido e sereno: quem o lê tem a impressão de que o processo é matéria em que não há controvérsias. Em JOÃO MONTEIRO elas se multiplicam: a apresentação das mais variadas opiniões aturde, a cada passo, o leitor. Em JOÃO MENDES, os problemas se aprofundam e se dissecam sem que, às vezes, o estudioso perceba a razão de ser da análise minuciosa do mestre. Quereis um exemplo? Atentai na análise do movimento processual.

“A ação é sempre um movimento e todo o movimento parte de um princípio e tende a um fim. Não há movimento infinito. Quando a vontade humana considera o fim, isto é, o último termo de sua atividade, esta tendência chama-se intenção. A ação do movente e o movimento do movel tendem para êsse fim, que é o motivo. O motivo, que é causa final, move, per modum finis, a causa eficiente; e, nêsse sentido, se diz que o fim ou motivo, que é o primeiro na intenção, é o último na execução. O agente, para ir do princípio até o fim, move meios, que, na atividade



humana, são os atos que o agente pratica no movimento continuado da ação, na ordem da anterioridade e da posterioridade, até chegar ao fim. O movimento é um ato ordenado para ato ulterior. O movimento, tendente a um fim imediato, consiste em um só ato; mas quando êste fim não pode ser conseguido imediatamente, o movimento é continuado por atos intermédios, que, para realizar a tendência e dirigir-se para o fim intentado, devem seguir para diante, coordenadamente, uns causando os outros”.

Aí tendes JOÃO MENDES JUNIOR. Entretanto, nem sempre o encontrareis nos píncaros da filosofia. Por vêzes, desce o mestre ao campo raso do processo e, então, o polemista mostra, em tôda a sua pujança, o quanto pode o jurista ganhar quando alia ao conhecimento das leis o hábito da investigação filosófica. À mente de quem lê JOÃO MENDES vêm logo aquelas palavras com que CARNELUTTI procura justificar-se da aridez de seu Sistema, edifício monumental, que um famoso civilista brasileiro ousou chamar de *carousel* carneluttiano:

“Talvez se diga tudo advertindo que um livro útil nem sempre é um livro cômodo. Provavelmente êste, que hoje apresento, é o exemplar típico da incomodidade. Também a ginástica é aborrecida e, talvez, até ridícula; mas aquêles que graças a ela adquiriram fôrça e agilidade ficam contentes de a ter feito”.

Vêde a página luminosa em que JOÃO MENDES JUNIOR, em 1918, ao arrepio de tôda a doutrina, a jurisprudência e a própria política brasileira, defende a competência do Congresso Nacional para legislar sôbre processo.

Aplicando o Poder Judiciário apenas leis do Congresso Nacional, é eminentemente nacional. As ações, como direitos de agir em juízo, assim como as suas condições de exercício, são da órbita do direito civil, comercial e criminal. Competindo ao Congresso Nacional legislar privativamente sôbre direito civil, comercial e criminal, caber-lhe-á também legislar privativamente sôbre direito de ação

e condições de seu exercício. As provas são forças orgânicas para aplicação do direito civil, comercial e criminal; por conseguinte, os critérios da verdade judicial, isto é, a força e a forma dos atos probatórios, devem ser privativamente determinadas pelo mesmo Poder que privativamente legisla sobre o direito civil, comercial e criminal. Não há textos na Constituição de 1891, que atribuam ou neguem aos Estados competência para legislar sobre processo. Logo, a competência entre os Estados e a União é cumulativa. Não podendo ser simultânea ou alternativa, não pode deixar de ser supletiva, prevalecendo a preeminência do Congresso Nacional.

Essa página que, para vos poupar a paciência, tivemos a ousadia de condensar, é a síntese de vigorosa polêmica que JOÃO MENDES manteve com PEDRO LESSA a propósito da competência do Congresso Nacional para legislar sobre processo.

Argumentador poderoso se apresenta também JOÃO MENDES em um pequeno trabalho, "A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense," cujas palavras teriam sido de grande proveito para o futuro legislador do Código de Processo Civil Brasileiro.

Aí combate JOÃO MENDES a abolição da réplica e da tréplica, demonstrando que não há praticamente limite para a apresentação de alegações contraditórias das partes na França, na Itália, na Inglaterra e na Alemanha e que há réplica e tréplica na Suíça, na Espanha e em Portugal. A abolição da réplica e da tréplica, diz JOÃO MENDES, não simplificaria a contestação da lide e teria, quase sempre, a complicação da prova e a dificuldade do julgamento.

Outra pretensão desarrazoada e imprudente — acrescenta JOÃO MENDES — é a abolição completa da ação de assinatura de dez dias. Infelizmente, quando se elaborou o Código Brasileiro, já se havia, há muito, apagado o éco das palavras do mestre. No afã de simplificar a todo o custo, o Código Brasileiro, no processo de declaração, como meio

técnico de verificar os fatos para aplicação da lei, constitui retrocesso (não penseis que se trate de força de expressão) de alguns séculos.

Antes de ocupar a cadeira de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial, regeu JOÃO MENDES, de 1891 a 1896, a de Prática Forense. Os trabalhos que, sobre essa matéria, se encontram, a partir de 1893, em vários números da Revista da Faculdade, constituem, talvez, a maior contribuição de João Mendes para o nosso direito processual. Os instrumentos públicos e particulares, a jurisprudência cautelária e euremática, a inquirição de testemunhas, artigos e articulados, órgãos da fé pública são assuntos que, hoje, passados sessenta anos, não podem ser, melhor do que em JOÃO MENDES, satisfatoriamente estudados.

Em 1916, amargurado (no dizer de FRANCISCO MORATO), deixa JOÃO MENDES JUNIOR a cadeira de professor para ocupar a de Ministro do Supremo Tribunal.

No curto período de cinco anos em que o seu sucessor, MANUEL AURELIANO DE GUSMÃO, ensinou a nossa disciplina, já então apenas de Teoria do Processo Civil e Comercial, pôde dar a medida do que lhe deveriam as letras jurídicas pátrias, se não tivesse tão tarde assumido a cátedra e pudesse nela ter permanecido mais alguns anos. Não foi GUSMÃO um processualista original. Em tôdas as matérias fundamentais, mesmo na questão da coisa julgada, que foi o assunto de sua excelente dissertação de concurso, Gusmão se abeberou nas mesmas fontes em que o fizera JOÃO MONTEIRO. Confessou, aliás, nas palavras preambulares desse trabalho, com modéstia e humildade de cientista, que fôra seu intuito apenas expôr, sinteticamente, “as idéias colhidas na copiosa fonte das lições dos doutores sobre a matéria”.

O grande mérito de GUSMÃO foi o de ter escrito, com apenas cinco anos de cátedra — e vós velhos mestres, bem sabeis o quanto é merecido êste elogio — excelente compêndio de sua disciplina, em que, aproveitando o tra-

balho paciente de sistematizador de RAMALHO, o incansável esforço de erudição de JOÃO MONTEIRO e a aguda penetração filosófica de JOÃO MENDES JUNIOR, conseguiu apresentar aos estudantes, em linguagem simples e acessível como convem a um verdadeiro mestre, panorama completo da ciência processual até então incorporada ao patrimônio de nossa escola.

De ESTEVAM DE ALMEIDA que prestou concurso para lente substituto de direito civil em 1909 e foi nomeado, em 1911, professor ordinário da cadeira de Prática do Processo Civil e Comercial, o que restou de mais expressivo, em direito processual, foram as aulas de Teoria do Processo Civil e Comercial que ministrou no ano de 1922.

Teve ESTEVAM DE ALMEIDA a coragem de quebrar violentamente o ritmo da evolução do ensino do direito processual nesta escola. As primeiras aulas do seu curso versam teoria geral do direito. Baseia-se o mestre quase que exclusivamente em CARNELUTTI que acabava de publicar, em texto mimeografado, tipo manuscrito, a primeira edição de suas Lições de Direito Processual Civil. Jogando com as noções de conflito de interesses, bens, composição de conflitos de interesses, estabelece o mestre as noções fundamentais preparatórias ao estudo da disciplina.

Passando ao processo, discute abundantemente o problema do escôpo do processo, que hoje, mais acertadamente, se apresenta como escôpo da jurisdição: atuação do direito objetivo ou proteção do direito subjetivo? Estuda, depois, a relação jurídica processual e mostra, já em 1922, sentir, exatamente como o nosso grande processualista LUIZ MACHADO GUIMARÃES faria em 1939, as afinidades existentes entre os conceitos de “*instância*” e “*relação processual*”. Passa aos pressupostos processuais, que explica com a proficiência de processualista consumado. No decorrer do ano, aproveitando-se de feliz coincidência, comenta com os alunos os trabalhos, em que tomava parte, da comissão elabo-

radora do ante-projeto de Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo.

Contemporâneo de ESTEVAM na regência da disciplina foi FRANCISCO MORATO, em certa ocasião seu companheiro de escritório de advocacia e temperamento completamente diferente.

Com o mesmo afincamento com que ESTEVAM procurava atualizar-se e viver no presente, buscava MORATO aferrar-se ao passado. Cultor apaixonado da língua, tornou-se, mercê da aturada leitura dos clássicos portugueses, escritor e orador primoroso, encantando, pela perfeição da forma de suas preleções, as sucessivas gerações de estudantes que ensinou, tal como fizera aos seus colegas, nos embates do pretório, em memoráveis sessões do Instituto dos Advogados, e, aos seus pares em ardorosas pugnas políticas na Câmara dos Deputados.

Quando teve a sua atenção voltada para a Faculdade de Direito, beirando os cinquenta anos de idade, FRANCISCO MORATO aureolado por justo e merecido renome de notável advogado, não cuidou de especializar-se em direito processual. É ele próprio quem defende essa orientação, em um dos últimos discursos que proferiu, ao fazer, na Academia Paulista de Letras, o panegírico de JOÃO MONTEIRO:

“Outrora — disse — a entrada para o corpo docente não se fazia por secção ou cadeira, senão por vaga de substituto em tôdas as matérias do curso; o substituto tinha de se preparar em jurisprudência em geral, para, nomeado, fazer-se catedrático da primeira cadeira que se vagasse. Entendia-se que, assim como ao bacharel ou doutor exigia-se a habilitação no quadro integral das ciências jurídicas e sociais, assim também cumpria proceder em relação ao candidato a substituto, que, só depois de nomeado, passaria a se especializar na cadeira de que eventualmente se tornasse catedrático”.

Refletem bem êsse pensamento as duas magistrais dissertações com que se sagrou professor. “De como constitui

a carta testemunhável um recurso especial” é uma pequena jóia literária. Nenhum processualista poderá deixar de admirar-se ante o desenvolvimento feliz e inspirado dado por MORATO a um tema tão limitado. Não teve a ampará-lo senão escassíssima bibliografia. Mas dessa extraiu MORATO o melhor partido possível e tratou brilhantemente do tema proposto pela comissão examinadora do concurso. “Da prescrição nas ações divisórias”, trabalho de mais fôlego, é, antes do que de processo, um lúcido trabalho de direito civil.

Avêso às doutrinas germânicas, pelas quais pública, reiterada e solenemente manifestou a sua antipatia, não as aceitou FRANCISCO MORATO nem sequer através das versões italianas, que hoje empolgam os processualistas de todo o mundo. Preferiu, pois, ficar, ao lado dos praxistas lusitanos de todos os tempos e dos mestres desta casa, com os autores italianos de inspiração francesa, especialmente MATTIROLO.

Finalmente, SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, o último de que tratarei, pois que os demais mestres de processo nesta casa, mercê de Deus, ainda aqui estão a ilustrar as suas cátedras. SOARES DE FARIA, como MORATO, iniciou tarde sua carreira no magistério superior. Tinha cinquenta anos quando se tornou livre docente de Direito Comercial. Embora esta sempre tivesse sido a disciplina de sua predileção e nela tenham sido escritos os seus melhores trabalhos, quando SOARES DE FARIA foi nomeado professor catedrático, passou a dedicar toda a sua atenção ao estudo do Direito Judiciário Civil. Em 1940, depois de três anos de regência da cadeira, adotou programa novo, em que revelou estar inteiramente ao par dos progressos da nossa disciplina. Eis alguns dos temas dêsse programa, denotadores de sua insaciável curiosidade científica: “A tendência para a penalização e abolição do processo civil”; “O dever da verdade e os vícios do processo”; “O Código de Processo Civil Brasileiro e a orientação doutrinária que o inspirou”; “Da relação ju-

ridica processual e seus elementos constitutivos”; “Dos poderes do juiz — Limites objetivos da jurisdição civil”; “O juízo preliminar e a teoria dos pressupostos processuais”; “Substituição processual”; “Negócio jurídico processual”; “Efeitos reflexos da sentença”.

RAMALHO, JOÃO MONTEIRO, JOÃO MENDES, GUSMÃO, ESTEVAM DE ALMEIDA, MORATO e SOARES DE FARIA. Sete mestres, sete gerações de professores. Se percorrermos, com ânimo reverente de discípulos, os trabalhos de cada um deles, receberemos, todos nós, filhos desta casa, a mais doce e reconfortante das lições. Aprenderemos, e depois ensinaremos aos que vierem depois de nós, que os nossos mestres cultivam a tradição, buscam o progresso e amam o trabalho. Porque, se RAMALHO e MORATO, que preferiam os praxistas reinícolas aos autores de sua época, veneraram o passado, o que muito os enobrece, ESTEVAM DE ALMEIDA e SOARES DE FARIA conheceram a ciência do direito processual civil nas suas mais recentes manifestações; se JOÃO MENDES meditou e aprofundou os estudos processuais, GUSMÃO e JOÃO MONTEIRO divulgaram, em seus compêndios, tôda a doutrina francesa e italiana do século passado. Temperamentos completamente diversos, os sete mestres que hoje lembramos têm traços comuns que a todos colocam no mesmo plano: a seriedade no ensino de sua disciplina e o amor à escola. Se a glória de cada um deles — esta é a nossa contingência humana — se circunscreve a apenas alguns aspectos de suas personalidades, a Faculdade de Direito, mãe espiritual de todos, pode orgulhar-se de ter ensinado aos brasileiros, nestes cem anos, através das lições de seus grandes mestres, o que de melhor se poderia oferecer no campo do direito processual civil.

## Discurso de Agradecimento do Professor Dr. J. J. Cardoso de Melo Neto, à homenagem que lhe prestou a Congregação da Faculdade conferindo-lhe o Título de Professor Emérito.

Realizou-se na manhã de 14 de novembro de 1953 na Faculdade de Direito, a sessão solene de encerramento do curso Jurídico do ano letivo. Durante a cerimônia, a Congregação da Faculdade de Direito prestou significativa homenagem ao prof. José Joaquim Cardoso de Melo Neto, que acabava de ser aposentado, conferindo-lhe o título de Professor Emérito. À cerimônia compareceram além do corpo docente e alunos da Faculdade, numerosos amigos e admiradores do homenageado. Em nome da Congregação falou o prof. Teotônio Monteiro de Barros, que relembrou os serviços prestados pelo prof. Cardoso de Melo Neto à Faculdade de Direito, na cadeira de Economia Política, e ao país, nos altos cargos que ocupou, entre os quais o de governador de São Paulo e deputado federal.

Agradecendo a homenagem que recebia, o prof. Cardoso de Melo Neto pronunciou o seguinte discurso:

Esta manhã, de um São Paulo trepidante de progresso, transporta-me para a inesquecível manhã de um São Paulo, provinciano, em que, pela primeira vez, penetrei as arcadas do velho Convento de São Francisco.

Senti desde logo ser aqui o lugar em que seria traçado o meu destino, como aqui traçado fôra o destino dos meus:



de meu avô, bacharel de 1858, de meu pai, bacharel de 1880 e de todos os meus quatro tios.

Éramos menos de setenta estudantes, desde logo ligados por uma amizade que a luta acadêmica só conseguiu tornar indestrutível, pelo tempo, porque alicerçada nas “tradições de aplicação ao estudo, de respeito aos mestres, de interêsse pelos problemas pátrios, dentro da ordem Constituída, que foram sempre a norma de proceder dos estudantes de direito de São Paulo” (discurso de posse na Faculdade de Direito — 1917).

Neste momento, em que a honra a mim conferida tem o dom de mais me comover que de orgulhar-me, quero sintetizar na saudade daquele que, no julgamento da Congregação e no nosso, foi o *primus-inter-pares* da turma de 1905 — José de Paula Rodrigues Alves — a gratidão filial à Faculdade de Direito, dos moços do principio do seculo, cuja vida se iniciou dentro duma revisão geral de todos os valores, de tôdas as ideologias, de todos os regimes, mas geração que não se perdeu, porque ficou fiel a esta Casa, isto é, ao Direito que ensina, à Moral Cristã, que pratica, à Patria que ama e serve.

Um dia, volto à Faculdade como professor substituto.

“Herculano de Freitas, diretor e meu antigo mestre, uma das mais formosas inteligências e um dos mais áticos espíritos, que iluminaram a Academia, envolveu-me numa atmosfera de carinho paternal, que, mantida, deu-me alento para vencer os primeiros e decisivos passos.

O que então disse devo recordá-lo para, num exame de consciência, pôr, ao lado do que prometi, o que realmente consegui fazer. Isto é, se à enfática declaração, só compreensível num moço que acabava de “ver realizada a sua mais alta aspiração na vida pública”, de que “os doutores da Faculdade estivessem certos de que não caíram em terreno sáfaro os seus votos, nem dêles, em dia algum, teriam

ocasião de se arrepender”, correspondeu um estilo de vida à altura do compromisso.

\* \* \*

Imediatamente, após a posse, entrei no exercício de ambas as cadeiras que formavam a antiga 5.<sup>a</sup> seção: Direito administrativo e Ciência da Administração, Economia Política e Ciência das Finanças.

“O retraimento da esperança que foi Dário Ribeiro e o mandato federal do insigne Manoel Vilaboim os afastava dos trabalhos escolares.

“Se os alunos do 2.<sup>o</sup> ano receberam o novo professor, apenas com a curiosidade da estréia, a atmosfera no 5.<sup>o</sup> ano não era positivamente simpática. Mas, os moços são sempre os mesmos, ativos mas generosos, assomados, mas compreensivos, capazes, por isso, de transformar, num instante, um pré-julgamento apressado numa simpatia envolvente. E foi o que se deu.

“Dez alunos de 1918 e 1919, ora com assento na Congregação, poderão dar testemunho do esforço que precisei despendar para estar ao nível da substituição de Vilaboim. Tudo isso acrescido com a responsabilidade singular de manter o ensino de Economia e Finanças, na altitude a que a tinha levado o emérito Almeida Nogueira.

“E foi assim que comecei, dando tudo pela Academia e foi assim que continuei.

“Nunca dei uma aula, sem haver na vespera estudado o ponto. Tomei como norma de ação jamais esquecer de que a única distinção entre o professor e o aluno está no fato deste não precisar saber a lição, porque confia no colega mais antigo, que é o professor.

“Tive a preocupação constante de ser claro, ainda que aos doutos pudesse parecer superficial. Porque entendia e entendo que o professor não dá aula para seu prazer

intelectual mas para o aluno, jejuno no assunto. Porque vi sempre, em cada estudante, uma matéria prima a ser moldada na forma da profissão e não um assistente de conferências, indiferente, ou um concorrente diante do qual a vaidade levasse a exhibir ciência, tanto mais falsa, quanto mais apresentada em têrmos arrevesados.

“Tive sempre presente a orientação que, um dia, ainda estudante, recebi do grande Almeida Nogueira, tão severo nos concursos, quanto humano nos exames. A diferença entre a posição do professor, em um e outro caso, está em que, no exame, o professor procura, numa ginástica intelectual, às vêzes cansativa, indagar do mínimo do conhecimento do aluno; ao passo que, no concurso, o examinador precisa ir ao fundo para verificar o que o candidato não sabe. Num, o mínimo, no outro, o máximo do conhecimento de cada um.

“Fui sempre amigo de meus alunos. Tratei-os como filhos. Servi-os no quê pude. Mas, nunca cortejei a popularidade, nem me afastei, uma linha, da disciplina. Disciplina, que não se confunde com rispidez, nem mesmo com severidade. Disciplina, base da ordem, sem a qual a sociedade humana se deteriora e perece, porque não organizada à semelhança da ordem instituída pelo Criador.

“Diretor, numa época anormal, mantive a disciplina da Casa, mas deixei o cargo, diante de um ataque estúpido ao Centro “11 de Agosto”, por não ter obtido reparação incontinenti do atentado.

“Procurei resguardar as lídimas tradições da Academia do Largo São Francisco, às vêzes vivamente, segundo meu temperamento.

“Defendi a autonomia da Mocidade, isto é, a direção própria na consecução de seus ideais, porque filho desta Casa, aprendi a amá-la, mesmo antes de conhecê-la.

“Ainda que, fora da Academia, tive para ela sempre os olhos e o espírito voltados. São minhas estas palavras de janeiro de 1938: “Não vos arreceeis de que o destino,

que me fêz mudar ainda que transitôriamente, a rota de minha existência, me faça esquecer-vos. É, ali, naquele templo, ao vosso lado, que eu quero passar a minha vida (Discurso de paraninfo, na Escola “Alvares Penteador”).

Meus colegas,

“Acabais de conferir-me o mais alto prêmio que um professor pode almejar. Rejubílo-me, não porque entenda que intrinsecamente o mereça. Sem falsa modéstia vos digo, que não merece recompensa quem apenas procurou cumprir o seu dever.

“Agradeço, desvanecido, a excepcional investidura, porque estou convicto de que quisestes dar uma ilusão de mocidade, conservando-o na Consagração, a um colega que convosco vive há 36 anos, dentro duma amizade jamais esmorecida.

“Aceito-a porque entendestes e bem que homens unidos, como um feixe, pela vocação, sômente a morte terá fôrça para separar.”

Folha da Manhã-18-11-53.

# Uma Escola de Civismo

*Prof. J. J. Cardoso de Melo Neto*

No almôço que lhe foi oferecido em 24 de Outubro de 1953, por motivo de sua aposentadoria na cátedra da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o prof. J. J. Cardoso de Melo Neto pronunciou o seguinte discurso:

Esta reunião de homens dos mais representativos de S. Paulo, ao magistério, nas profissões liberais, nas atividades produtivas, homens de tôdas as correntes políticas, desde as que têm suas raízes no passado — que foi o meu presente — até as que mais tarde surgiram para enquadrar a crescente atividade social do Estado; de senhoras que vieram colorir, com sua presença, um momento, que ficará perenemente insculpido em meu coração, — esta reunião, eu a quero interpretar não simplesmente como uma despedida de amigos daquele que, pelo implemento de idade, deixa um cargo público, por mais alto que este seja, mas como um julgamento. Julgamento da vida pública de um professor da Faculdade de Direito de São Paulo.

E' que a tradição nos há feito, ao mesmo tempo, advogados e políticos, o que tornou a Academia não unicamente uma faculdade de ensino do Direito, mas, essencialmente, uma escola de civismo, isto é, de amor à terra, pelo culto da dignidade do homem e aplicação de sua atividade à produção de bens, tanto econômicos, como espirituais, os quais, sômente conjugados, tornam possível a realização do bem comum.

Que fiz eu da investidura e como pude conservar-me durante êsse largo periodo, que não foi de rosas espalhadas no caminho, em condições de merecer, se não o aplauso, que humano não é seja unânime, mas a compreensão dos meus propósitos, das minhas atitudes, da minha ação, enfim, que a vossa presença atesta para a História e me envolve numa atmosfera de carinho que, a esta altura da vida, é, por certo a mais valiosa dádiva àqueles que, como eu, não tendo mais ambições, só têm saudades?

\* \* \*

O que consegui ser não o devo, a mim, senão na parte em que pude prestar atenção aos seus conselhos, sempre proficuos porque oriundos mais do exemplo do que da palavra. O que consegui ser, devo-o a meu pai.

Não me lembro de uma lição na Escola Modelo, não revista por êle; de uma aula na Academia, não discutida entre nós; de um caderno de apontamentos sem numerosas emendas e pontos de interrogação; tenho ainda, presentes, traduções de longos trechos do Corpus-Juris, quando estudante e até de Orlando, para o concurso na Faculdade.

No escritório, nunca houve causa que não fôsse por êle diretamente orientada, nem arrazoado que não tivesse sido por êle revisto e às vêzes inteiramente refundido.

\* \* \*

Nunca me encorajou, porém, fora do escritório, que era sua razão de existir. Quando, porém, resolvi estudar para concurso, êle, também fêz concurso. Quando fui conduzido à política, êle que dela sempre se conservara afastado, acompanhou-me com a modéstia e pudor, quase feminino, peculiar a seus atos, desde que não se comprehendesse na esfera de defesa de um direito, confiado à sua guarda. Surgia, então, integral, a figura do advogado, consciente de seu dever e cômscio de sua responsabilidade.

Advogado eu quis, e consegui, ser apenas e só auxiliar do sr Cardoso de Melo Junior. E isso para mim era tudo...

\* \* \*

Se constitui vocação ter uma irresistível tendência para viver junto dos moços, principalmente os do largo de São Francisco, foi ela que me levou à Congregação, não o propósito impossível de emparelhar com os meus mestres que, tanto tempo decorrido, ainda projetam sobre mim suas luzes.

Durante 35 anos quis ser, como disse em oração de paraninfo; “aquela voz, cujo valor estava apenas na sinceridade que, ao estudo de cada problema social ou jurídico, jamais descurou de imprimir um cunho acentuadamente nacional, para que nacional fôsse sua solução; que procurou arraigar no espírito dos moços, juntamente com o amor ao Direito, e dêle inseparável, o amor à Patria, fazendo compreender que, em nossa carreira, se nos impõe, caminhar de olhos fitos num ideal, e êsse é o de contribuir em todos os atos da vida para reforçar a solidariedade entre os homens, pela implantação de um regime o qual não seja senão a cristalização do Direito, e o Direito, a emanação da Moral”.

Na cadeira de Economia Política procurei traçar com modéstia a esfera de “Ação Social do Estado”, e diante do espetáculo do mundo, ir alargando-a quanto me parecia necessário, no propósito, talvez utópico, mas sincero, de fazer compreender que, dentro, do “Estado de Direito” há fontes, para ser mitigada a sêde de Justiça econômica e ambiente para ser satisfeita a fome de bem-estar social, uma e outra acirradas pelo impressionante progresso material”. Apenas, sem desgaste do capital à nova geração, entreguei a preciosa herança da cátedra de Economia Política, que visconde de Caravelas inaugurou e Almeida Nogueira elevou ao ápice. (Aula inaugural de 1953).

\* \* \*

Advogado e professor (já o dizia em 1937, no discurso pronunciado no Instituto dos Advogados, após minha investidura no posto de governador de São Paulo) a política me envolveu, naquela altura da existência em que as ambições, por mais legítimas que pudessem ser, já estavam naturalmente refreadas pelo espetáculo da vida. Sem ilusões, mas sem devaneios. Sabendo, bem o que precisava conseguir a beneficio do Brasil, mas pressentindo os espinhos que ia sentir na carne e as pedras que os pés iriam encontrar no caminho”.

Na luta política, quase sempre áspera, “jamais precisei apoucar as qualidades que reconhecesse, nos adversários políticos, nem descer da nobreza de sentimentos ou do patriotismo dos que estavam servindo o Brasil, em campos opostos aos que o destino me tinha colocado”.

Um dia encontrei-me na escruzilhada de minha vida política. O acontecimento é notório. Resolvi, por mim mesmo e só, permanecer no governo de minha terra, por entender assim resguardar, nos limites impostos pelas circunstâncias, a autonomia de São Paulo.

O sacrificio consciente estava, porém já e previamente compensado pelo orgulho que tinha, e conservo de, por estar em 1933, na presidência do Partido Democrático, haver podido, decisivamente, colaborar para a formação da “Chapa Única por São Paulo Unido” que, vitoriosa, elegeu à Assembléa Nacional Constituinte a bancaða, cuja primeira e essencial contribuição para o restabelecimento do regime democrático, no Brasil, consistiu em levar ao chefe do governo provisório os nomes dos paulistas, dentre os quais deveria ser escolhido, como o foi, o daquele que passaria a governar São Paulo, integrado assim e desde logo, na posse de si mesmo. Minhas senhoras: beijo-lhes as mãos. Meus amigos: muito obrigado.



# Discurso de paraninfo aos bacharelados de 1952

*Gabriel de Rezende Filho*

(Catedrático de Direito Judiciário Civil)

Meus caros paraninfados.

A nímia gentileza do vosso gesto, aclamando-me vosso paraninfo, envolve, com a simpatia de que tais atos se revestem, o prestígio em que quisestes colocar-me e constituiu elevada honra, da qual não poderia declinar.

Deveríeis, em verdade, ter escolhido para tão agradável incumbência outro professor da nossa Faculdade, capaz, pelos seus dotes oratórios e pelo seu saber, de fascinar esta brilhante assembléia, propiciando-lhe um banquete espiritual pela formosura do discurso e profundidade das idéias.

Já que insististes, porém, aqui compareço a esta pomposa festa de confraternização — um deslumbramento de luzes e de flores — a fim de atender ao vosso apêlo, com o coração esmagado pela vossa bondade.

Que mais significativo prêmio poderia, aliás, desejar, já no outono da minha vida de professor, do que este?

Que melhor e mais carinhosa recompensa poderia eu pretender do que essa generosa prova da vossa simpatia e solidariedade?

Sou, ainda, profundamente grato às amáveis palavras do vosso eloquente intérprete ao atribuir-me virtudes e qualidades que não possuo, procurando realçar o professor que convosco conviveu durante três longos anos e que há mais de quatro lustros vem se dedicando na velha e tradi-

cional Faculdade ao árduo mister de ensinar aos moços, ministrando-lhes os elementos necessários à vida prática no desempenho das atividades a que o diploma de bacharel em ciências jurídicas e sociais dá direito.

\* \* \*

Esta festa de confraternização é de intensa alegria, de justificado júbilo pelo prêmio que alcançastes, coroando a vossa carreira, os vossos estudos, a vossa dedicação no curso acadêmico.

É também uma festa de saudade, pois, em essência, significa um adeus, um último encontro de despedida.

Ao ingressardes na seara dos estudos jurídicos, estáveis certamente convictos de que dentro de alguns anos de esforço continuado chegaríeis à meta final.

Durante cinco anos de manuseio de livros e apostilas, de salutar convivência com os mestres, conservastes, bem o sei, impávida, a chama do ideal.

Após uma labuta perseverante, vencestes a auspiciosa etapa, que vos habilita a encarar corajosamente o futuro, conduzidos pelos ventos da fé e da esperança.

Transpuzestes os umbrais da velha Escola, deixastes para sempre a vida remançosa das arcadas, aquêlê ninho benfazêjo onde se bosquejaram os contornos de vossa formação intelectual, onde o vosso espírito, de envolta com os sonhos e as ilusões juvenis, já madrugava, entretanto, para as penosas cogitações do direito.

Bem avalio os sentimentos de ansiedade e de esperança que vos assaltam o coração nesta hora de vossa dispersão, ao partirdes para novos rumos, ao ganhardes o largo campo em que pròpriamente se iniciará a vossa vida.

Bem forte deve ser, realmente, a vibração de que vos achais possuídos, quando o vosso primeiro triunfo nas letras jurídicas vos impele para um novo cenário, para um mundo diferente daquele em que até agora vivestes.

As minhas palavras nesta festa, palavras descoloridas, despreziosas, sem os necessários atavios, despidas de grandiloquência, mas sinceras, serão hoje — como sempre o foram na cátedra, durante os anos da nossa convivência dentro da querida Faculdade — palavras amigas, de conforto, de estímulo, de exaltação, a fim de que possais enfrentar decididamente, com fé e patriotismo, a realidade da vida prática.

\* \* \*

A vossa geração, meus jovens colegas, está naturalmente inquieta com o panorama do mundo que todos divisamos.

Tem-se a impressão de que a civilização, tocada até ao cerne de um utilitarismo desenfreado, de um materialismo impressionante, vai imergindo aos poucos num período crepuscular da história, pela dissolução das mais belas tradições morais.

Vê-se por tôda a parte o estiolamento dos preceitos da decência, do civismo, da moralidade, da religião, repercutindo fundo na vida da família e da sociedade, na política, na administração pública.

Vivemos, indubitavelmente, uma época agitada, conturbada, trágica, em que se procura, por todos os meios, o equilíbrio dos sistemas políticos, o ajustamento das soluções econômicas, a exatidão das doutrinas filosóficas.

O momento — ninguém o negará — é, realmente, de universal inquietação. Os homens de há muito não se compreendem, combatem-se e as ideologias inconciliáveis e antagônicas do Oriente e do Ocidente afastaram definitivamente uns povos de outros.

Ainda ontem, na sua alocução da Páscoa, pediu Sua Santidade o Papa Pio XII à multidão comprimida na Praça de São Pedro que procurassem todos inspiração na Ressurreição de Cristo para as lutas pelo bem e pela paz,

afirmando que, infelizmente, o mundo continua nos mortais caminhos do ódio.

Atentando para a realidade, como ela se nos apresenta na maioria dos povos, percebe-se desde logo que as desproporções entre a produção e o consumo, a desvalorização das moedas, o desequilíbrio dos orçamentos, a luta pela conquista dos mercados internacionais, o custo excessivo da vida, que vai subindo assustadoramente, inutilizando quaisquer previsões e trazendo um clima de revolta em toda a parte — e apenas assinalo algumas das causas desta dolorosa crise mundial — tudo isso está naturalmente criando uma série de problemas, que tanto vêm preocupando economistas, financistas, sociólogos e juristas.

Os desajustamentos são evidentes.

Em meio desta confusão, o direito — fator máximo da estabilidade social — tem um papel relevantíssimo.

Os dados econômicos e sociais, revelados pelas transformações operadas pelas invenções e pelas novas idéias políticas e filosóficas, imprimiram ao direito uma feição nova, que é preciso examinar com cuidado.

Diretrizes várias vão nos impelindo para caminhos nunca antes imaginados.

A evolução jurídica, nestes últimos tempos, tem-se feito muito rapidamente.

Certos princípios, considerados como axiômáticos, e que eram a base do direito, foram-se modificando através do impulso de estranhos fatores.

Incontestável a progressão do direito, a despeito da inútil revolta de uns tanto conservadores, acastelados na cidade do passado, bem longe das realidades, a proclamarem a imutabilidade dos princípios tradicionais e a profligarem as novas idéias e os legítimos anseios da atualidade, esquecidos de que as forças da renovação são sempre indomáveis.

O direito, afinal, não é um repositório de preconceitos, não é uma criação abstrata da mente humana, antes um

organismo vivo, refletindo os usos, os costumes, as tendências, as necessidades e as exigências da sociedade.

Não é o produto do simples raciocínio do homem, estático e invariável, mas dinâmico, desenvolvendo-se e transformando-se de acôrdo com as necessidades e as condições econômicas, materiais e psicológicas do povo.

Constituirá sempre uma técnica a serviço dos ideais e, por isso, pronto a adaptar-se às realidades da vida.

“O direito é essencialmente variável e protético, faz-se, desfaz-se, refaz-se incessantemente, num perpétuo estado de vir-a-ser”. (EDMOND PICARD, *Le droit pur*).

Aí estão os ensinamentos da história para provar que todos os grandes movimentos, que sacudiram a humanidade, dando a impressão de completo desmoronamento dos princípios jurídicos, até então tidos como dogmas inatacáveis, acabaram, afinal, pelo ressurgimento do próprio direito adaptado às novas condições sociais.

É que os velhos princípios têm de ceder o passo às reivindicações que vão surgindo, exigindo profundas alterações.

Basta observar de relance alguns importantes movimentos de outras eras.

Roma, ao tempo da invasão dos bárbaros, não caiu em definitivo, porque, se o Império ruíu, desmantelando-se aquêlê poderoso Estado, dono até então do mundo, o direito romano, passados os tempos de confusão, revigorou-se, continuou o seu primado, vindo a constituir a fonte das legislações ocidentais.

A Revolução Francêsa, que marca o início da época contemporânea, representou também para o seu tempo um fecundo movimento de renovação das velhas instituições, elevando o homem da condição inferior em que o mantinha ainda o feudalismo a uma nova categoria social, reconhecendo-lhe direitos invioláveis, anteriores ao Estado, e proporcionando-lhe, no mesmo passo, novos ideais de progresso e civilização.

Modificou-se, então, o panorama do mundo.

A transformação dos institutos jurídicos operou-se como um fenômeno fatal.

A suprema aspiração, com a queda das classes dominantes, que não queriam reconhecer os direitos do povo, foi a libertação e a dignificação do homem, a igualdade e a fraternidade.

A todos pareceu, então, que a legítima e definitiva conquista da civilização era o individualismo filosófico, sistema de vida que possibilitaria a realização da liberdade na ordem civil e política, considerando a sociedade como um conjunto de seres livres, dotados de capacidade, discernimento e vontade, com direitos anteriores ao Estado, inseparáveis de sua personalidade.

Nesse regime de liberdade puderam os indivíduos cuidar, com autonomia, de seus interesses e negócios, amparados pelo direito.

O Estado não constituía senão um organismo superior, necessário para a manutenção da ordem jurídica, facilitando a todos a conquista e o uso das riquezas.

A ordem jurídica assentou-se nesses postulados.

Com o predomínio do individualismo jurídico, cresceram e frutificaram as instituições.

Os filósofos viam, então, nesse sistema a única realidade.

O direito — segundo o entendimento geral — tinha por fundamento a liberdade individual.

O indivíduo era o fim da sociedade. O bem individual era a única determinante da vida social.

O indivíduo, em suma, era encarado como um ser abstrato.

Daí, a prevalência do princípio da autonomia da vontade individual com o lógico consectário do respeito a essa mesma liberdade.

A consequência dessa orientação, no entanto, só podia levar à absorção do fraco pelo forte e ao aniquilamento

da própria liberdade individual, que acabou sendo destruída pelos fatos.

Os tempos, porém, mudaram.

Estamos no limiar de uma nova era.

Pertence já a um passado remoto a época do romantismo político e do liberalismo econômico.

O cenário, que hoje contemplamos, é bem diverso daquele que parecia definitivo no século 19.

Com a concepção social, que se vai impondo de modo irreduzível, o individualismo, pode-se dizer, vê encerrado o seu ciclo histórico.

Vai por toda a parte uma febre de reformas, uma série de realizações em todos os campos da atividade humana, em todas as esferas da vida.

O direito, de individualista que era, torna-se direito de cooperação, direito de interdependência entre o indivíduo e a sociedade.

Já a seu tempo, dizia RUI BARBOSA (A questão social e política no Brasil) que “a concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acastelado cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente organizada, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana.”

“Direito humanitário — acentuava também EDMOND PICARD — como tem sido denominado, colimando a harmonia dos elementos componentes da sociedade, visando uma justiça que abrace a sociedade inteira, não dê vantagens apenas a uns, mas a todos, e sobretudo aos mais fracos,

aos necessitados de amparo, não esquecendo ninguém, penetrando o organismo social como um fluido benéfico.”

Ordem jurídica nova, em suma.

Qual, porém, o sentido dessa evolução jurídica?

Se o direito é o produto de determinada cultura, acompanhará fatalmente o estilo da vida moderna.

O século 19 foi o grande século, quando a humanidade progrediu assombrosamente, realizando grandes coisas no domínio do pensamento e da ação.

O século 20, porém, nasceu no sangue e as duas grandes guerras que surgiram com pequeno intervalo destruíram principalmente a fé nos princípios que até então vigoravam sem discussão.

Quem ousará profetizar o que vai acontecer?

Quem tentará penetrar nas regiões ignotas do futuro?

Interrogações que dominam qualquer pessoa, interrogações que cada um de nós a si próprio se formula, com a alma apreensiva.

Que importa a grandiosidade das obras materiais, dêsses inventos geniais, dêsses esforços incríveis no campo da matéria?

Sente-se que há uma crise geral e, por isso, não é de espantar se chegue a falar em crise do direito, em decadência do direito e até mesmo em negação do direito.

As principais causas da atual crise do direito, observa GEORGES RIPPERT (o declínio do direito), devem ser procuradas na intervenção cada vez maior do Estado na ordem privada, na tendência que se vai generalizando em transformar boa parte do direito privado em direito público, no enfraquecimento dos direitos individuais.

E, acrescenta o mestre francês, em consequência de tudo isso, surge o clima de insegurança jurídica e o espírito de desobediência.

É fatal, então, êsse ceticismo jurídico, com filósofos a descrerem do direito natural e juristas, seguidores do marxismo, a sustentarem que o direito e o Estado nada mais



são do que o reflexo ou a projeção dos fatos econômicos, elementos da superestrutura debaixo da qual se esconde a realidade econômica; a negarem a existência de direitos individuais anteriores ao Estado, afirmando que o direito do Estado é sempre superior a qualquer direito individual.

Tudo isso é deveras alarmante, porque assim periclita a sorte do direito.

Estejamos certos, porém, de que, na realidade, o direito ainda permanece como a principal fôrça social.

Como concebermos uma sociedade sem normas de procedimento, ditadas pelo Estado?

O direito há de ser sempre a fôrça garantidora da estabilidade social. *Ubi societas, ibi jus.*

Em sua essência, o direito deve ser considerado como algo superior às contingências do tempo, independente de época ou de ordem social determinada.

Incontestável é a tendência atual da doutrina e da legislação para a democratização do direito, fazendo com que êle possa corresponder ao anseios dos novos tempos, moderando os poderosos, refreando-lhes os abusos, amparando os desprotegidos e humildes, evitando as desigualdades sociais, que acarretam as revoltas e trazem o clima propício para as reivindicações pela fôrça.

Meio de defesa contra o excesso do capitalismo, preocupação com a justiça social, valorização cada vez maior do trabalho e respeito pela personalidade humana — eis os marcantes aspectos da evolução jurídica atual.

\* \* \*

No campo do direito privado — focalizaremos, rapidamente, apenas alguns de seus institutos — vemos quanto têm feito ultimamente os juristas, empenhados em amoldar os princípios de fundo social do direito às realidades da vida.

Ao princípio de liberdade, que é fundamento dos direitos subjetivos, conjugam o princípio de solidariedade, e, assim, orientadas pelo clarão da moral, têm surgido algumas concepções humanitárias, assegurando aos homens os bens da vida e obstando quanto possível ao surto e vitória dos instintos brutais e egoísticos.

Nas relações contratuais, a autonomia da vontade não é mais o tabu dos velhos tempos e, conseqüentemente, a obrigação de cumprir os ajustes condiciona-se, antes de tudo, aos seus reflexos na consciência coletiva.

É a chamada teoria da imprevisão, conquista do direito moderno, segundo a qual a intangibilidade dos contratos, antes considerados como lei entre as partes, não é mais um princípio rígido, pois, pela aplicação da regra *rebus sic stantibus*, que se vai insinuando na legislação e na jurisprudência, torna-se possível a atenuação e mesmo o rompimento das convenções, quando seja certo que na sua execução, dada a radical e inesperada mutação das condições de fato, um dos contraentes pode arrastar o outro à ruína e ao desespero.

Se acontecimentos excepcionais e imprevidos ao tempo da conclusão dos contratos opõem-se a que as partes possam cumprí-los, dado o seu prejuízo infalível, é de admitir-se que a justiça, considerando com equanimidade a situação dos contratantes, modifique o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo ou reduzindo-lhe a importância.

Quanto à responsabilidade extra-contratual, a tendência moderna é para substituir o critério subjetivo pelo objetivo, dada a ineficácia do primeiro, gerador em muitos casos de profundas injustiças. Deixou de fundar-se sempre na culpa e vai cedendo o passo à teoria do risco.

E aí estão, também, as vitoriosas doutrinas do abuso do direito e do enriquecimento ilícito, tocadas de luminoso sentido de humanidade, constituindo-se em poderosos meios de democratização do direito.

No campo do direito das coisas, a propriedade, cuja garantia está expressamente estabelecida na Constituição, sujeita-se, ainda assim, segundo o próprio texto legal, a muitas restrições, condicionada como se acha ao bem estar coletivo.

Quão longe estamos hoje do conceito de domínio, herdado do direito romano e do antigo direito português!

A sua feição de direito absoluto, opõe-se a teoria da propriedade como função social.

A propriedade, segundo LÉON DUGUIT, não é mais o direito subjetivo do proprietário, e sim a função social do detentor da riqueza.

Leis existem restringindo o domínio absoluto, bastando lembrar as relativas às quedas d'água, à exploração do subsolo e das florestas, e as respeitantes ao direito de construir e ao direito de arrendar imóveis urbanos.

Não escapou a essa tendência renovadora o próprio direito de família, embora nesse campo as modificações só se possam fazer com prudência e progressivamente.

O fator econômico vai exigindo a emancipação gradual da mulher, havendo juristas que preconizam o estabelecimento de perfeita igualdade entre ela e o homem.

As relações de família são encaradas não sob o prisma de estreito individualismo, mas dentro de um ângulo visual mais humano, inspirado nas tendências sociais modernas.

O pátrio poder sofreu a influência da promulgação do Código de Menores, onde se disciplinam os casos de suspensão e de perda do mesmo poder, com medidas de proteção aos que ainda não completaram 18 anos.

Consagra, ainda, a Constituição um capítulo à família, declarando-a sob a proteção especial do Estado.

Inspirada nos princípios de justiça social, a lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, revogando o dec. lei n. 4737, de 1942, que só permitia o reconhecimento dos filhos adulterinos após o desquite, faculta, de um modo muito mais amplo, êsse reconhecimento a qualquer dos cônjuges após

a dissolução do casamento e concede ao filho ação para que sua filiação seja declarada.

Concretizou essa lei a aspiração de CLOVIS BEVILÁQUA, que proclamava a necessidade de eliminar do nosso direito quaisquer diferenças entre os vários tipos de filiação, reconhecendo-se a todos igualmente o direito de viver.

E que dizer da legislação trabalhista, com seus princípios humanitários, que a Igreja Católica de há muito preconizava, quando não haviam sido ainda objeto de cogitação nas legislações dos povos cultos?

Com efeito, a aura balsâmica de solidariedade humana vem soprando desde a famosa encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, confirmada e desenvolvida pela não menos célebre encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa Pio X.

O direito do trabalho, que ultrapassou o campo do direito civil para constituir um ramo autônomo, é, sem dúvida, uma demonstração eloquente, concreta, objetiva da vitória do espírito social, que domina atualmente todos os ramos do Direito.

Insurgindo-se contra o rigorismo dos preceitos do direito comum, limitando o gozo de certas prerrogativas individuais, as leis trabalhistas revelam a evolução do direito brasileiro nestes últimos tempos. Constitui, sem dúvida, o direito do trabalho o aspecto mais interessante e sugestivo de transformação do direito, pois é aquele em que melhor se percebe a relatividade das regras e instituições jurídicas.

\* \* \*

Aflorados estes problemas jurídicos — com o que visei despertar a vossa atenção e estimular os vossos estudos — podemos concluir, meus caros paraninfados, que não existe absolutamente decadência do direito.

A chamada crise do direito nada mais é do que uma crise de transição, um reajustamento forçado da consciência jurídica das classes que estruturam o mundo hodierno.

Bem sei que a evolução do direito, que se processa de um modo rápido e por vêzes desconcertante, constitui, sob vários aspectos, uma verdadeira incógnita, mas a verdade é que, afastando pessimismos e maus augúrios, devemos nos bater para que a humanidade não se descarte dos princípios eternos do direito e da justiça, embora possam ser traduzidos em fórmula mais adequada e própria a remediar os males que nos afligem.

“Por fôrça das necessidades novas — diz o Professor VICENTE RÁO (*O direito e a vida dos direitos*) — novas regras são necessárias para a solução dos problemas do nosso tempo. Transforma-se, pois, o direito, no sentido de maior extensão de seu poder normativo, mas semelhante extensão não destrói, antes confirma, dia a dia, a generalidade e a universalidade dos princípios gerais”.

Cumpre-nos, assim, ciosos do passado, mas preocupados com o futuro, zelar pelo magnífico corpo de doutrina que nos legaram nossos maiores, afeiçoando-o apenas às necessidades dos tempos atuais.

\* \* \*

Os tempos modernos, por outro lado, estão a exigir a mobilização de todos os homens a fim de empenharem seus melhores esforços contra as fôrças do mal, baseadas no egoísmo e no materialismo.

A civilização, êsse espantoso apogeu da técnica, não é apenas o produto das atividades materiais, por mais florescentes que sejam, mas também da fôrça do espírito, graças à qual foi possível o aperfeiçoamento das ciências e das artes.

Lutemos, pois, pela cultura, porque estaremos lutando pela liberdade e pelo fortalecimento das bases espirituais.

da nação, e, especialmente, da cultura jurídica, que é uma tradição viva e imarcessível da nossa centenária e gloriosa Faculdade.

Apóstolos do direito, solidifiquemos no nosso espírito a confiança no seu primado, na sua supremacia, pois o direito é a força iniludível de todos os destinos humanos. é a condição da vida organizada da sociedade.

Tenhamos fé, pois onde ela não existe tudo se estagua e morre.

Com o perecimento do direito, surgiria a decadência fatal da humanidade.

Deus nos livre de semelhante vaticínio ou de uma tal desesperança! *Sursum corda.*

Lembremos estas palavras de Rui: “O Cristo disse que o homem não vive só de pão. Sim, porque vive de pão e do ideal. O pão é o ventre, centro da vida orgânica. O ideal é o espírito, órgão da vida eterna. Entendei como quizerdes a eternidade e a espiritualidade. Se debaixo de de uma ou de outra forma — que será o ideal mais ou menos celeste, mais ou menos terrestre — não as admitirdes, tereis reduzido os entes racionais à animalidade.”

Meus jovens colegas.

Escolhestes a mais bela e uma das mais nobres e dignificantes das profissões liberais.

O campo em que ides agir é bem vasto, reclamando ingente e penoso esforço e constante dedicação.

Abraçastes um verdadeiro sacerdócio, que não vos há de propiciar, por certo, vida tranqüila.

Os problemas jurídicos, como salientei, nunca foram tão graves e complexos, e tereis, por isso, como juristas, grande responsabilidade.

Qualquer que seja a direção que tomardes na vida prática, no desempenho de atividade que julgardes mais conveniente e conforme aos vossos desejos, seja na elaboração ou na aplicação das leis, seja na administração pública,

ou na política, seja no exercício da advocacia, ou, ainda, no ensino do direito, entregai-vos confiantes à tarefa de cada dia, honrando o título que alcançastes.

Com a vossa inteligência e cultura, ponde sempre na conquista do vosso ideal todo o poder maravilhoso do vosso entusiasmo de moços.

Conscientes da responsabilidade que assumistes, contribuireis, certamente, pela palavra e pela ação, para a vitória dos princípios do direito e da liberdade, fiéis ao lema do vosso quadro de formatura — *Pro Jure Et Libertate Pugnabimus!*

Na guarda e na defesa dos princípios da justiça, no cumprimento sereno e rigoroso dos vossos deveres, haveis de conquistar o mais belo triunfo e o mais consolador dos prêmios.

Só assim estareis honrando a nossa amorável Faculdade, que é a Casa viva, a Casa eterna, guarda vigilante e incorruptível das nossas tradições liberais, que se mantém altaneira através das gerações que por ela têm passado, que desafia os tempos e os homens. Casa, como disse esplêndidamente Rui, “em que debaixo de seus tectos, duas evidências há que nos consolam, nos desmagnam e chegam a desconvencer-nos da morte: a continuidade da tradição e a continuidade da justiça”.

## TRABALHOS DE ALUNOS

### A propriedade na Doutrina de Duguit (\*)

(Exposição e Crítica)

*Moacir Lobo da Costa*

1. A escolha do tema desta dissertação explica-se, facilmente, como desenvolvimento do estudo sistemático da doutrina do mestre de Bordeaux, a que nos dedicamos, desde o 1.º ano do curso, na cadeira de Direito Público e Teoria Geral do Estado.

Na impossibilidade de abordar o assunto palpitante da “crítica do direito subjetivo de DUGUIT”, como fôra proposto pela ilustrada Cátedra, ante a vastidão da matéria e a escassez do tempo, limitamo-nos ao exame da doutrina de DUGUIT sôbre a propriedade, que é uma das questões mais interessantes da sua teoria geral do direito.

#### Exposição

2. Para DUGUIT a expressão “direito de propriedade”, consagrada pela “declaração dos direitos do homem, de 1789” e pelo Código Civil, art. 544, com o significado jurídico do instituto que os romanos denominavam *dominium*, é uma expressão vazia de conteúdo, sem correspondência com a realidade da vida jurídica.

---

(\*) Trabalho apresentado no “Curso de Doutorado”, ao Prof. MIGUEL REALE, no ano letivo de 1952.



A subordinação da utilidade total de um bem a um fim individual, com a garantia de recurso às vias de direito para coibir qualquer atividade perturbadora de terceiros — que a doutrina tradicional conceitua como direito subjetivo de propriedade — traduz-se, em última análise, numa *situação de direito objetivo*.

No caso da propriedade, não há que se cogitar, sequer, de uma situação jurídica subjetiva, pois, não se trata de situação individual, concreta e temporária, cuja extensão seja determinada por ato intelectual do declarante.

Na realidade não se percebe mais que uma situação de fato: a subordinação da utilidade total de uma coisa a um fim determinado.

Enquanto esta subordinação existe realmente, enquanto o administrador dêse fim está, de fato, na possibilidade de usar, gozar e dispor da coisa conforme o seu fim, nenhum direito aparece, por certo.

O proprietário que se serve de sua propriedade, que cultiva seu campo, não exerce um direito.

As cousas se passariam exatamente do mesmo modo se êle não fôsse proprietário.

A questão de direito surge quando, por ato de terceiro, é criado um obstáculo ao uso e gôzo da coisa, e, o administrador do fim a que está ela subordinada, para remover o obstáculo tem de recorrer às vias de direito.

O principio gerador desta via de direito não é, jamais, o pretendido direito subjetivo de propriedade — que não aparece enquanto nenhum embaraço é oposto à subordinação da coisa ao fim legal — mas, a regra de direito objetivo que proíbe a todos de perturbar ou impedir a utilização da coisa conforme à sua finalidade.

Esta via de direito não pode nascer do obstáculo material posto à subordinação; ela não pode encontrar sua origem e sua forma senão na lei que dirige a todos êste imperativo proibitivo: não causar atentado à subordinação de uma coisa a um certo fim.

È por que se tem verificado a existência de uma via de direito destinada a afastar os atos contrários à subordinação legal de um bem, é por se ter pretendido explicá-la pela existência de uma entidade metafísica, que se imaginou dizer que a propriedade é um direito subjetivo.

A propriedade é protegida pelo direito; mas ela não é um direito; ela é uma cousa, uma utilidade, uma riqueza.

O que o proprietário tem é uma cousa, não é um direito.

Ou êle usa e goza da cousa, sem encontrar resistência, e, então, a coação social não intervém; ou êle encontra resistência e, nêsse caso, a coação intervém, a seu pedido, para remover o obstáculo.

A propriedade, porém, é a cousa em si mesma.

Em abono de sua tese, que a propriedade não é um direito subjetivo, mas a subordinação da utilidade total de um bem a determinado fim, segundo o direito objetivo, DUGUIT invoca a opinião de THON, para quem, “a ordem jurídica não se ocupa do *proveito*, nem do *se*, nem do *como* do proveito. Sua função é afastar os empecilhos que as outras pessoas possam levantar, ilicitamente, e desempenha sua missão quando por sua defesa exprime a intangibilidade da personalidade e da cousa de outrém”

Dessa forma, estamos mais perto da realidade vendo na propriedade, não uma situação jurídica subjetiva, mas uma situação de direito objetivo, uma situação legal, isto é, uma situação cuja extensão e objeto são determinados pelo direito objetivo, uma situação de ordem geral e permanente, uma situação que envolve um conjunto de imperativos positivos e negativos para aquêle que detém a cousa a título de proprietário e para todos os outros indivíduos.

Eis, em síntese, tanto quanto possível fiel, o conceito jurídico da propriedade, fundamentado na construção cien-

tífica e positiva do direito objetivo, elaborada por DUGUIT. (1).

3. Partindo do pressuposto doutrinário que a propriedade não é um direito mas a própria coisa, e, assim, o proprietário não é titular de um direito subjetivo de propriedade em relação a terceiros, no que diz respeito à coisa, mas, encontra-se, apenas, n'uma situação de direito objetivo, protegida pela regra social que veda as perturbações de terceiros ao uso e gozo do bem, segundo sua finalidade, DUGUIT, coerentemente com os postulados filosóficos do positivismo de AUGUSTO COMTE, em que assentou os fundamentos de sua doutrina, passou ao desenvolvimento da consequência lógica daquele princípio.

Assim, o proprietário não tem o *direito* subjetivo de usar a coisa segundo o arbítrio exclusivo de sua vontade, mas, o *dever* de empregá-la de acôrdo com a finalidade assinalada pela norma do direito objetivo.

É a passagem do subjetivismo para o objetivismo jurídico; o que, a seu ver, forma a característica essencial da evolução jurídica durante o primeiro quarto do século XX. (2)

E, nessa passagem, a substituição da noção de *direito subjetivo* — como um poder da vontade individual de se impor às outras vontades (a Willenstheorie de Windscheid), entidade puramente metafísica — pela do *dever social*, impôsto pela regra jurídica objetiva que decorre dos laços da solidariedade e da divisão do trabalho, cimentados pelo sentimento coletivo de justiça, que, na sua teoria, constituem a fonte geradora do direito.

O problema é posto nos estritos termos do positivismo de Comte, consoante a frase celebre — “Nul ne possède

---

(1) Traité de Droit Constitutionnel, 3.e ed. 1927, tome I, pgs. 445 a 450.

(2) Traité, I, pg. 24.

plus d'autre droit que celui de faire toujours son devoir” — citada, aliás, por DUGUIT. (3)

Para Augusto Comte, “em todo estado normal da humanidade, todo cidadão, qualquer que seja, constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam, por sua vez, obrigações e pretensões. Êste princípio universal deve certamente estender-se até a propriedade, na qual o positivismo, vê, acima de tudo, uma indispensável *função social* destinada a formar e a administrar os capitais, com os quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte.” (4)

Tomando êsse enunciado de AUGUSTO COMTE como tema da sexta e última das memoráveis conferências que pronunciou em 1911 na Faculdade de Direito de Buenos Aires, reunidas posteriormente em livro sob o título “Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon” (5), Duguit explanou, pormenorizadamente, a sua doutrina sôbre a *função social* da propriedade.

Assim, nas sociedades modernas, em que tem chegado a imperar a consciência clara e profunda da interdependência social, como a liberdade é o dever para o indivíduo de empregar sua atividade física, intelectual e moral no desenvolvimento desta interdependência, assim, também, a propriedade é, para todo possuidor de uma riqueza, o dever, a obrigação de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social.

Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, em razão direta do lugar que nela ocupa.

O possuidor da riqueza, como tal, pode realizar um certo trabalho, no sentido de aumentar a riqueza geral,

---

(3) Manuel de droit constitutionnel, 4.<sup>e</sup> ed. 1923, pg. 13.

(4) A. COMTE, “Système de politique positive”, ed. 1892, t. I, pg. 156.

(5) 1.<sup>e</sup> ed. 1912, 2.<sup>e</sup> ed. 1920, pg. 156 e seguintes.

fazendo valer o capital que possui. Está, pois, obrigado socialmente a realizar esta tarefa, e não será protegido pela coação social, editada pelo direito objetivo, senão quando a realizar e na medida em que a realiza.

“A propriedade não é, pois, o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza”.

Nessas condições, o direito positivo não protege o pretendido direito subjetivo do proprietário; porém, garante a liberdade do possuidor de uma riqueza para cumprir a função social que lhe incumbe pelo fato mesmo dessa posse, e, por isso, é que se pode chegar à conclusão que a tendência contemporânea do direito é para a socialização da propriedade.

A fim de afastar possíveis mal-entendidos, Duguit tem o cuidado de advertir que, nesse estudo, apenas considera aquela propriedade que os economistas denominam propriedade dos objetos de consumo, por apresentar um caráter absolutamente diferente, e, portanto, não seria exato dizer que evolui no sentido da socialização.

Em segundo lugar, com respeito ao emprêgo do vocábulo *socialista*, na frase em que declara estar se elaborando, atualmente, um sistema jurídico fundado sôbre uma concepção essencialmente *socialista* da propriedade, não implica, no seu pensamento, nenhuma adesão a qualquer partido socialista, mas assinala, sòmente, a oposição entre um sistema jurídico fundado sôbre a idéia do direito subjetivo do individuo e o fundado sôbre a idéia de uma regra *social* que se impõe ao individuo. — Socialista no sentido de social.

A palavra é empregada à falta de outra para expressar aquela idéia; afastado, porém, o seu significado político. (6)

---

(6) L. BAGOLINI, — Introdução à trad. italiana do livro de DUGUIT, “Il diritto sociale e la trasformazione dello Stato”, Firenze, 1950, pg. 14.

Finalmente, que a tendência para a socialização da propriedade, no sentido da sua função social, não importa na supressão da propriedade individual.

Não disse, nem escrevi jamais — afirma DUGUIT — que a situação econômica que representa a propriedade individual deva desaparecer; digo somente que a noção jurídica sobre a qual assenta sua proteção está se modificando. Apesar do que, a propriedade individual persiste protegida contra todos os atentados, inclusive contra os que procedem do poder público.

Dest'arte, o conteúdo da propriedade-função se reduz no seguinte: o proprietário tem o dever, e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais, e especialmente das suas próprias, de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Não se olvide, com efeito, que a intensidade da divisão do trabalho social está em razão direta da intensidade da atividade individual. E tem também o dever, e, por conseguinte, o poder de empregar a coisa de sua propriedade na satisfação de necessidades comuns, de uma coletividade nacional ou de grupos secundários.

Antes de tudo, o proprietário tem o dever e o poder de empregar sua riqueza na satisfação de suas necessidades individuais. Bem entendido, porém, que não se trata senão dos atos que correspondem ao exercício da liberdade individual, tal como foi anteriormente definida, ou seja, o livre desenvolvimento da atividade individual no sentido da interdependência social.

Os atos realizados em vista d'êste fim serão protegidos. Aquêles que não tenderem a êste fim, e, por outro lado, não se destinarem a um fim de utilidade coletiva, serão contrários à lei da propriedade e poderão dar lugar a uma repressão ou a uma reparação.

DUGUIT registra a objeção que lhe tem sido formulada por alguns de seus colegas — “compreendemos vossa opi-

nião, admitimos, inclusive, que caminhamos para um sistema de direito em que a propriedade terá por fundamento a obrigação do proprietário de cumprir uma certa função. Porém, ainda não chegamos a êsse ponto e a prova é que nenhuma legislação impõe ao proprietário a obrigação de cultivar seu campo, de conservar sua casa, de fazer valer seus capitais; e, na verdade, essa seria a consequência logicamente necessária da noção da propriedade-função;” (7) — e responde: a objeção não me intranquiliza. Do fato de ainda não existir lei que obrigue diretamente o proprietário a cultivar seu campo, a conservar suas casas em bom estado, a fazer valer seus capitais, não se pode inferir a conclusão de que a noção de função social não tenha já substituído a noção de direito subjetivo, no que se refere à propriedade.

“A lei não interveio, porque a necessidade ainda não se fez sentir.”

Quando, entretanto, se apresentar a ocasião do legislador traçar limites ao uso da propriedade e impor obrigações ao proprietário, para a satisfação do interesse social, ninguém poderá, certamente, discutir a legitimidade dessa intervenção.

É que a propriedade deixou de ser aquêle direito absoluto e intangível do individuo sôbre a coisa possuída, direito subjetivo, metafísico e individualista, para se tornar uma situação jurídica objetiva, da subordinação de um bem a um fim, individual ou coletivo, coercitivamente assegurada pela sociedade, à vista de sua coincidência com o interesse social.

### Crítica

4. A doutrina de DUGURR sôbre a propriedade tem sido objeto das mais vivas críticas da parte de eminentes juristas que se dedicaram ao exame do conceito da “proprieda-

---

(7) Cfrs. G. JÉZE — *in* “Revue du droit public”, 1909, pg. 193.

de-função” em substituição à noção tradicional do “direito de propriedade”.

Em primeiro lugar FRANÇOIS GENY assinala que, na crítica de Duguit à noção de direito subjetivo, não se trata de um dado fundamental da natureza ou da razão, mas de *um jogo de conceitos*, seguido de uma definição terminológica. (8)

E JEAN DABIN, em livro recente (9), onde apresenta a análise mais completa e percusciente da opinião de DUGUIT, observa que, segundo aquela doutrina, mesmo quando surja um benefício, para um indivíduo determinado, da aplicação da regra (e é o caso mais frequente), o direito objetivo não confere, jamais, direito subjetivo: êle se contenta de ser a norma que edita preceitos e proibições, sancionados, em caso de violação, pelas vias do direito abertas às pessoas designadas para êsse efeito. Juridicamente, não haveria direito à vida, ao uso exclusivo dos bens, aos serviços prometidos, direitos protegidos por tantas vias de direito; só seria protegida a *regra objetiva* que interdita a prática de atentados à vida, ao uso dos bens e obriga a prestação dos serviços prometidos.

“Questão de conceitos”, por consequência: a vida do indivíduo, seus bens, seus créditos não serão menos protegidos e de modo tão enérgico quanto na explicação tradicional, e é, seguramente, o essencial.

Resta a ver se a explicação nova é mais representativa da realidade, mais exata e mais simples do que a antiga, ou se a querela de conceitos não mascara, antes, uma querela de palavras. JEAN DABIN declara que, de sua parte, acredita n’uma querela de palavras fundada, além do mais, sôbre um mal-entendido. (10)

---

(8) F. GENY, “Science et technique en droit privé positif”, ed. 1924, tome IV, pg. 186.

(9) J. DABIN, “Le droit subjectif”, Paris, 1952, pg. 19.

(10) J. DABIN, op. cit., pg. 23.



E prossegue: DUGUIT se recusa a admitir o conceito de um *direito* à vida, de um direito ao uso próprio das cousas, de um *direito* à prestação de serviços, etc.; o individuo estaria somente em uma situação que o autoriza a pôr em movimento o mecanismo da coação prevista pela norma em caso de atentado àqueles *interesses*. Não é isso, na realidade, a mesma idéia? Não é reconhecer ao individuo um direito subjetivo a êsses interesses?

DUGUIT nos disse: “A propriedade é protegida pelo direito, mas, ela não é um direito; ela é uma cousa; o que o proprietário tem é uma cousa, não é um direito. A propriedade é a cousa em si mesma.” — Sem dúvida, objetiva-lhe JEAN DABIN, o proprietário tem uma cousa. Mas, desde logo, é *êle* que a possui e não um outro; neste sentido a cousa é *sua*, ela lhe pertence, ela lhe é própria; ela não é de outrém e ela não é comum. Em outras palavras, o proprietário tem a utilização privativa *como oponible* a quem quer que seja; a qualquer um está vedado perturbá-lo no livre uso daquilo que é sua cousa. Eis porque, ao contrário do usurpador que pode ter igualmente a utilização própria de uma cousa, êle é chamado *proprietário*, titular de um direito, respeitável por todos, que se denomina direito de propriedade. E é porque êle tem êsse direito que a lei lhe atribui, em caso de usurpação ou de perturbação, as vias de direito para garanti-lo; estas não são mais que a continuação, a consequência do direito próprio e pessoal, do direito subjetivo reconhecido ao proprietário. Como, então, negar a existência de um direito subjetivo a essas vias de direito nos casos em que o direito objetivo as prevê? (11)

Mas, JEAN DABIN leva mais longe sua análise da doutrina de DUGUIT. Aprofundando a discussão, nō campo da investigação filosófica, êle põe de relêvo o erro inicial da doutrina. Segundo DUGUIT o homem é um ser social; não pode viver senão em sociedade e sempre tem vivido em so-

---

(11) J. DABIN, op. cit., pg. 23.

cidade; o individuo não pode ter direitos senão quando vive em sociedade e porque vive em sociedade; falar de direitos anteriores à sociedade é falar de nada. Robinson em sua ilha não tem direitos. (12)

Ora, adverte DABIN, não confundamos o homem *isolado*, que não existe, e o homem *individual*, que é uma realidade. É o homem individual que é o homem *social*, e êle é individual *antes* de ser social, — como, também, são homens individuais antes de ser sociais, os homens com os quais êle entra em contacto, cada um obedecendo, de seu lado, à tendência *social* de seu ser *individual*.

Ora, à simples observação, o ser humano individual nos aparece dotado de certos *poderes*, pelos quais, precisamente êle existe: vida, faculdades corporais, intellectuais. e, também, de certas *necessidades*, tudo o que é necessário, precisamente, à manutenção e ao desenvolvimento dessa vida e dessas faculdades, compreendendo-se uma certa *utilização privativa* de bens exteriores. O homem individual vive, por consequência, move-se, pensa, age, nutre-se e consome. Tais são as “propriedades” inherentes à natureza humana individual, que é bastante observar, como basta observar a tendência social — ao avizinhamto, à troca, à colaboração, ao agrupamento — do ser humano individual, sem que fôsse preciso recorrer, contrariamente ao engano de DUGUIT, a qualquer argumento de ordem metafísica. (13)

Em consequência, conclui Dabin, na medida onde o direito objetivo jurídico protege — e deve proteger — a utilização livre e plena das cousas materiais, em proveito de um sujeito determinado, êle consagra, sem dúvida, o direito subjetivo de propriedade; mas, na medida onde êle

---

(12) DUGUIT, “Les transformations générales du droit privé”, 2.<sup>e</sup> ed., pg. 32.

“Traité” I, pg. 212.

(13) J. DABIN, op. cit., pgs. 38-39.

limita — e deve limitar — esta plena liberdade de utilização, gravando de encargos ou de desmembramentos a propriedade, ou impedindo-a de se voltar contra outrém ou contra a comunidade, êle atrai o direito subjetivo de propriedade para a linha do “social” Não há nada de contraditório, nem na idéia de uma “socialização (“sensu lato”) do direito subjetivo, nem na de uma autonomia limitada segundo as exigências, além do mais, variadas e moveidas, progressivas, da vida social. Não é esta a solução adequada à natureza real do homem, que é, ao mesmo tempo, *individual e social?* (14)

Entre nós, RUY SODRÉ, fazendo estudo critico do conceito da propriedade-função proposto por DUGUIT, chegou à mesma conclusão de JEAN DABIN: “O conceito de função social, a nosso ver, está sendo difundido e aceito, ampliando-se de uma maneira exagerada e mesmo perigosa, a sua noção. Esse exagero, mormente no tocante à conceituação da propriedade, necessita ser contido.

Deve haver, no conceito exato da propriedade, uma justa e perfeita harmonia entre os dois elementos que a compõem e integram: — o individual e o social.” (15)

Quanto à negação dos direitos subjetivos e sua substituição pelos deveres sociais que decorrem da situação jurídica subjetiva, HAROLD LASKI observou: “La négation des droits subjectifs, par Duguit, est plus terminologique que réelle. J’ai, dit-il, l’obligation de contribuer de toutes mes forces au progrès de la solidarité sociale. Ensuite, il énumère les conditions requises afin d’obtenir la contribution pleine et entière à ce but. Une analyse exacte révèle que la liste qu’il établit est une liste de conditions nommées droits dans les autres systèmes. La seule différence qu’on peut découvrir dans leur caractère est que Duguit les rattache à un but qui réside en dehors de l’individu, tandis que

---

(14) J. DABIN, op. cit., pg. 54.

(15) RUY SODRÉ, “Função Social da Propriedade Privada” tese, S. Paulo, s. d., pg. 75.

«dans le système classique on considère l'individu comme un fin, en conséquence, on établit que les droits coexistent à la personnalité.» (16)

5. A respeito da teoria da propriedade-função, exposta por DUGUIT como sendo um desenvolvimento dos postulados filosóficos do positivismo, GASTON MORIN se encarregou de apontar o engano do mestre: contrariamente ao que parece crer DUGUIT, não é a AUGUSTO COMTE que se deve atribuir a paternidade da idéia da propriedade-função. Encontra-se esta idéia, sob terminologia um pouco diferente, em SÃO TOMAZ DE AQUINO, para quem, os bens apropriados individualmente têm um destino comum, que o homem deve absolutamente respeitar.

A propriedade está então ao serviço do bem comum, da utilidade geral. É bem a idéia da função social que aparece. Somente, esta função social não absorve toda a propriedade, como no sistema de DUGUIT. Para os teólogos, *a propriedade não é uma função social, ela tem uma função social*, mas, também, um fim de utilidade individual para o proprietário, cujo direito subjetivo é mantido, este direito subjetivo que DUGUIT, por seu sistema filosófico, condenou a desaparecer. (17)

Esta é, com efeito, a doutrina da Igreja. (18)

Mas, prossegue GASTON MORIN, se, ao contrário, a gente se liberta de todo "a priori" filosófico para observar o movimento dos fatos, das leis e da jurisprudência, na hora atual, sobre o terreno da propriedade, verifica-se que se a propriedade comporta, cada vez mais, restrições e obriga-

---

(16) H. LASKI, "La conception de l'État de Léon Duguit", in "Archives de Philosophie du droit", nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 127.

(17) G. MORIN, "L'oeuvre de Duguit et le droit privé", in "Archives de Philosophie du droit", nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 158.

(18) Cfrs. a Encíclica "Quadragesimo Anno" de Pio XI; — "A Doutrina Social da Igreja" de G. C. RUTTEN O. P.; o "Código Social" de Malines, arts. 74 a 78, e o opúsculo de RUY SODRÉ "Função Social da Propriedade Privada".

ções no interêsse geral, entretanto, ela confere ainda hoje uma esfera de autonomia a seu titular.

De onde, a noção doutrinária da propriedade, que parece em harmonia com o direito positivo legal e jurisprudencial, é a de um poder que participa, ao mesmo tempo, do direito (liberdade no interêsse de seu titular) e da função (obrigação ao serviço de terceiros). (19)

N'um estudo mais recente Gaston Morin reafirmou, a propósito da doutrina de DURUIT, que, se a propriedade comporta, cada vez mais, restrições e obrigações no interêsse da coletividade, entretanto, ela deixa ainda ao proprietário uma certa autonomia. Ela permanece para êle um direito, isto é uma liberdade.

A teoria de DUGUIT não dá o fundamento jurídico para as prerrogativas conservadas pelo proprietário. (20)

Todavia, quanto ao elemento *função*, que admitira, anteriormente, como integrando o conceito jurídico da propriedade, aquêle jurista modificou seu entendimento, no sentido de excluí-lo do conceito.

Introduzir a idéia de função no conceito de direito subjetivo, escreveu êle, é integrar uma contradição em sua estrutura. Porque o direito é uma liberdade no interêsse de seu titular e a função uma obrigação no serviço de outras pessoas que não o funcionário. A lógica exige a escolha entre o conceito de direito e o de função. É impossível acumular os dois. (21)

Também, para GEORGES RIPERT, aquêles que querem ver na propriedade uma função social não fazem a distinção necessária entre a definição de um direito e a subordinação de um bem. O proprietário pode subordinar seu bem a um certo empreendimento e o legislador tem a vigilância

---

(19) G. MORIN, op. cit., pg. 159.

(20) G. MORIN, "Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété", in "Le droit privé français au milieu du XXe. siècle", études offertes à Georges Ripert, Paris, 1950, tome II, pg. 13.

(21) G. MORIN, op. cit., pg. 14.

das emprêsas no interêsse público. Mas o proprietário de uma casa de campo, de um automovel de luxo, aquêle que guarda valores mobiliários ou ouro em um cofre não desempenha uma função social. E se se pretende forçá-lo, contra a vontade, a desempenhar essa função, destróe-se o seu direito. Vê-se, por aí, que hipocrisia latente encobre a teoria da propriedade função social. (22)

Passou desapercibida a RIPERT a advertência de DUGUIT que a teoria da propriedade-função só vizava à propriedade dos bens capitalistas, isto é, os destinados à reprodução, e não à propriedade dos bens de consumo.

Para JEAN DABIN o direito não se torna função social, no todo ou em parte, pelo fato de ser limitado ou condicionado no interêsse social. Êste temperamento não muda nem a natureza nem a função do direito, que permanece, para o resto, ao serviço de seu titular, exclusivamente. A extensão do direito será menos larga, eis tudo. (23)

### Conclusão

6. Superada a querela terminológica e conceitual a propósito da propriedade como um direito subjetivo ou como uma situação jurídica objetiva e afastado o sectarismo filosófico que a inspirou, é inegável que a doutrina de DUGUIT sôbre a função social da propriedade contém um fundo de verdade, como a história se encarregou de demonstrar.

A socialização da propriedade — no sentido proposto por DUGUIT — é hoje um fato inelutável. Apenas, como distinguem os escolásticos, a propriedade *não é* uma função social mas *tem* uma função social.

---

(22) G. RIPERT, "Le déclin du droit", Paris, 949, pgs. 196-7.

(23) J. DABIN, *op. cit.*, pg. 220.

Já HAURIU observara que, no mais individualista dos direitos individuais, no direito de propriedade, o elemento função está oculto. (24)

O erro de DUGUIT foi de pretender abolir a noção de direito de propriedade.

A propriedade, por certo, é a coisa possuída, mas o proprietário que a possui tem o direito, oponível a todos, de possuí-la com exclusividade.

A função social da propriedade não exclui o direito do proprietário, apenas limita o emprêgo da propriedade, tendo em vista o interêsse geral.

São de ACHILLE MESTRE as seguintes observações: “il est en effet constant que la conception de la propriété est en voie de modification, que l'idée de fonction sociale y a pénétré comme dans tous les droits, mais elle n'a point cessé pour cela d'être un droit”. (25)

“La fonction sociale, l'utilité sociale de la propriété privée, sont aujourd'hui reconnues par tous et à cet égard, la pensée de Duguit est certainement dans le sens des tendances juridiques et économiques contemporaines. Mais, l'exagération de ses formules nous semble manifeste. De ce que la propriété *comporte* à la charge de son titulaire certains devoirs, il n'en résulte pas qu'elle est une obligation”. (26)

DUGUIT afirmou, nas suas conferências de Buenos Aires, que a propriedade já não é, no direito moderno, aquêle direito intangível, absoluto, que o homem que possui a riqueza tem sôbre ela. O proprietário, isto é, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir esta riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumpre essa missão seus atos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre, ou

---

(24) M. HAURIU, “Principes de droit public”, 1910, pg. 38.

(25) A. MESTRE, “Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit”, in “Archives de philosophie du droit”, nrs. 1 e 2, 1932, pg. 165.

(26) A. MESTRE, op. cit., pg. 166.

a cumpre mal, se, por exemplo não cultiva sua terra ou deixa arruinar-se sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprêgo das riquezas que possui conforme a seu destino. (27)

E, respondendo aos que lhe objetavam não haver preceito legal algum impondo o cumprimento dessa função social ao proprietário, ponderou que a intervenção da lei só se verificaria quando as necessidades sociais se fizessem sentir. (28)

A êsse respeito DUGUIT não se equivocou e sua afirmativa foi como uma profecia.

Por tôda a parte, na França inclusive, a intervenção legislativa no outr'ora "sagrado" direito de propriedade, com o objetivo de ajustá-lo às necessidades sociais, é acontecimento corriqueiro que não causa mais espécie aos juristas.

Ao contrário, com raras exceções — entre êstes Ripert, que vê no acolhimento, pelos juristas, dessa intervenção legislativa, um sinal do declínio do direito (29) e G. MORIN que a interpreta como o declínio da ordem jurídica latina (30) — o certo é que a muitos dêles, êsse fato revela, apenas, uma fase de transformação por que está passando o direito privado com seus vários institutos, entre os quais o da propriedade.

Assim, RENÉ SAVATIER, em dois livros notáveis, cujos títulos traduzem, com fidelidade, o espírito e o sentido das modificações introduzidas no direito civil — "Du Droit Civil au Droit Public" (31) e "Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui" (32) — exa-

---

(27) DUGUIT, "Les transformations", pg. 35; *Traité*, III, 618.

(28) DUGUIT, *op. cit.*, pg. 180; *Traité*, III, 620.

(29) G. RIPERT — "Le déclin du droit", pg. 222.

(30) G. MORIN, *op. cit.*, pg. 16.

(31) 2.<sup>e</sup> ed. Paris, 1950.

(32) 2.<sup>e</sup> ed. Paris, 1952.



minando a posição atual do proprietário de bens, em face da legislação, escreveu: “Le propriétaire n’est plus l’homme ayant des droits absolus sur son bien, maître de le détruire et de le laisser inactif. Il y a aujourd’hui, dans la plupart des pays, et notamment en France, une série de lois qui obligent le propriétaire à consacrer sa propriété à l’intérêt générale; qui lui interdisent de la détruire, dans certains cas; ou même de la modifier; qui lui défendent, souvent, de la vendre et d’en disposer librement; qui l’obligent à la rendre utile, qui le rendent responsable des dommages causés par ses biens. Le propriétaire apparaît ainsi, même en tant qu’individu et à l’intérieur du droit civil, comme chargé d’un service public” (33)

E, noutro passo: “même dans le champ qui lui reste, la propriété individuelle a singulièrement changé de nature. Au lieu d’être égoïste, comme elle le fut dans sa jeunesse — la jeunesse est volontiers l’âge de l’égoïsme, car l’homme y’a pour rôle son développement individuel en vue des tâches sociales qu’il remplira plus tard — la propriété individuelle doit elle-même se mettre au service public. Et il y a sur ce point tout une législation”. (34)

Quanto à modificação do caráter da propriedade, são incisivas estas suas considerações: “Cette mystique du “caractère inviolable et sacré de la propriété” ne correspond plus aux faits. D’une part, dans notre société le propriétaire, loin d’être un maître souverain de son bien apparaît comme chargé d’un service social, dont ce bien devient l’instrument. D’autre part, l’humainisé a pris conscience de ce que la propriété, qui est seulement matière, ne fructifié que par le travail de l’homme; la main-d’oeuvre humaine re-

---

(33) R. SAVATIER, “Du Droit civil au droit public”, 2.<sup>a</sup> ed., pg. 13.

(34) R. SAVATIER, op. cit., pg. 50.

vendique donc sa revanche contre la sujétion que lui avait imposée la mystique de la propriété”. (35)

Outro eminente jurista, MARCEL WALINE, estudando o problema do individualismo em face das tendências do direito moderno, (36) ao tratar da propriedade, no capítulo sob o sugestivo título “Le recul actuel de la conception individualiste de la propriété”, depois de assinalar que “Il serait trop long et fastidieux d’étudier toutes les restrictions que les lois récentes ont apportées à l’exercice du droit de propriété, ou de toutes celles que l’administration peut, d’après la jurisprudence, y apporter”, arremata: “on pourrait multiplier ces exemples, qui montrent combien la liberté du propriétaire subit aujourd’hui de restrictions, combien on est loin de la propriété absolue dont parlait l’article 544”. (37)

E mais adiante, examinando a “Evolução de la propriété vers la notions de capital”, encerra o capítulo com esta frase: “En tout cas, on est loin de l’idée de la souveraineté du propriétaire sur son bien, qui régnait à l’époque du Code; il y a en là recul très marqués de l’individualisme”. (38)

Se é verdade que o tempo se encarregou de confirmar os prognósticos de DUGUIT, do que dão testemunho as observações supra-transcritas de dois acatados mestres de direito, menos verdade não é, também, que só os confirmou em parte.

O direito de propriedade persiste como um direito subjetivo do titular. As restrições impostas pela legislação, em vista das necessidades sociais, não foram ao ponto de suprimi-lo.

---

(35) R. SAVATIER, “Les métamorphoses du droit civil”, 2.<sup>e</sup> ed., pg. 204.

(36) M. WALINE, “L’individualisme et le droit”, 2.<sup>e</sup> ed., Paris, 1949.

(37) M. WALINE, *op. cit.*, pg. 346.

(38) M. WALINE, *op. cit.*, pg. 348.

Como observa ACHILLE MESTRE “Au contraire, en l'état actuel de notre droit privé, il y a dans le droit de propriété un residu individuel inéluctable qui laisse une place considérable à la satisfaction des intérêts purement privés de son titulaire”. (39)

Para remate deste despretençioso estudo lembraremos a linha evolutiva do direito de propriedade no Brasil, orientando-se no sentido da “socialização” de DUGUIT, ou seja da predominância do social sobre o individual.

A Constituição de 1891, promulgada no fastígio do liberalismo individualista, declarava no art. 72, § 17 —“O direito de propriedade mantém-se *em toda a sua plenitude*, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

E o Código Civil, fiel a esse princípio, estabeleceu no art. 524, que a “lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispôr de seus bens”.

A guerra de 18 e a revolução de 30, com tôdas as suas consequências, contribuíram, decisivamente, para colocar o problema do “social” no campo das relações jurídicas, até então dominado, exclusivamente, pela idéia dos direitos individuais.

O “projeto” enviado pelo Govêrno provisório à Assembléia Nacional Constituinte, em novembro de 1933, chamado “projeto Itamaraty”, inspirou-se, francamente, na doutrina de DUGUIT e propôs: art. 114, “É garantido o direito de propriedade, com o conteúdo e os limites que a lei determinar; “ § 1º “A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo.”

A Constituição de 1934, porém, não aceitou o radicalismo do “projeto”; ficou a meio do caminho, com esta declaração: art. 113, nº 17, “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.”

---

(39) A. MESTRE, op. cit., pg. 168.

Estava, entretanto, reconhecida e facultada a intervenção do legislador nos “domínios” do proprietário para assegurar o bem estar social.

A Constituição de 1946 colocou o problema, a nosso ver, nos seus exatos e precisos termos, em face da doutrina dominante sôbre a propriedade.

Assim, no art. 141, § 16 dispôs: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por *interêsse social*, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.”

O direito de propriedade é mantido, mas o *interêsse social* é admitido como justa causa para determinar a desapropriação, ou seja, que o direito do indivíduo sôbre a coisa deverá ceder ante o interêsse da sociedade. (40).

E, no artigo 147, reconhecendo, implicitamente, que a propriedade tem uma função social, prescreveu: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.”

É uma das mais importantes restrições opostas ao direito consagrado no art. 524 do Código Civil. O direito de propriedade existe, apenas, sem o caráter de direito individual, absoluto e intangível, especialmente quanto ao uso que o proprietário possa fazer da coisa própria. (41)

Como disse PEDRO CALMON, “o instituto da propriedade mudou de rótulo. Deixou de ser uma regalia do homem solitário para ser uma utilidade conjugada do dono da coisa e da coletividade que não pode êle prejudicar”. (42)

---

(40) Cfrs. CARLOS MEDEIROS SILVA — “A desapropriação por interêsse social”, in Rev. Forense, 144/7 a 15.

(41) Cfrs. WALDEMAR FERREIRA, “O conteúdo econômico da Constituição de 1946”, in Rev. Forense, 122/17.

THEMISTOCLES B. CAVALCANTI, “A ordem econômica nas Constituições”, in Rev. Forense, 122/342.

(42) PEDRO CALMON, “Curso de direito constitucional brasileiro”, 2.<sup>a</sup> ed. Rio, 1951, pg. 294.

THEMISTOCLES CAVALCANTI, discípulo de DUGUIT, e um dos colaboradores do chamado “projeto Itamaraty”, interpreta a declaração do art. 147 da Constituição vigente, como o reconhecimento de que “é a propriedade uma função social, bem coletivo sob a apropriação individual.” (43)

É flagrante o exagero do intérprete, sob a inspiração sectária da doutrina.

Atribuir uma função social à propriedade não importa em transformá-la ou confundi-la com essa função.

Pensamos que a verdade ainda se encontra na doutrina da Igreja — “Não é das leis humanas, mas da natureza, que dimana o direito da propriedade individual; a autoridade pública não a pode portanto abolir: o mais que pode é moderar-lhe o uso e harmonizá-lo com o bem comum.” (44)

E foi o que fez a Constituição de 1946.

---

(43) THEMISTOCLES B. CAVALCANTI, “A Const. Federal Comentada”, 2.<sup>a</sup> ed. Rio, 1952, vol. III, pg. 307.

(44) LEÃO XIII, “Rerum Novarum”.  
Pro XI, — “Quadragesimo Anno”.

# A organização da Justiça, o Processo Penal e o Direito Penal no Brasil Holandês (\*)

*Ruy Rebello Pinho*

## 1 — Breve notícia histórica

Em 13 de junho de 1630, uma esquadra holandesa da Companhia das Índias Ocidentais surgiu diante de Olinda. No dia seguinte, tiveram início os combates entre flamengos e portugueses pela posse de Pernambuco.

Estes combates praticamente duraram até 1654, quando os holandeses assinaram a capitulação da Campina da Taborda, pois durante os vinte e quatro anos vividos em Pernambuco e nas capitanias vizinhas, os invasores, em nenhum momento sequer, puderam se sentir como verdadeiros senhores das terras conquistadas.

A despeito disto, houve um tempo de maior socêgo, um período de aparente consolidação da vitória dos flamengos. Dir-se-ia criada, na América, a Nova Holanda. Foi quando estêve à frente do govêrno de Pernambuco o conde João Maurício de Nassau-Siegen, que chegou a Recife em 23 de janeiro de 1637 e deixou o Brasil em 11 de maio de 1644.

A história da permanência dos holandeses no norte do país pode mesmo ser dividida em três período: o anterior a Nassau, o de seu govêrno, e o posterior a seu regresso para Europa.

---

(\*) Trabalho apresentado ao Professor WALDEMAR FERREIRA, no Curso de Doutorado, no ano letivo de 1953.

A Companhia das Índias Ocidentais — que pretendeu assenhorear-se das colônias portuguesas e espanholas na América — era uma *companhia de mercadores, endereçados todos a um negócio mercantil*, segundo diz FREI MANUEL CALADO (1), não desmentido por BARLEU (2), nem por WATJEN. (3).

Só o desejo de auferir grandes lucros impeliu os holandeses a empreenderem a conquista de Pernambuco. Felipe II lhes fechara os portos de Portugal e Espanha e eles resolveram buscar diretamente nas longínquas terras da Índia as mercadorias para seu comércio.

Assim, quando aqui aportaram desejavam enriquecer e nada mais. Dêste modo, os anos anteriores à vinda de Nassau foram anos, acima de tudo, de rapina. Inexiste um trabalho construtivo em prol da estruturação dum novo país. Tudo é precário. A ordem, a justiça. Constante, só o desejo de enriquecer. Mas os portugueses não estavam dispostos a permitirem fôsse a terra em que viviam, com seus costumes, suas igrejas, seus sacerdotes, transformada, de um momento para outro, em mero celeiro de negociantes insaciáveis. E ofereceram tenaz resistência ao invasor. Ceço, a Companhia das Índias compreendeu a necessidade de administrar a “sua fazenda” como se fôsse um Estado e de substituir os mercadores do Conselho Político de Recife por um estadista.

Daí os XIX da Companhia haverem resolvido entregar o govêrno de Pernambuco ao Conde de Nassau. Que êle amava a riqueza e não desprezava os lucros, parece certo,

---

(1) FREI MANUEL CALADO, *O Valeroso Lucideno*.

(2) GASPAR BARLEU, *História dos Feitos recentemente praticados durante oito anos no Brasil e noutras partes sob o govêrno do illustríssimo João Maurício, Conde de Nassau etc. ora governador de Wessel, Tenente General de Cavalaria das Províncias Unidas sob o Príncipe de Orange*.

(3) HERMANN WATJEN, *O Domínio Colonial Holandês no Brasil*.

segundo conta e sugere FREI MANUEL CALADO (4). Mas êle não era apenas o mercador: provam-no bem os seus atos. A cidade Maurícia, a chamada Assembléia Legislativa de 1640, a tolerância religiosa característica de sua personalidade, são alguns dos vários sinais reveladores do talento e de um governante. Espicaçado pelo inimigo heróico e valoroso, lidando com uma população heterogênea de homens separados por muralhas religiosas e por preconceitos de raça, João Maurício merece, sem dúvida, muitos dos elogios a êle feitos.

Mas o Príncipe *representava aos XIX da Companhia, que eram uns mercadores*, como diz FREI MANUEL CALADO (5), e não se interessavam pelo progresso da colônia, só por lucros rápidos. Desejavam apenas colhêr, colhêr ainda sem plantar. Por isto, foi Nassau mandado de volta à Holanda. E, em seu lugar, remetidos ao Brasil, outros negociantes aqui vieram. A fúria usurária com que se atiravam aos bens dos habiantes da Nova Holanda levou às hostes libertadoras muitos dos antigos colaboradores do governo holandês. O que poderia ter sido um Estado voltou à condição de fazenda. Todo o trabalho do Conde pareceu. Os escabinos deixaram de se reunir. A tolerância cedeu lugar à perseguição religiosa. Marranos foram apedrejados, católicos proibidos de celebrar o Santo Sacrifício da Missa, ou de se confessarem antes da morte. E até a cidade Maurícia entregue à destruição das chamas.

Êstes três momentos da história holandesa em Pernambuco e capitánias vizinhas se refletem também na história do direito daquela época.

Antes de Nassau, tudo é incerto. As vicissitudes da conquista da terra e a inaptidão dos governantes dificultam qualquer organização judiciária. Os chefes dos con-

---

(4) O. b. cit.

(5) O. b. cit.



quistadores reúnem em si todos os poderes: administram, legislam e julgam. Muitas vèzes o direito, se a isto podemos chamar *direito*, nasce brutalmente na ponta da espada e se nutre do desejo de rapina. É um momento de lutas cruéis. Portuguezes e holandeses negam a cada instante os sentimentos cristãos de que tanto se vangloriam.

Quando Maurício de Nassau chega, a situação melhora. Suas vitórias nas armas afastam de Recife o inimigo. Seu espirito de organização começa a impor a ordem necessária ao convívio social. Ele procura organizar a justiça preocupa-se em saber qual o direito a aplicar no território conquistado, pede à metrópole homens entendidos em leis para substituir inexperientes e ambiciosos mercadores aos quais havia sido entregue a missão de julgar. Organiza o primeiro parlamento das Américas. Procura prender à terra os portuguezes; muitos, mesmo, sentem-se felizes sob a dominação do Príncipe. Nesta época é possível encontrar elementos para uma história da organização judiciária e do direito.

Depois de Nassau, há um retrocesso. Condições históricas favorecem o fortalecimento da resistência, que sempre existiu ao invasor. A *causa da liberdade* ganha novos adeptos. E a este poder em crescimento se contrapõe outro enfraquecido. Tudo começa a desmoronar. Os escabinos perdem a importância. Os intolerantes pastores calvinistas fogem como ratos de um navio prestes a afundar, no dizer de WATJEN (6). Mas isto não melhora a situação, pois muitos judeus já se haviam retirado para a Holanda e os católicos ansiavam pela expulsão do invasor hereje. O direito que começara a ser escrito fica inacabado, como uma frase deixada pelo meio. Reina o caos no reduto dos batavos.

---

(6) O. b. cit.

## 2 — Organização judiciária

*Antes de Nassau* — De 1630 a 1637, a direção dos negócios da Nova Holanda estêve entregue ao *Conselho Político*, formado, a princípio, por três funcionários da W.I.C., vindos na esquadra conquistadora de Hendrick Corneliszoon Loncq: Johan de Bruyne, Philips Serooskerken e Horatio Calendrini.

Ao Conselho pertencia também o coronel Waerdenburch, chefe militar das tropas holandesas.

Johan de Bruyne, Philips Serooskerken e Horatio Calendrini tinham o título de *conselheiros políticos*; e Waerdenburch, o de *governador*. Isto não dava ao chefe militar uma ascendência sôbre os companheiros. Sômente em questôes de guerra tinha êle autonomia; no mais, possuia, como os outros, apenas um voto e, ao contrário dos conselheiros políticos, não podia exercer a presidência do Conselho.

Segundo WATJEN, os XIX da Companhia das Índias deviam ter dado aos conselheiros instruções mais ou menos dêste teor: “mantende a ordem no território recém-conquistado, interessai-vos pela estrita observância dos mandamentos da Companhia, institui um tribunal de justiça, castigae todas as transgressões das nossas ordens, cuidai do sustento das tropas e entrai em preparativos imediatos para a remessa regular de assucar e madeiras de tinturaria.” (7).

Eram, assim, na colônia, os membros do Conselho Político: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Sua preocupação máxima tinha de ser a solidificação da conquista. Mal tinham tempo para cuidar de outras coisas. Sôbre seus ombros caiam tarefas pesadíssimas. Eram poucos para tão difíceis e numerosas funções.

---

(7) O. b. cit.

Daí haverem juntado a si, durante o correr do mesmo ano de 1630, mais dois companheiros: Johanenes van Walbeecke e Servatius Carpentier.

Mesmo assim o Conselho não deu conta de suas funções. Chefes civis e chefes militares se desentendiam. Uns atiravam sôbre os outros a culpa da situação má em que se encontravam. E os negócios não ofereciam à Companhia os pingues lucros desejados. Daí haver ela resolvido mandar ao Brasil dois de seus diretores: Mathias van Ceulen, de Amsterdão, e João Gijsselingh, de Middelburg, aqui aportados em 1633.

A chegada dêstes novos conselheiros, homens hábeis e experimentados, fortaleceu o poder civil, deixado de lado praticamente pelos chefes militares. Além disto, circunstâncias várias, como a traição de Calabar, concorreram para que os holandeses firmassem o seu poderio nas Capitânicas de Pernambuco, Itamarati, Paraíba e Rio Grande.

A situação melhora. Ceulen e Gijsselingh resolvem, então, regressar à Holanda, após dois anos de permanência no Brasil.

Após seu embarque, voltam as coisas a ser como tinham sido antes. Waerdenburch regressara à Europa em 1633, mas os chefes militares sêus substitutos eram tão hostis, quanto êle, à ingerência dos civis nas decisões de guerra. Tal ingerência, no entretanto, estava nos planos da Companhia, receosa de possibilitar aos comandantes de tropas, a oportunidade de se transformarem em senhores da terra, bem como interessada em que, em cada decisão, houvesse alguém capaz de pesar as vantagens econômicas da mesma.

Depois da partida de Ceulen e Gijsselingh diz WATJEN — “os cinco membros do Conselho Político restantes ficaram às tontas. Negócios que só poderiam ser resolvidos com acerto por homens dotados de comprovado tino de organização, foram deixados à mercê de cinco Conselheiros, inexpertos, pouco zelosos, e que punham o proveito próprio acima dos interesses da Companhia. A um dos

mesmos cabia o encargo de acompanhar o Comandante das tropas em suas expedições de guerra e assistir aos assédios, para que Schkopp e Artichofsky nenhuma ação de importância tentassem sem consulta prévia ao Conselho Político. O segundo membro do Conselho cuidava, no Sul de Pernambuco, do armasenamento e transporte do assucar aprezado, bem como do abastecimento das forças em operações nessa região. Os outros três se repartiam na Administração das quatro Capitánias conquistadas. Todos os cinco Conselheiros se achavam tão sobrecarregados de trabalho, que, mesmo por força do afastamento em que viviam, só em ocasiões de excepcional importância, se podiam reunir em sessão em Recife”. (8). Foram logo deixados de lado, pelos chefes militares. E, como eram poucos e incompetentes permitiram que a situação da colônia por si só clamasse pela substituição do sistema administrativo adotado.

WATJEN afirma que é difícil escrever a história da administração da Nova Holanda durante este período, “pois faltam muitas peças construtivas para os anos de 1630 a 1636” (9). Já JOSÉ ANTONIO GONÇALVES DE MELLO NETO pensa de modo diferente: “a coleção *Dagelijksche Notulen* constitui um repositório de dados a que poucas épocas da vida colonial brasileira podem se equiparar em riqueza de documentação. Se se disser que aí estão referidos, dia por dia, tôdas as questões levadas à decisão do Conselho Político, a princípio (1630-1636), do Alto e Secreto Conselho (1637-1646) e do Governo Supremo (1647-1654) compreender-se-á a importância dessa coleção de Mss. Todos os problemas administrativos, políticos, sociais, econômicos, urbanos, que eram trazidos à presença do Conselho — que dirigia todo o Brasil holandês — aí estão referidos e pode-se ler a deliberação tomada sobre cada um deles”. (10).

---

(8) O. b. cit., p. 297.

(9) O. b. cit., p. 292.

(10) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, *Tempo dos Flamengos*, p. 22.

Infelizmente, os dados relativos ao direito por ventura existentes em tão importantes documentos não nos chegaram ao conhecimento.

Sabemos que “a administração da justiça achava-se entregue precipuamente ao bom arbitrio do Governador e do Conselho. A êles competia lançar os alicerces para a ereção em Pernambuco, dos institutos da administração e justiça tendentes ao fortalecimento do domínio holandez (11). Sabemos que existiam também “magistrados inferiores com jurisdição no civil e no crime” (12). Ignoramos, porém, como agiram êstes magistrados. “bem como os primeiros conselheiros se desempenharam dêsse dever e quantas vêzes assumiram as funções de juiz em matéria civil e criminal”. (13).

*Durante o govêrno de Nassau* — Já a situação muda quanto ao período do govêrno de Nassau.

Podemos ter uma idéia quase perfeita da organização judiciária estabelecida naquela época e, às vêzes, chegamos mesmo a conhecer os prédios em que se reuniam os magistrados para decidir as questões levadas a seu conhecimento.

*O governador* — O Poder mais alto da Nova Holanda se concentrava na pessoa do “Gouverneur — Capiteyen — ende Amiral — Generall” (Governador — Capitão e Almirante Geral). Representava a W. I. C. e chefiava o Alto Govêrno “sôbre as terras conquistadas e por conquistar no Brasil norte” (14). Trazia amplos poderes.

Era, ao mesmo tempo, chefe religioso, civil e militar. Tinha o direito de perdoar os criminosos ou de comutar-lhes as penas, e desta faculdade Nassau usou com freqüência, “que era benigno de natureza”, segundo refere FREI

---

(11), (13) e (14) HERMANN WATJEN, Ob. Cit., pgs. 293, 293 e 298, respectivamente.

(12) *Texto n. 45*, em anexo.

MANUEL CALADO — (15). Cabia-lhe nomear, consultada uma lista fornecida pelos eleitores, os escabinos, juizes de primeira instância. (16). Competia-lhe punir os militares que se houvessem conduzido, nos combates, com covardia, pusilanimidade, ou pouca diligência. Tinha autoridade suficiente, para mesmo sem autorização expressa da Companhia, criar, junto ao Conselho de Justiça, um lugar de “Advocaat-Fiskaal” ou Promotor Público (17). Presidia ao Alto Conselho secreto. Possuía “o direito de nomeação dos comandantes de fortalezas de regimentos militares. Era de sua competência prover todos os postos de oficiais, de alferes para cima; apenas a escolha do “Almirante da Costa Brasileira” dependia da aprovação do Conselho dos XIX. Devia o Diretório Geral ser igualmente ouvido se a dilação do território conquistado exigisse a criação de novos postos administrativos, ou fosse necessário aumentar os salários” (18). Nas reuniões do Conselho — composto dêle e de mais três membros — possuía dois votos, de modo que bastava ter a seu favor um dos conselheiros para fazer predominar sua vontade.

A Maurício de Nassau tratavam os habitantes da Nova Holanda por *Príncipe e Vossa Excelência*, embora, no dizer de FREI MANUEL CALADO, *de jure*, não tivesse mais que *Senhoria* (19), ainda que os portugueses estivessem dispostos a tratá-lo até por *Eminência, Alteza e Majestade*, se entendessem nisso lhe dar gôsto...

Morava nas melhores casas da cidade. Nassau, logo ao chegar, foi residir numa casa sobradada, em Antônio Vaz, fronteira à ponte que vai para o Recife, “com varandas de tábuas pela fronteira de pedra e cal, obra portu-

---

(15) e (19) Ob. cit., pgs. 106 e 245 respectivamente.

(16) JOSÉ ANTÔNIO GONÇAVES DE MELLO NETO, Ob. cit., p. 71, nota 102.

(17) e (18) HERMANN WATJEN, Ob. cit., pgs. 302 e 298 respectivamente.

guesa e antiga” (20). Depois, mandou construir dois palácios, em Antônio Vaz: “um onde assistia continuamente e outro, como local de repouso, um pouco afastado da agitação da capital; um, o Vrijburg, verdadeiramente dominador, parecendo querer imprimir no espírito dos da terra a convicção de firmeza com que os conquistadores fixaram pé na colônia portuguesa; o outro, mais acolhedor, parecendo receber holandeses e brasileiros com espírito de igualdade” (21). E a primitiva casa do Conde era tão boa que mal êle a abandonou, para ela se quizeram mudar os do Conselho Político, bem como os membros da Câmara de Escabinos de Maurícia — e êstes possuíam casa própria (22). Basta dizer que a verba destinada ao pagamento do aluguel do prédio de residência do governador holandês subia a 12.000 florins por ano (23), enquanto o salário mensal de cada um dos três membros do Alto Conselho fôra fixado em 800 florins (24).

O governador assemelhava-se a um soberano. Era o chefe de um principado, sugere BARLEU (25). A êle, com justeza, applicou WATJEN as palavras com que François Valenti; se referiu ao governador geral da Btávia: “O poder dêste Senhor muito se aproxima ao de um rei ou monarca. Apesar de ser simplesmente o presidente do Conselho, certo é que sabe manter presos aos seus cordeiros membros do mesmo, de modo a fazer que predomine sempre a sua vontade. Mas mesmo sem tais cordeiros, o seu poder é tão grande que caso tivesse de emitir a sua opinião, simplesmente como homem, nenhum dos Senhores Conselheiros teria a lembrança de contradizê-lo e se um dêles o fizesse, o Governador logo o converteria, não só a êle, como aos que o acompanhassem. Ainda na hipótese de se unirem todos contra êle não era o caso de

---

(20), (21), (22) e (23) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, ob. cit., pgs. 95, 116, 118 e 118 nota 230 respectivamente.

(24) HERMANN WATJEN, Ob. cit., p. 308.

(25) GASPAR BARLEU, Ob. cit., p. 342. Texto n. 56 em anexo.

se dar por vencido, pois assumiria sozinho perante o Diretório toda a responsabilidade, pelo caso em questão, e isso seria o bastante para assegurar a sua completa vitória final”. (26).

Na realidade Nassau era o presidente do Alto Conselho, mas sua figura ofuscava a própria corporação a que pertencia.

*Colégio do Alto Conselho Secreto* — Ao lado do Governador, foi estabelecido o “Colégio do Alto Conselho Secreto”, composto de três membros, diretores da W. I. C., escolhidos pela direção da Companhia, com aprovação dos Altos Poderes e do Príncipe Frederico Henrique de Orange. Os membros do Alto Conselho tinham direito ao tratamento de “Nobres, Honrados, Sábios, Piedosos, Leais” (27). Deviam servir como conselheiros do Príncipe e seus eventuais substitutos. Um deles acompanharia sempre João Maurício nas expedições militares, pelos mesmos motivos pelos quais um dos Conselheiros Políticos deveria assessorar os chefes militares na primeira fase da conquista. “A fiscalização suprema (*die Oberste kontrolle*) dos negócios judiciários e financeiros da Colônia foi confiada aos Altos Conselheiros Secretos, os quaes deviam ser mantidos pelas administrações provinciais e autoridades locais ao corrente de tudo quanto se passava nas diferentes circunscrições” (28). O “supremo Conselho era como a Mesa do Paço, aonde presidia o Príncipe com os da bolsa da Companhia”, diz FREI MANUEL CALADO (29), a última instância judiciária do Brasil holandês.

Da leitura rápida que nos foi possível fazer de trechos do livro de BARLEU ficou-nos a impressão da existência de dois Conselhos, um mais amplo, o Supremo Conselho, e outro mais reduzido, composto de membros do primeiro

---

(26) e (28) HERMANN WATJEN, Ob. cit., pgs. 300 e 299 respectivamente.

(27) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, Ob. Cit., p. 24.

(29) Ob. Cit., p. 146, 1.º volume.



e denominado Conselho Secreto: competia ao Conde “presidir ao Supremo Conselho e ao Conselho Secreto”; (30); “foram dados a Nassau para o seu conselho secreto alguns dos Conselheiros, três ou quatro escolhidos pelo Conselho Supremo e Secreto. Éles deliberariam em comum com o governador” (31). Sucede, entretanto, que WATJEN escreveu depois de BARLEU e tendo conhecimento dos trabalhos do mesmo, bem como de muitas outras obras e documentos. Assim, sua opinião, deve prevalecer e a ela nos ativemos ao dar a composição e as funções do Alto Conselho.

Segundo narra BARLEU, Nassau “ideou para cada província o seu próprio brasão; depois formou o do Conselho Supremo, abrangendo num so escudo as insignias de cada uma delas, para indicar, assim, os términos do Brasil. Sobre êste escudo viam-se as armas das Províncias Unidas e em baixo a divisa da Companhia das Índias Ocidentais” (32). Com êste escudo era feito o sêlo do Conselho Supremo.

Disponha o Alto Conselho de um corpo de funcionarios: o assessor, os escriturários, e um mensageiro. Segundo informa WATJEN eram os seguintes os salários mensais dos membros e dos funcionários do Alto Conselho: o Presidente: 1.350 florins; cada um dos membros: 800 florins; o assessor: 200 florins; o 1.º escriturário: 100 florins; o mensageiro: 50 florins.

Duas vêzes por semana, o Conselho Supremo dava audiência aos moradores de Nova Holanda. (33).

*Conselho Político* — Logo abaixo do Alto Conselho, vinha o Conselho Político, “tambem chamado Senado Político e Conselho de Justiça aonde se ia por apelação” (34)

---

(30) e (31) GASPAR BARLEU, Ob. cit., ps. 342 e seguintes. Texto n. 56 em anexo.

(32) Id. Ib., p. 111.

(33) Id. Ib., p. 56.

(34) e (35) FREI MANUEL CALADO, Ob. cit., p. 146, 1.º volume.

das decisões dos escabinos e era “como se fosse casa da Suplicação” (35). Este é o mesmo Conselho Político, ao qual fôra entregue, inicialmente, o govêrno da Nova Holanda. Depois da vinda de Nassau, de acôrdo com instruções por êle trazidas da Europa, foi o Conselho transformado num tribunal de justiça, para o civil e para o crime. Seus membros em número de 9, flamengos todos, eram nomeados na Holanda, sendo 4 de Amsterdam, 2 de Zelândia, 1 para cada uma das três circunscrições do Mosa, do Norte e Groninga. Dos nove membros, 5 deviam permanecer sempre na sede do govêrno e os outros 4 “se encarregariam da administração provincial, mas depois de algum tempo revesar-se-iam com os colegas investidos em funções judiciárias na capital” (36). Já em 1639 sobe a 11 membros; mais tarde a 13 e 17.

O sêlo do Conselho de Justiça, também ideado por Nassau, era constituído pelos brasões das quatro províncias, contidos num escudo semelhante sôbre o qual se via a Virgem Astreia, trazendo numa das mãos a espada, vingadora dos crimes, e na outra uma balança, regra dos comerciante (37).

O pessoal do Conselho político era mais numeroso do que o do Alto Conselho. Vejamos o quadro dos salários mensais pagos pelo tribunal de segunda instância da Nova Holanda: cada conselheiro: 300 florins; o secretário: 90 florins; o Promotor Público: 156 florins; o escriturário: 50 florins; o auditor: 40; o 1.º oficial: 65; o 2.º oficial: 20; o carrasco: 52; o ajudante: 15; o servente do Conselho 15 (38).

Segundo parece, pelo aumento do número de seus membros era muito o trabalho a ser realizado pelo Conselho de Justiça. Houve mesmo a necessidade de impedir

---

(36) HERMANN WATJEN, *Ob. cit.*, ps. 301 e 303. Texto n. 56 em anexo.

(37) GASPARD BARLEU, *Ob. cit.*, p. 111.

(38) HERMANN WATJEN, *Ob. cit.*, p. 308.

certas apelações: “para não aumentar excessivamente para os juizes superiores a tarefa das causas forenses, vedaram-se as apelações de menor importância.” (39).

Formava o Conselho Político a segunda instância, em relação aos tribunais de escabinos.

Mas tinha também competência originária. Durante o tempo em que se discutiu se a Câmara de Escabinos de Olinda devia permanecer na velha capital ou ser transferida para Recife ou Antônio Vaz, os moradores destas tinham o direito de escolher entre a propositura de suas demandas perante os escabinos de Olinda ou diretamente ao Conselho Político, sediado no Recife, renunciando assim a uma instância. Além disto, o julgamento de certos crimes parece ter sido de sua originária competência, como o do delito de blasfêmia, segundo se infere de um protesto da Comunidade Israelita da Holanda contra perseguições a judeus em Pernambuco; queixava-se a comunidade de que “os escabinos de Maurícia, em vez de entregarem ao Conselho de Justiça o julgamento (de determinado caso), avocavam ilegalmente ao seu fôro os delitos por blasfêmia” (40).

O Conselho Político teve, inicialmente, como sede a cidade de Olinda, sendo que uma das primeiras cartas escritas de Olinda pelo secretário do Conselho Político ao Conselho dos XIX, em 2 de abril de 1630, foi datada do Convento dos Jesuítas. (41). Não tardou, porém, que o Conselho Político, antes mesmo da destruição de Olinda, se transferisse para Recife ou Antônio Vaz, pois destas localidades foram datadas cartas enviadas a Holanda, a partir de 4 de outubro de 1630 (42). Sabemos que, na cidade do Recife, os conselheiros políticos Carpentier e

---

(39) GASPAR BARLEU, *Ob. cit.*, p. 75.

(40) HERMANN WATJEN, *Ob. cit.*, p. 369.

(41) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, *Ob. Cit.*, p. 44.

(42), (43), (44) e (45) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, *Ob. cit.*, pgs. 51, 53, 62, 62 respectivamente.

Walbeeck possuíam verdadeiros palacetes como residência (43), mas sôbre as casas ocupadas pelo Conselho até 1636, não obtivemos dados. Naquele ano decidiram os conselheiros construir a Casa da Câmara. “Para isso resolveram aproveitar, melhorando-a, a casa em que morava o subchefe da equipagem e alguns marinheiros”, preparando-se uma boa sala do Conselho e, do lado sul, sala para a secretaria, tesouraria e para uma futura contadoria geral”. Isso, no primeiro andar, pois a parte baixa, ou térrea, deveria ser transformada “em cadeia para gente criminoso”. A parte superior do Conselho seria reservada para um “bom miradouro” (“beuquaem uijsicht”) e para o alojamento dos empregados e chefes da secretaria e tesouraria” (44). A resolução do Conselho foi tomada considerando, segundo informação dos próprios conselheiros à metrópole, “o grande inconveniente que advém da falta de um lugar apropriado no qual se possam realizar as reuniões, com decência, para, afastados do ruído e da movimentação do todo o mundo, tomar boas resoluções de que necessitam os negócios do govêrno e a boa ordem destas terras do Brasil e sendo considerado ainda que, para desprezação do mesmo Conselho, nenhuma ordem pode atualmente ser suficientemente mantida na condução dos negócios e expedientes e que, por isso, é muitíssimo necessário escolher um local para a construção de um importante (“solemnel”) e bem construída Casa do Conselho” (45). Esta casa, a “Raethuys” ficava vizinha da igreja do Corpo Santo e, segundo indica o mapa reproduzido em seu livro por JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO (46), ocupava todo um quarteirão, fronteiro ao mar. O edifício veio a ruir anos depois, talvez em 1641, pois, em 1642 foi enviada à Holanda “a planta da nova casa do Conselho, como nos parece que deve ser construída, de modo a ter reunido em um só local toda a direção dos negócios da Companhia”

---

(46) Ob. cit., p. 130.

(47). Foi por esta época, maio de 1642, que o Conselho Político pretendeu ocupar a primitiva casa de residência do Conde de Nassau. Se realizou, ou não os seus planos — quer de mudança, quer de construção — foi o que não pudemos apurar.

Logo abaixo do Conselho de Justiça, vinham, na ordem de hierarquia judiciária, os *Conselhos dos Escabinos*, criados por Nassau, de acôrdo com instruções trazidãs da Holanda.

*Escabinos* — Êstes Conselhos eram tribunais colegiados, aos quais pertenciam holandeses e habitantes das terras ocupadas. Foram constituídos conselhos de escabinos com holandeses e portuguezes. Não temos elementos para afirmar a existência de Câmara de Escabinos compostas de holandeses e índios, embora possam talvez induzir a isto as seguintes transcrições de trechos do livro de JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO:

“Para acomodar os índios e “evitar as consequência do massacre de holandeses que teve lugar no Ceará, obra de índios revoltados, no ano de 1644, o Conselho dos XIX reconheceu em documento escrito — “por provissão”, dizem os Mss. — o direito dos índios, tupis e tapuais, à liberdade. O documento se achava em poder dos índios em 30 de março de 1645, quando teve lugar na aldeia de Tapiserica a grande reunião de indígenas para a qual Souto Maior foi o primeiro a chamar a atenção, traduzindo para o português o que consta de certa *Dagelijksche Notule*. Nessa ocasião foram escolhidos regentes índios para dirigir grupos de aldeias, bem como instituidas Câmaras de Escabinos para cada um dêsses grupos. Às câmaras cabia dirigi-los, sendo que as

---

(47) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, *Ob. cit.*, p. 62, nota 83.

resoluções de caráter geral deveriam ser tomadas depois de ouvidos o “commandeur” John Listry e o Supremo Conselho” (48).

Os regentes foram Antônio Paraupaba (aldeias do Rio Grande), Pedro Poti (aldeias da Paraíba) e Domingos Fernandes Carapeba (aldeias de Goiana e Itamaracá): Dag. Notule de 11 de abril de 1645. Pouco antes os índios haviam pretendido nomear para governá-los um rei, isentando-se da sujeição de capitães e “comandeurs” holandeses; Antônio Parupaba que acabava de voltar da Holanda assegurou aos Supremos Conselheiros que o pensamento do Conselho dos XIX era que “holandêz algum os governasse, mas que escolhessem entre os seus um chefe”; e o Conselho com jeito obteve que escolhessem não um chefe único, mas três regentes, um para cada Capitania, para governá-los, os quais deliberariam com a assistência do “commandeur” Listry: Gen. Missivê ao Conselho dos XIX, datada do Recife, 27 de junho de 1645” (49).

Focalizada esta hipótese da possibilidade de uma justiça colegiada da qual participassem holandeses e índios, passemos a analisar a organização dos tribunais de escabinos holandeses e portugueses.

Os Conselhos de Escabinos eram tribunais municipais com jurisdição civil e criminal. Já vimos que o Conselho de Justiça, o Conselho Político, reservava para si o conhecimento originário de certas questões jurídicas. Qual a competência exata dos escabinos não nos foi possível conhecer. ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO diz que “a alçada dessas Câmaras atingia os papéis civis e criminais

---

(48) e (49) *Tempo dos Flamengos*, ps. 247 e 247 nota 36.

em primeira instância, podendo multar até 120 floris”. (50).

Os escabinos eram escolhidos dentre os habitantes da terra, e, de certo modo, pelos próprios habitantes. Assim descreve JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO o processo de uma seleção de escabinos: “o esculteto, no Recife, ou o diretor nas demais Capitânicas conquistadas, selecionava certo número de pessoas, tanto holandeses como brasileiros: eram os chamados eleitores. Esses eleitores, em sessão, indicavam vários nomes dentre os seus, os quais, em uma lista, eram submetidos à apreciação de Nassau (e, depois de 1644, à junta que o substituiu) que fazia a designação para o cargo de escabino. Esses escabinos eram substituídos anualmente” (51).

Os escabinos não tinham apenas função judicante. Eram assistentes do Esculteto, o chefe administrativo do município, e com êle formavam o Conselho Comunal. Preocupavam-se com os problemas administrativos e participavam do govêrno do município. O Conselho Político queixou-se, por mais de uma vez, ao XIX da Companhia contra “a atitude provocante que a seu respeito haviam assumido os “Escultetos e Escabinos de Maurícia” (Schout en Scnepenen van Maurícia). E Nassau também fêz sentir à Direção da Companhia o inconveniente de ampliar as competências dos escabinos e escultetos (52).

Sendo um tribunal composto de flamengos e portugêses, qual a lingua usada nas Câmaras de Escabinos? Deixemos falar FREI MANUEL CALADO: “A pessoa que nestes Conselhos queria pôr alguma coisa, primeiramente havia de dar meia pataca para lhe receber a petição, e as petições, e auções que faziam, forçosamente para se lhe deferir as haviam de levar escritas em lingua Flamenga, e para isso (suposto que os mais dos ministros entendiam,

---

(50) e (51) Ob. cit., pgs. 137-138.

(52) HERMANN WATJEN, Ob. cit., p. 307.

e falavam lingua Portuguesa) tinham ordenado certos officiais, os quaes transladavam as petições dos Portugueses em Flamengo, e levavam por cada uma pataca”. (53). Noutra passagem, assim se refere FREI MANUEL CALADO ao problema da lingua a ser usada nos Colégios de Escabinos: “quando os escabinos Portugueses se ajuntavam todos, se punham os Flamengos a falar uns com os outros na sua lingua e davam o despacho como lhes parecia, e o punham diante dos Escabinos Portugueses, os quaes por fôrça, ou por grado assinavam o que os Flamengos queriam. O que vendo João Fernandes Vieira, que foi eleito escabino, à primeira vez lhe pareceu mau aquele modo de despachar, e à segunda disse, que para pôr o seu sinal lhe haviam de ler primeiro em lingua portuguesa a demanda, e o despacho dos Holandeses, porque não havia de assinar sentença que não fosse muito justa; e da terceira vez, ou quarta, prometeu de não se ajuntar mais em Conselho”. (54).

Nassau foi incumbido de fixar tribunais desta natureza nos lugares mais importantes da Nova Holanda. Em janeiro de 1638 já existiam seis colégios de escabinos em pleno funcionamento; com cinco membros, os de Olinda, Itamaracá e Paraíba; com três membros, os de Iguarassu, Serinhaem e Paraíba. Com o correr dos tempos, outros foram fundados, quer pelo desdobramento dos primitivos, quer pela conquista de novas regiões.

As informações mais completas que conseguimos se referem ao Colégio de Escabinos de Olinda. Sua jurisdição iniciava-se no rio Jaguaribe e ia terminar no rio Serinhaém, ao sul, incluindo, assim, Olinda, Recife e Antônio Vaz. Foi composto, a princípio, de 5 membros e, mais tarde, de 9. Tinha como sede a cidade de Olinda, o que fêz surgir um grave problema de competência: os habitantes do Recife e de Antônio Vaz desejavam decidir seus pleitos perante o Conselho Político, sediado em Recife, com o que

---

(53) e (54) Ob. cit., ps. 289 e 147, respectivamente, ambas do 1.º volume.



não concordavam os escabinos de Olinda. A eles cabia o julgamento dos pleitos em primeira instância. Os Nobres Senhores Conselheiros Políticos, com isto estavam em desacôrdo sustentando que “os moradores (de Recife e Antônio Vaz) estão subordinados não aos Escabinos, mas diretamente ao seu colégio e a ninguém mais, procurando basear isto no art. 27 das Instruções Gerais, alegando, que não há razão alguma para que os moradores de Recife — que no Recife podem ter decisão de seus pleitos — com grandes gastos, às vezes em processos de pequena importância, com perda do seu tempo e dos seus negócios, necessitem ir a Olinda para acompanhar as suas causas”. (55). Além do mais, o Conselho Político considerava um desprestígio a existência de outro tribunal onde estivesse êle sediado (56). Por sua vez, os moradores do Recife desejavam ter o seu próprio tribunal para não ficarem em condição de inferioridade com os burgueses de Olinda e outros municípios. A decisão do caso foi entregue ao Conselho dos XIX e êste mandou transferir a Câmara de Escabinos de Olinda, para Antônio Vaz, o que foi feito em 14 de novembro de 1639. Mesmo em Antônio Vaz, os escabinos continuaram a usar o titulo de “Escabinos de Olinda”, até que Gaspar Dias Ferreira — português a respeito de cujo caráter o Padre Frei Manuel Calado diz as piores coisas — pediu autorização ao Conde e ao Alto Conselho para adotarem a denominação de “Escabinos da Cidade Maurícia e seu distrito”, o que foi autorizado no dia 23 de dezembro de 1639.

Pelos nomes de seus primeiros membros — Wilhenlm Doncker, Jacques Hack, Francisco de Brito Pereira, Gaspar Dias Ferreira e João Carneiro de Mariz — parece que, na primeira Câmara de Escabinos de Olinda eram três portugueses para dois holandeses. Se tal ocorreu foi logo

---

(55) e (56) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, Ob. cit., ps. 73-74, nota 105.

corrigido, passando os holandeses a contar sempre com um membro a mais do que os portugueses.

“Interessantíssimo” — diz GONÇALVES DE MELLO — “seria encontrar as “*Notulen*” das Câmaras de Escabinos, fundadas no mesmo ano de sua chegada pelo Conde de Nassau; há informações oficiais de que eram redigidos e era determinação superior que extratos deviam ser enviados regularmente, de 3 em 3 meses, ao Conselho dos XIX (Dag. *Notulen*, de 19 de novembro de 1641, 14 de agosto e 18 de dezembro de 1642, etc.) Nem José Higno nem Watjen a elas se referem” (57).

Falta-nos, assim, uma fonte preciosa, talvez a única, que nos permitisse conhecer minuciosamente as questões jurídicas levadas ao conhecimento dos Escabinos.

De Olinda, o Colégio se transferiu para a cidade Maurícia e se estabeleceu em prédio próprio, adquirido de Pieter Bonjour, mordomo de Nassau. Mais tarde, pleitearam os escabinos mudar-se para a primitiva casa do Conde, tendo-lhes sido concedido o direito de ocupar a frente da referida residência. “Não podemos afirmar que se tenham mudado pois, em 22 de janeiro do mesmo ano (1643) deram ciência ao Alto Conselho que o antigo paço estava tão arruinado que sem reparações não podiam ocupá-lo, tendo os Conselheiros se recusado a auxiliá-las” (58). WATJEN, porém, informa que o escabinos se reuniam na Casa da Câmara da Cidade Maurícia, talvez a mesma cuja construção pleiteou o Conselho Político.

O escolteto, de tão grande influência na escolha dos escabinos, era, segundo, uns uma espécie de burgomestre. WATJEN informa ser êle mais do que isto, pois era igualmente “Promotor de Justiça, Exator da Fazenda e Chefe de Polícia, em sua respectiva circunscrição.”

*Ministério Público* — Qual seria a organização do Ministério Público, no Brasil holandês?

---

(57) Ob. cit.,

(58) Ob. cit., p. 118, nota 230.

Comecemos pela primeira instância, pelas Câmaras de Escabinos. Eram elas presididas pelos escoltetos, os quais além das funções de presidência do colégio dos magistrados de primeira instância, exerciam muitas outras. Ao esculteto, assim se refere PÔRTO SEGURO, em sua *História das Lutas com os Holandeses no Brasil*: “O esculteto era a autoridade executiva, ou delegado da administração e promotor público do lugar; e ao mesmo tempo exator da fazenda”. (59).

BARLEU, ao se referir à justiça de primeira instância declara: “Cada uma das províncias tem também a sua magistratura que exerce jurisdição sôbre as cidades e as vilas do seu território. Os membros delas chamadas eleitores e escabinos desempenham função temporária e não remunerada. Perante êste servem o cargo de promotores públicos, não sem autoridade, aqueles que se chamam escultetos, pretores ou balios” (no estudo feito à página 342 e seguintes, sôbre a organização do govêrno da Nova Holanda, em sua *História dos feitos de Nassau*). GONÇALVES DE MELLO NETO diz que o esculteto era “uma espécie de burgo-mestre” (60). E WATJEN, depois de afirmar que o esculteto era o chefe administrativo do Município, esclarece que êle “não exercia sômente as funções de seu cargo, pois, era igualmente Promotor de Justiça, Exator da Fazenda e Chefe de Polícia em sua respectiva circunscrição” (61). Além disto, cabia ao esculteto indicar, dentre os seus jurisdicionados, aquêles que, como eleitores, deveriam escolher os escabinos da Câmara local. Se as funções dos escabinos não eram remuneradas, como pretende BARLEU, as do esculteto o eram; pelo menos cabiam a êle comissões ou percentagens sôbre as multas e penas pecuniárias impostas. FREI MANUEL CALADO se revolta com a

---

(59) p. 177.

(60) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, Ob. cit., 171.

(61) HERMANN WATJEN, Ob. cit., p. 305.

ganância destes “leões vorazes” (62) e a êles e a suas falcatruas dedica páginas e páginas de seu livro (63): “...saíam seus Escoltetos cada seis meses pelos campos, e matos, com outros ministros da justiça; e chegavam às casas dos moradores, e nenhum havia que não ficasse condenado em dinheiro, ainda que tivesse feito milagre no cumprimento de suas premáticas; e os Escoltetos todas as condenações que faziam eram para si, e dali davam ametade aos do Conselho, segundo suas diabólicas mancomunações, e como os Escoltetos condenavam sem apelação, nem agravo, para outro superior, alargavam a mão, e a boa vontade, segundo lhes parecia”. Não menos veemente é a linguagem usada pelo próprio Nassau, em seu testamento político, sobre os escultetos: “o remédio para isso (exploração dos escultetos) será abolirem-se as penas dos delitos leves e várias leis, salvas aquelas com as quais se repunem os crimes graves. Privados assim êstes grilos e sanguesugas dos nomes de tantas multas, se escravizariam menos a sua insaciável cobiça. Além disso conviria entregar estas funções somente aos mais conceituados, afastando-se delas os ladrões que, como Gueirões, vão arrebatam o alheio com seis mãos”. (64).

Tinha, assim, o esculteto funções de Promotor Público, reunidas a outras de diversa natureza.

Ainda na primeira instância, existiam os Curadores. Para cada circunscrição municipal foram nomeados “três curadores (Waisenmeister), dous Portuguezes e um Holandez, encarregados de amparar os menores órfãos. Da necessidade desses funcionarios convencem as repetidas tentativas, frequentemente bem sucedidas, de indivíduos sem consciência para se apoderarem das heranças das crianças orfanadas” (65).

---

(62) e (63) Ob. cit., 298 e 295 e seguintes, respectivamente.

(64) GASPAR BARLEU, Ob. cit., p. 33.

(65) HERMANN WATJEN, Ob. cit., ps. 305-306.

Êste o Ministério Público de primeira instância no Brasil holandês: escultetos (em suas funções de Promotor de Justiça) e curadores.

Vejamos, agora, na segunda instância. Perante o Conselho de Justiça funcionava um Fiscal, segundo dá notícias no seu livro FREI MANUEL CALADO (66). Êste fiscal, *Advocaat-Fiskaal* era o Promotor Público, perante os Conselheiros Políticos. “Conquanto” — diz WATJEN — “nas Instruções de 23 de Agosto de 1636” (as que Nassau trouxe da Holanda), não se houvesse cogitado de um lugar de “Advocaat-Fiskaal”, ou Promotor Público, logo após a chegada de João Maurício, o conselheiro político De Ridder foi nomeado para exercer as funções dêsse novo cargo junto ao Conselho de Justiça. Até onde se extendiam os seus poderes e que outras funções além das suas primitivas porventura desempenhava, não se pode mais determinar. O material manuscrito é inteiramente mudo a êsse respeito. Segundo toda aparência, de Ridder aceitou o cargo muito a contra-gôsto. Faltava-lhe todo conhecimento prático, e apenas algumas semanas depois de sua investidura, Gijsselíng assim se manifestava a seu respeito: “Em vez de cumprir como Advogado-Fiscal o seu dever para com o Govêrno e a Companhia, de Ridder prefere dedicar-se à fabricação do assucar, conquanto a promotoria lhe pudessem proporcionar belos lucros”. O pedido de exoneração dêsse funcionário teve de seguir os seus trâmites, e largo tempo se passou antes que se desse a sua desejada substituição por um holandês competente em matéria de jurisprudência”. (67)

Deveria caber ao *Advocaat-Fiskaal* as funções de defensor dos interesses da Companhia, nas causas cíveis e fiscais da competência do Conselho, bem como a missão de acusar os criminosos autores de delitos cujo julgamento estivesse entregue, originariamente, à segunda instância.

---

(66) Ob. cit., p. 139

(67) HERMANN WATJEN, Ob. cit., ps. 302-303.

Possivelmente, cabia-lhe também manifestar-se sôbre apelações das sentenças dos escabinos.

Existiria um Ministério Público de terceira instância, perante o Alto Conselho? Ou as funções de defender os interesses da Companhia, de apontar à justiça os delinqüentes e de aplicar a justiça se reuniriam no Governador? Quem acusaria os criminosos autores de fatos da competência originária do Supremo Conselho? Quem defenderia os interesses da Justiça e dos órfãos nas apelações chegadas ao Conselho Supremo? Foi o que não conseguimos apurar.

Possivelmente também não havia uma organização interna do Ministério Público, uma carreira estruturada. Nada ligava os escultetos entre si, como Promotores Públicos, nem os escultetos ao *Advocaat-Fiskaal*. Mas todos estavam subordinados ao Governador.

Esta a organização judiciária da Nova Holanda.

Acima dela estavam a Companhia e os Estados Gerais e o Príncipe de Orange.

BARLEU situa muito bem o problema: “Todo êste império do Brasil é parte das Provincias Unidas dos países Baixos, as quais, depois de haverem declarado juridicamente deposto Felipe, rei das Espanhas, por ter violado as leis da República, não sômente defenderam dentro de suas fronteiras o que lhes pertencia, mas ainda revidaram à Espanha a guerra que ela trouxera a êste país, e navegavam, de um lado para as últimas terras das Índias Ocidentais, mandando-lhes as armas juntamente com o comércio. Navegaram também para o Brasil, onde o ínclito valor dos batavos, apoiado pelas riquezas de uma nova companhia, fulgiu contra o mesmo inimigo que na Holanda.

A referida Companhia geriu, como sob a forma aristocrática, essa República, e, com sábios alvitres, dirigiu por intermédio do Conselho dos XIX, esse domínio estrangeiro. Não, porém, sem um principado, porquanto, suprimido ali o título de rei e vice-rei, sob cujos auspícios se governava

antes o Estado, recebeu legitima autoridade para isso o illustrissimo Mauricio, com o título de Governador, e capitão general, com supremo poder na terra e no mar. Ratificaram esta investidura os Estados Gerais, o Príncipe de Orange e os diretores da Companhia” (68).

*Príncipe de Orange*, Assim, acima do Governador da Nova Holanda se encontrava a Companhia, cuja direção geral cabia ao chamado Conselho dos XIX, composto de representantes das Câmaras de Comércio formadas quando da organização da Companhia. Estas eram em número de cinco: a de Amsterdam, a de Middelburgo, a de Maasquartier (distrito do Mosa, Rotterdam, Dordrecht e Delft), a de Norderquartier (distrito Norte — Hoorn, Enkhuizen) e a de Groninga. Para a formação do Conselho dos XIX, as Câmaras concorriam com representantes, em número proporcional aos quinhões de cada uma no patrimônio da sociedade: Amsterdão, com 8, Zelândia, com 4, e as outras, com 2, cada uma. O décimo-nono diretor era nomeado pelos Estados Gerais, aos quais tratando-se de operações de guerra da W. I. C. cabia a palavra decisiva” (69).

*Estados Gerais e Conselho dos XIX* — Segundo GONÇALVES DE MELLO, “havia um protocolo complicado para o tratamento dos vários membros do governo, oficiais, etc. Os Estados Gerais eram chamados “Muito Poderosos Senhores”, os membros do Conselho dos XIX tinham direito ao tratamento de “Honrados, Prudentes e muito discretos Senhores”. (70)

Já nos referimos ao conflito de jurisdição surgido entre a Câmara de Escabinos de Olinda e o Conselho Político. O Governador e o Alto Conselho não decidiram o problema, mas o encaminharam para os XIX: “como se trata de um ponto de justiça e que só pode ser decidido

---

(68) GASPAR BARLEU, *Ob. cit.*, p. 342.

(69) HERMANN WATJEN, *Ob. cit.*, p. 79.

(70) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, *Ob. cit.*, p. 24, nota 6.

pela autoridade soberana não quisemos entrar na questão; resolvemos deixá-la como estava até que tendo submetido o caso à vossa apreciação, VV. SSas. quisessem dispor a respeito no vosso alto entender e sôbre isso esperamos a vossa resposta com brevidade” (71).

Além dêste existe o caso da ponte de Antônio Vaz. Nassau resolveu ligar Recife e Antônio Vaz por uma ponte, para cuja construção foi aberta concorrência em edital: “o serviço da ponte atualmente iniciado na passagem do Recife para a cidade Maurícia será entregue àquele que desejar tomá-lo sendo pessoa que a Sua Excelência e aos Senhores do Alto Conselho parecer capaz para tomar a dita obra e efetuá-la. As pessoas que tiverem interesse nisso, devem na segunda fêira, dia 11 de fevereiro próximo (1641), se dirigir à chamada Casa do Alto Conselho, onde lhes será mostraão o projeto da referida obra e juntamente as instruções e condições que na dita obra devem ser obedecidas e que são as abaixo com exceção das que se mencionam nas ditas instruções e projeto de obra, que podem ser vistos na casa do sr. Gaspar Dias Ferreira” (72). Venceu a concorrência Baltazar da Fonseca, que apresentou bons preços, deu garantia de imóveis e ofereceu dois fiadores dignos de confiança. Iniciada a construção em 1641, foi ela abandonada, em 1643, pelo empreiteiro. FREI MANUEL CALADO diz que por *tramoias* armadas pelos holandeses, no que é contestado por GONÇALVES DE MELLO: (73) “o construtor não soube levar a obra avante quando chegou ao trecho mais profundo do rio.” O importante é que nasceu daí uma demanda e “o pleito foi mandado à Holanda”, não estando ainda resolvido em 1648.

Havia, assim, na hierarquia judiciária, acima dos tribunais, da Nova Holanda, a justiça da metrópole. Não

---

(71) Id., Ib., p. 74, nota 105.

(72) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, Ob. cit., p. 107.

(73) Id., Ib., p. 110.



pudemos apurar se era possível recurso aos tribunais de justiça batavos ou apenas à direção da Companhia.

Ignoramos, também, se os recursos para a metrópole podiam ser feitos em matéria criminal e, se o podiam, dentro de que limites. Temos a impressão de que, se existiam, eram em setor muito restrito, pois nem em CALADO, nem em BARLEU, nem em GONÇALVES DE MELLO, nem em WATJEN, encontramos nenhum caso de recurso para a Holanda em matéria de direito penal.

*Justiça Religiosa* — Ao lado desta organização, os holandeses trouxeram, parece-nos, tribunais religiosos para a Nova Holanda. Afirma BARLEU: “Está em uso no Brasil a mesma forma de governo eclesiástico que nas igrejas holandesas. A suprema autoridade pertence ao Conde e ao Conselho Secreto, aos quais incumbe também dirigir esta nau sacudida pelas suas ondas, atacada pelos seus inimigos, sofrendo dos seus vícios. A autoridade dos Sinodos é maior que a das Classes e a desta superior à dos Presbíteros. As decisões dos Sinodos não têm validade sem a aprovação dos diretores da Companhia” (74).

“Todos os padres protestantes que exerciam o seu ministério na Nova Holanda pertenciam como membros ordinários ao Conselho Eclesiástico Recifense, do qual também faziam parte, como deões (Aelteste) diversos escabinos, oficiais, agricultores ou comerciantes, bem como de dois a três conselheiros políticos” (75).

Este Conselho Eclesiástico “chamou à barra de seu fôro pessoas que se haviam tornado culpadas de adultérios ou viviam amancebadas, e advertiu, sob ameaça de imediata demissão, no caso de reincidência, a diversos párocos para que abandonassem a sua conduta escandalosa e voltassem ao caminho da virtude, como convinha a um servidor da palavra divina.” (76)

---

(74) GASPAR BARLEU, Ob. cit., p. 344.

(75) HERMANN WATJEN, Ob. cit., p. 347.

(76) Id. Ib., ps. 348-349.

*Justiça Militar* — Do mesmo modo, parece-nos ter existido uma justiça destinada a punir militares em suas faltas, subordinada porém, como as demais, à autoridade do governador.

*Apreciação sôbre o funcionamento da Justiça Holandesa no Brasil* — Referida a estrutura judiciária do Brasil holandês, seria interessante saber como funcionou esta justiça. BARLEU a elogia, com restrições. Nassau aponta seus defeitos.

FREI MANUEL CALADO não a perdoa. Admite qualidades no Príncipe, mas o inclui nas negociatas feitas então. Aos do Supremo Conselho, aos do Conselho Político, ao Fiscal, aos escabinos flamengos, aos escultetos, nega qualquer interesse em fazer justiça. Tôda a organização judiciária existente outro fim não teria senão o de “dissipar e destruir a Província de Pernambuco, e parar de sorte aos moradores delas, que lhes não ficasse coisa em que por os olhos, para que ou forçados da necessidade despejassem a terra, e fôssem buscar para viverem outras estranhas, ou constrangidos das muitas crueldades e traições lhes entregassem tôdas suas fazendas, e havendo de ficar na terra fôssem mais que cativos, e escravos trabalhando de dia, e de noite, não para si, senão para seus inimigos” (77). Estas afirmativas de CALADO vão encontrar, de certo modo, ressonância na apreciação feita pelo Conde João Mauricio de Nassau em seu testamento político: os holandeses “são homens tais que preferem sofrer dano na vida a sofrê-lo na fazenda; esta é para êles mais cara que a menina dos olhos” (78).

*Depois de Nassau* — Depois da volta de Nassau à metrópole, a organização judiciária da Nova Holanda começou a ruir.

---

(77) FREI MANUEL CALADO, Ob. cit., p. 288.

(78) GASPAR BARLEU, Ob. cit., p. 332.

O lugar do governador não foi preenchido. O governo do país passou ao Alto Conselho. E, durante o período de sítio do Recife, aos chefes militares.

“Também o Colégio do Conselho Político foi arrastado pelo vórtice, e, no começo da quinta década secular, — quando a administração militar da cidade do Recife, então em sítio, enfeixava nas mãos todo o poder, foi pôsto à margem rudemente pelo Comandante em Chefe das tropas” (79).

“No tempo da Revolução, os Colégios de Escabinos rapidamente se destroçaram em consequência da atitude irreconciliável de oposição entre Holandeses e Portugueses, — e mesmo a Côrte de Escabinos da cidade Maurícia, depois de 1645, perdera inteiramente a sua importância” (80).

Assim, quando em janeiro de 1654, as tropas libertadoras entraram no Recife nada mais havia do organismo judiciário pôsto em vida pelo Conde de Nassau.

### 3 — Legislação vigente no Brasil Holandês

Qual o direito aplicado na Nova Holanda? O direito holandês? O direito espanhol? O direito português? Ou cada um destes direitos de acôrdo com a nacionalidade dos interessados?

Foi deste tipo uma das primeiras perguntas dirigidas a Nassau, logo após a sua posse, em 1637. A Câmara de Olinda desejava saber “se seriam mantidos os privilégios concedidos pelo rei de Portugal aos senhores de engenho e se seriam regidos pelas ordenações do Reino. Ao que respondeu o Alto Conselho que indicassem (os consulentes) quais os privilégios de que gosavam e acrescentou que êles estavam subordinados aos usos, ordenações e costumes imperiais da Holanda, Zeelândia e Frisia Oriental. Idêntica consulta foi feita, também, pela Câmara da Paraíba” (81).

---

(79) HERMANN WATJEN, Ob. cit., p. 305.

(80) Ob. cit.

(81) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, Ob. cit., ps. 159-160.

O próprio Nassau, citado por BARLEU (82) esclareceu aos portugueses que “não poderiam viver, entre um povoinimigo dos espanhois, segundo as leis e o direito de Portugal, mas segundo as leis imperiais alemãs, as do Império Romano e as vigentes na Holanda, Zelândia e Frisia”.

É ainda BARLEU quem refere: “repudiaram-se as normas do costume português, em virtude das quais se tornara frequente por éssa época resgatarem-se pecuniariamente os mais graves delitos” (83).

Vê-se assim que o direito em vigor no Brasil holandês foi, antes de tudo, o vigente nos Países Baixos.

Ao lado dêste surgiu o crião no novo mundo, o contido nas leis promulgadas ou emanadas pelo Alto Conselho e pelos demais poderes da colônia. Diz BARLEUS: após a chegada de Nassau “restaurou-se a reverência à religião, o respeito ao Conselho, o horror dos julgamentos e o vigor das leis. Muitas foram proveitosamente emendadas e outras promulgadas” (84). E, outro trecho de seu livro: “reprimiram-se pois, em severíssimos editos, os duelos restabelecendo-se contra os homicidas o rigor das leis” (85). CALADO NOS mostra um sem número de leis promulgadas no Novo Mundo no sentido de coibir as traições, de tornar maiores os lucros da Companhia, de fortalecer a religião reformada.

Além disto, a própria Companhia também legislou para o Brasil. Curioso exemplo disto narra GONÇALVES DE MELLO. Para acomodar os índios “e evitar as consequências do massacre de holandeses que teve lugar no Ceará, obra de índios revoltados, no ano de 1644, o Conselho dos XIX reconheceu em documento escrito — *por provisão* dizem os Mss. — o direito dos índios, tupis e tapuias, à liberdade”

---

(82) GASPAS BARLEU, Ob. cit., p. 55.

(83) Id. Ib., p. 54.

(84) GASPAS BARLEU, Ob. cit., p. 53.

(85) Id., Ib., p. 209.

(86). O documento em que era proclamado tal direito “foi enviado da Holanda com a carta do Conselho dos XIX ao Alto Conselho” (87).

Assim, vigoraram no Brasil holandês as leis imperiais alemãs, as do Império Romano, as vigentes na Holanda, Zelândia e Frísia, bem como as promulgadas, depois da conquista, na metrópole e em Pernambuco para terem vigência nas terras conquistadas.

#### 4 — Dados sôbre o processo penal

Não nos foi possível consultar a legislação que vigorou no Brasil holandês. Limitamo-nos a colhêr dados nas obras que nos pareceram fundamentais de FREI MANUEL CALADO, GASPAR BARLEU, HERMANN WATJEN e JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO. Não há, assim, possibilidade de um estudo minucioso do processo penal seguido no Brasil holandês. Parece-nos, todavia, ser possível apresentar uma idéia geral do assunto.

*Fase Policial e Fase Judicial* — Segundo tudo indica, inexistia uma distinção nítida entre fase policial e fase judicial do processo. O esculteto é, ao mesmo tempo, chefe de polícia e promotor público, mas a acusação não é apenas pública; particulares também podem pedir aos tribunais a condenação dos delinqüentes.

*Acusação Pública e Prisão Preventiva* — Apontado um cidadão como autor de um delito, ou era imediatamente prêso ou livrava-se sôlto. Possivelmente esta diferença de tratamento decorria da natureza do delito. A mais leve suspeita de traição, de relações com os portugueses inimigos, de troca de correspondência com a Bahia bastava para conduzir à prisão os acusados: “souberam logo disto os do Supremo Conselho, e *cheirando-lhe* a espécie de trai-

---

(86) e (87) JOSÉ ANTÔNIO GONÇALVES DE MELLO NETO, Ob. cit., ps. 246 e 246, nota 35 respectivamente.

ção mandaram... aos Capitães meter em uma fortaleza para se fazer neles exame” (88). Os presos ficavam ou na cadeia pública, ou em fortalezas ou mesmo em navios surtos no pôrto. Muito dos presos nos navios eram postos em grilões, como refere FREI MANUEL CALADO “nesta mesma conjunção chegaram ao nosso arraial dois filhos de Antônio Gomes Salgueiro, aos quais os Holandeses haviam preso quando os moradores se levantaram com João Fernandes Vieira, e aclamaram a liberdade, e disseram que os Holandeses traziam *presos em ferro nas suas naus* aos moradores que haviam preso na ocasião do levantamento, . . . e que eles ditos mancebos achando-se em uma nau na Ilha de Santo Aleixo perto da terra, *haviam quebrado os grilões e fugido a nado.*” (89). A cadeia pública de então parece não ficar atrás, em defeitos, das existentes nos dias de hoje. Numa carta ao Conselho dos XIX, os membros do Conselho de Justiça de Pernambuco referem “que os escabinos lançavam à cadeia pessoas presas por dividas, às vezes pessoas respeitáveis”, “no mesmo local onde estavam criminosos, negros, ladrões e assassinos, pelo que não só a saúde daquelas pessoas muito se ressentia, como ficavam tão intimidadas que preferiam fugir para os matos abandonando tudo” (90). GONÇALVES DE MELLO, sôbre os presos por dividas fala na promiscuidade existente na Cadeia: “muitos foram presos e trazidos para o Recife, suportando terríveis provações na cadeia, ao lado de vagabundos, desordeiros e ladrões” (91). Foi, possivelmente, a esta Cadeia que também estêve recolhida a mulher de Rodrigo de Barros Pimentel, acusada de haver “agasalhado em sua casa e dado provimento de comer a uma tropa de soldados, que

---

(88) FREI MANUEL CALADO, Ob. cit., p. 177, 2.º vol. Texto n. 24, em anexo.

(89) FREI MANUEL CALADO, Ob. cit., p. 148, 2.º vol. Texto n. 22, em anexo.

(90) e (91) Ob. cit., ps. 138, nota 289, e 192 respectivamente. Textos nrs. 34 e 37 em anexo.

havia vindo da Bahia a correr a campanha”. D. Jerônima de Almeida, apesar de ser “matrona mãe de nove filhas já quase mulheres perfeitas, e três filhos”, foi posta em “uma áspera prisão aonde a não deixavam falar com Português algum” (92).

“*Livrar-se sôlto*” — Em certos casos, o acusado podia defender-se em liberdade, ou porque a natureza do delito não aconselhasse a sua prisão, ou porque houvesse êle conseguido “um seguro Real para livrar-se solto”. Foi o que succedeu com o Vigário de S. Lourenço da Moribara, porque, “antes de correrem os banhos celebrara o casamento de Fernão Bezerra com Dona Ana Cavalcanti, na casa dos mesmos contraentes. “Sabido isto por o Escolteto Paulo Antônio Damas, mandou prender (o Vigário) e o dito Vigário lhe fugiu, e andou escondido por os matos, e mandou por sua petição pedir ao Príncipe um seguro Real para se livrar solto, e poder aparecer em público, para alegar de sua justiça; levou o Padre Frei Manuel do Salvador a petição ao Príncipe, o qual lhe concedeu o seguro que lhe pediu” (93). Também conseguiram livrar-se soltos Fernão Rodrigues de Bulhões e Francisco de Azeredo, acusados da morte de um batavo: “porém tanto que o Príncipe se partiu, logo os do Supremo Conselho mandaram vir ao Arrecife a êstes dois homens presos, os quais peitaram largamente, meteram grandes valias para os *deixarem livrar soltos*, dando-lhe o Arrecife por prisão” (94).

*Provas* — Passemos, agora, aos meios de prova utilizados pelos flamengos.

*Confissão obtida por fraude ou por tormentos* — Em primeiro lugar, procuravam êles obter a confissão dos acusados. Para isto usavam de todos os recursos. Um dêles, segundo FREI MANUEL CALADO, era a fraude. Os holandeses

---

(92) FREI MANUEL CALADO, *ob. cit.*, p. 137. Texto n. 10 em anexo.

(93), (94) e (95) FREI MANUEL CALADO, *Ob. cit.*, ps. 141, 1.º vol., 263.

mandavam aos condenados, como se fôsem sacerdotes católicos, predicantes calvinistas: logo acudiam os pastores protestantes “como lobo carniceiros e lhes metiam em cabeça que eram Sacerdotes, e confessores, e que lhes confessassem a culpa, porque os haviam presos, que êles os ajudariam a livrar, e com suas razões satiricas faziam vomitar a alguns ignorantes as culpas, que se não podiam verificar, senão por suas confissões, e logo iam dizer aos do supremo Conselho, e ao Fiscal o que os pobres ignorantes lhe diziam, às vezes dizendo de suas casas o que nem por pensamento tinham ouvido; e os ministros da justiça, e o Fiscal só com os ditos dos Predicantes pronunciavam a sentença de morte”. (95) Usavam também os holandeses, no que, aliás, não estavam sozinhos entre os povos cristãos da época, o tormento como meio para arrancar confissões. Em seu *Testamento Politico*, o conde Nassau mostra-se cético quanto à utilidade de tal sistema: “não recomendo muito as torturas; com elas extorquireis tanto verdades como falsidades e não somente sujeitareis inocentes à suspeita, mas também os perdereis” (96). O uso dos tormentos foi freqüente, sem consideração de pessoa. Por ordem de Frei João da Cruz, seu Prelado, um certo Frei Junípero levou, contra proibição dos holandeses, cartas de Pernambuco à Bahia. Descoberto o fato, frei Junípero foi preso e ia ser pôsto a tormentos, quando confessou o delito: “com o temor do potro que tinha diante dos olhos, e do algoz que se estava preparando” (97). Isto leva a crer que a aplicação do tormento exigia, para certos casos, o auxílio de um potro. FREI MANUEL CALADO refere outros tipos de tormentos, nem todos, é certo, usados no Recife, mas utilizados pelas tropas em suas campanhas: aos presos “davam cruéis tormentos, metendo-lhes os pés em azeite, e breu fervendo, e a outros enforcando-os por os

---

(96) GASPAS BARLEU, Ob. cit., p. 329.

(97), (98) e (99) FREI MANUEL CALADO, ob. cit., ps. 106, 17, 276. Textos ns. 7, 4 e 17 respectivamente.



braços, ou por os pés, e a outros metendo-lhes os dedos nos fechos das clavinas” (98); no ano de 1639, na Alagoa do Sul, o Sargento-mor Mansfelt e o Escolteto Arnau Vandlinberguem. . mandando chamar aos ditos moradores, a saber Sebastião Ferreira morador no Rio de S. Miguel, Manuel Pinto lavrador de canas, Gabriel Soares senhor de engenho, e sem prova alguma, mais do que sua danada tensão, os mandou tratar a todos cruelmente, pondo-lhes fogo debaixo dos pés, do que ficaram aleijados, e a poder de dinheiro com as vidas” (99). De que muitas vêzes as confissões e torquidas eram mentirosas, demonstra de modo eloquente um fato ocorrido com soldados holandeses, que, depois de haverem servido às tropas portuguesas, voltaram a combater ao lado de seus compatriotas. Demos a palavra a FREI MANUEL CALADO: “Tanto que os traidores Holandeses foram mandados para a Baía, ordenou um Capitão dos que assistiam nas nossas estâncias mais chegadas ao inimigo uma estrategema notável para fazer que os governadores do Arrecife mandassem enforcar aos sessenta e cinco Flamengos que haviam fugido de entre nós, e se haviam ido para êles; e foi que escreveu uma carta aos do supremo Conselho debaixo de nome de um morador, o qual tínhamos em prisão por as grandes suspeitas com alguma prova que havia de que nos era traidor, e mandava alguns avisos ao inimigo, e mandou por uma das nossas sentinelas perdidas deitar carta de noite junto à porta da fortaleza dos Afogados, para que os Holandeses a achassem (como a acharam, segundo ao depois se soube por um Flamengo que tomamos vivo) e a lessem em Conselho. E a carta dizia desta maneira: “Não entendam Vossas Senhorias que lhe faltam amigos entre os Portuguezes, e porque bem podem conhecer quem é o que esta lhe escreve e lhe manda êste aviso. Vossas Senhorias hão-de saber que êstes dois Capitães Flamengos, que para êsse Arrecife se foram com seus soldados, não vão fugidos, mas antes são traidores, os quais vão por mandado de João Fernandes

Vieira a solicitar com dinheiro e grandes promessas os ânimos dos Capitães, e soldados dêsse Arrecife, para que o entreguem”. Esta carta fêz tanto abalo nos do Supremo Conselho, que sem dar cópia dela a ninguém, deitaram pelo Arrecife espias secretas, que esquadrinhassem os ânimos dos que haviam fugido, e notassem suas palavras, para ver se podiam descobrir neles algum danado intento, que cheirasse a traição. Sucedeu que estando dois dêstes fugidos bebendo alegremente com outros seus patricios em uma taverna, segundo seu ordinário costume, entre prática perguntaram os outros compatriotas, se os Portugueses faziam bom tratamento aos Holandeses, que andavam no seu exército, e se lhes davam boa razão, e lhes pagavam seu soldo com pontualidade de cada mês? Ao que os dois responderam que o tratamento era bom, e que nunca lhes havia faltado a razão quotidiana de farinha, e carne fresca em abundância, para cuja prova tinham ainda suas muchilas cheias de farinha, e carne assada, e que no tocante ao soldo, todos os meses se fazia pagamento aos soldados razos de cinco patacas, e aos officiais maior estipendio, segundo os postos, e praças que occupavam; e para maior prova do que diziam, meteram as mãos nas aljibeiras, e mostraram as patacas e mandaram vir cerveja e aguardente, com que brindaram os circunstantes. Souberam logo d’isto os do supremo Conselho, e cheirando-lhe a espécie de traição, mandaram prender aos dois, e *lhes deram tormento*, e suposto que não confessaram coisa alguma, os mandaram enforcar, e aos Capitães mandaram meter em uma fortaleza, para se fazer com êles exame, porém dentro de três dias foram desenganados do enredo, porque um traidor os avisou”. (100).

*Testemunhas* — Admitido que os dois nada houvessem confessado, como teriam sido condenados e por quê? Sem dúvida pelo depoimento das pessoas que com êles haviam

---

(100) e (101) FREI MANUEL CALADO, Ob. cit., ps. 176-177, e 137, respectivamente. Texto n. 10 em anexo.

bebido na taverna. Os holandeses davam grande valor à prova testemunhal. Aliás, entre outros, NÉLSON HUNGRIA afirma ser êste ainda o melhor meio de prova. Aceitavam os flamengos depoimentos de negros contra seus senhores: “com os Holandeses só um dito de um negro lhe bastava para prova bastante para entenderem com os moradores”, diz FREI MANUEL CALADO (101). Mas o pior é que, além de submeterem também as testemunhas aos tormentos, facilitavam o aparecimento de falsos testemunhos. Assim, quando “publicaram um edital com pena de morte que nenhum morador fôsse ousado a ter em sua casa arma alguma ofensiva de qualquer qualidade e condição que fôsse; e que todo negro cativo, que declarasse que seu senhor tinha alguma arma, lhe dariam a liberdade. Começaram a surgir inúmeros depoimentos falsos e muitos flamengos se conluiaram com negros para extorquir dinheiro dos senhores portugueses” (102).

*Outras Provas* — Outros meios de prova eram documentos (as cartas trazidas da Bahia para Pernambuco por frei Junípero), o encontro de objetos e, talvez mesmo, exames de cadáveres e ferimentos, dado que as leis puniam os duelos, homicídios e as lesões.

*Processo* — Infelizmente não nos foi possível conhecer qual o andamento dos processos crimes no Brasil holandês, quais os meios de defesa do réu, se êle podia apresentar advogados e se existiam êstes advogados no Brasil flamengo.

## 5 — Dados sôbre o direito penal

Já vimos que vigorava no Brasil a legislação vigente na Holanda, Zelândia e Frisia. E que leis também podiam ser promulgadas em Pernambuco.

---

(102) FREI MANUEL CALADO, Ob. cit., p. 151. Texto n. 14 em anexo.

Ao que parece, as leis penais eram muitas. Nassau mesmo salientou a necessidade de “abolirem-se as penas dos delitos leves e várias leis, salvas aquelas com as quais se punem os crimes graves” (103). Não tivemos recursos para consultar a legislação acima referida. Procuramos, então, através de diversos textos tirados de CALADO, BARLEU, WATJEN e GONÇALVES DE MELLO, colhêr alguns dados sôbre os crimes punidos no Brasil holandês, bem como sôbre as penas a êles impostas.

De modo algum, a enumeração que faremos esgotará a lista dos delitos de então, mas estamos certos, mostrará os principais dentre êles.

De início, lembremos haver um direito penal militar, caracterizado pelo rigor das penas.

Dentre os crimes militares podemos apontar: saída do soldado com armas, fora do quartel e do corpo de guardas, quando a isto estivesse proibido — pena “de três tratos de corda” (*Texto n. 2*); fazer o soldado agravo a civis e lhes tomar coisa alguma contra sua vontade, quando a isto tivessem sido proibidos — pena de morte (*Texto n. 2*); agir os militares com pusilanimidade, mêdo, covardia ou pouca diligência, durante os combates — pena de morte (*Textos ns. 15 e 16*); entregar-se os soldados a saques e pilhagens, descuidando da guarda das próprias armas — pena de morte (*Texto n. 21*, relativo às tropas holandesas que, durante algum tempo, serviram aos portugueses, sob o comando de Teodósio de Estrate, mas referente, sem dúvida, ao direito batavo); trair o militar o exército flamengo — pena de morte (*Textos 24 e 25*).

Vejam, agora, os crimes mais comumente atribuídos aos portugueses: conspirar contra os holandeses — penas de prisão e de confisco de bens (*Texto n. 36*) e, possivelmente também, pena de morte; escrever à Bahia, receber cartas de lá — pena de morte (*Textos ns. 7, 8 e 10*) ou de

---

(103) GASPAS BARLEU, Ob. cit., p. 333.

expulsão do Brasil (*Texto n. 43*); agasalhar ou tratar com algum soldado que viesse a correr a campanha ou a outra qualquer pessoa que da Bahia viesse — pena de morte (*Textos ns. 3, 10, 11, 7, 8*); não declarar aos holandeses quais as pessoas que haviam recebido cartas da Bahia ou tinham tratado com soldados e pessoas nas condições referidas na frase anterior — pena de morte (*Texto n. 7*); ser ousado a ter em sua casa arma alguma ofensiva de qualquer qualidade ou condição — pena de morte (*Texto n. 14*); não abandonar localidades das quais tivessem sido mandados sair ou não regressar a outras localidades para as quais houvessem sido convocados pelos poderes da Nova Holanda — pena de morte (*Textos ns. 5, 19 e 20*); sublevação — pena de morte (*Texto n. 40*); reunir-se e agir em grupos para roubar e matar — pena de morte (*Texto n. 38*); não plantar o número de covas de mandiocas ordenado por lei — pena de *ser considerado inimigo do Estado* (*Texto 36*) e de multa, segundo refere FREI MANUEL CALADO; vender carne ou matar rês sem licença dos ministros da Câmara — pena de açoites e outras *graves penas* (*Texto n. 18*); casar-se ou amigar-se com índios — pena de deportação e outras *severas penas* (*Textos n. 42 e 55*); realizar o sacerdote católico casamento com inobservância das determinações do govêrno holandês — pena de deportação (*Texto n. 13*); escarnecer o judeu da Igreja cristã ou blasfemar — pena de multa, de prisão e até de mutilação da língua (*Textos ns. 30 e 55*); casar-se em cerimônia cuja celebração esteja entregue a um sacerdote católico — pena de exílio, de multa de 300 florins, ficando os filhos impedidos de adir à herança (*Texto 57*).

Outros crimes de maior ou menor gravidade são também referidos pelos autores de que nos valemos. O duelo, por exemplo, era equiparado ao homicídio: “naquele mundo bárbaro irrompiam também contra a nossa gente os vícios da terra, mormente a infreme mania dos combates singulares, que acabavam em mortes, ferimentos e graves

ofensas, com desdouro do nome cristão. Reprimiram-se, pois, em severíssimos editos, os duelos restabelecendo-se contra os homicidas o rigor das leis” (104).

Nassau, éle próprio, declara: “É do interêsse público punirem-se com o maior rigor os duelos e os homicídios deliberados sem se ter em conta a condição de pessoas. Não são, porém, de punir aquêles que são imperados por uma ira cega ou uma justa dor” (105). Dêste modo, o Conde dava como causas justificativas da ação de matar a *ira cega* (seria o homicídio passional) e a *justa dor* (seria o homicídio emocional).

Também a extorsão, os jogos de azar (Texto n.º 55), o incesto, o adultério recebiam punição.

A prisão por dívidas, embora fuja em tese ao campo direito penal, era freqüente (Textos ns. 9, 34, 37 e 44).

Passemos, agora, ao exame das penas.

Podemos reunir as penas aplicadas aos delinqüentes ou aos considerados tais pelos batavos, no Brasil Holandês nos seguintes grupos: 1 — *pena de advertência* (Texto n. 28); 2 — *penas de exílio, expulsão e deportação* (Textos ns. 13, 27, 42, 43, 56); 3 — *confisco*; 4 — *penas pecuniárias*, (Textos ns. 30, 31, 32, 36); 5 — *penas de prisão* (Textos n.º 9, 30, 31, 32, 36); 6 — *castigos físicos* (Textos ns. 1, 12, 18, 33, 35, 39, 44, 55); 7 — *mutilações e marcas* (Textos ns. 12, 5, 19, 35, 55, 39); 8 — *escravidão* (Texto n. 41); 9 — *pena de morte* (Textos ns. 38, 40, 44, 1, 4, 6, 7, 14, 15, 24, 38, 2, 3, 10, 11, 12, 14, 5, 19, 29, 21, e 35).

A *pena de advertência* talvez não fôsse propriamente uma pena e, sim, uma medida disciplinar anterior à pena: “como zeladora da decência e dos bons costumes, a autoridade eclesiástica chamou à barra de seu fôro pessoas que se haviam tornado culpadas de adultério ou viviam ameaçadas e *advertiu*, sob ameaça de imediata demissão, no caso de reincidência, a diversos párocos para que abando-

---

(104) e (105) GASPAR BARLEU, Ob. cit., ps. 209 e 333 respectivamente.

nassem a sua conduta escandalosa e voltassem ao caminho da virtude, como convinha a um servidor da palavra divina” (*Texto n.28*).

A *pena de expulsão* estêve em vias de ser aplicada ao vigário geral que mandara um sacerdote católico celebrar um matrimônio antes de terem corrido os banhos ordenados pelos flamengos (*Texto n. 13*). Foram também expulsos, logo após a chegada de Nassau, várias pessoas “que haviam cometido roubos, ou eram convencidos de delitos de maior gravidade” (*Texto n. 27*). Temos a impressão de que a palavra *roubo*, neste caso não foi empregada no sentido técnico (sução mediante violência à pessoa) e sim como sinônima de *furto*, o que é comum em linguagem vulgar. Deportado foi “certo Gaspar Been, ex-alferes que, no Ceará, *contra expressa proibição que daqui mandamos, dizem os supremos Conselheiros, que ninguém se unisse aos brasilianos por ser um povo muito cioso* (jalours), . . . apesar disto amigou-se com uma índia” (*Texto n. 42*). Em 1636, “todos os jesuítas (foram) presos e embarcados para a Holanda. O Conselho Político, indicando as razões para a expulsão informou: “verificamos mais de uma vez, como não era de esperar deles outra coisa, que mantinham correspondência com o inimigo e informavam-no da nossa situação” (*Texto n. 43*). A expulsão não sera só para a Holanda. BARLEU refere a expulsão de eclesiásticos, que foram mandados para as ilhas das Índias Ocidentais (106). “Em 1641 Paulo Antônio Daens, escolteto de Maurícia, pediu a expulsão de um rico judeu, Gaspar Francisco da Costa “porque êle se tinha feito circuncidar, segundo o uso judeu” (*Texto n. 44*).

A *pena de multa* era aplicada aos judeus blasfemadores, sob a capa de esmolas para os pobres: “Ai do Judeu que não pudesse conter a língua” e escarnecesse das práticas da Igreja Cristã. Em tais casos, o Juiz e o Consistório

---

(106) Ob. cit., p. 211.

não conheciam compaixão. No fim de dezembro de 1641, um deu-se por muito feliz escapando à morte mediante o pagamento de 4.000 florins para os pobres” (*Texto n. 30*). Também pesadas multas eram impostas aos contrabandistas (*Texto n. 32*). E a pena de multa era reclamada pela opinião pública para castigo de certos fatos considerados, pelos holandeses, de pequena importância: “Produziu geral indignação no Recife o fato de haver sido conduzido por uma escolta militar, em plena luz do dia, para a prisão o Holandês Luiz Heines, simplesmente por haver dado umas bofetadas num Judeu que usara expressões ofensivas. “Onde iremos parar”, exclamava J. V. Razemberg, “quando gente de tão bom nome e irrepreensível conduta é tão duramente castigada, por haver dada umas bofetadas! Para uma ofensa a um Judeu, — portanto, a um blasfemador e traidor do nosso Salvador — certamente uma pequena multa em dinheiro seria suficiente.” (*Texto n. 31*).

A *pena de confisco de bens* foi aplicada aos chefes de uma conjuração de alagoanos descoberta pelo esculteto Luberg. A um dos condenados foram confiscados uma terça parte de seus bens e a outro, uma metade. Os mesmos conspiradores, Soares e Vaz, foram ainda condenados a *prisão*: Soares ao confisco de bens e dez anos de prisão; Vaz, ao confisco da metade, dos bens e a vinte anos de prisão no forte de Ceulen (*Texto n.º 36*). Também os judeus “tiveram de expiar os seus desabafos blasfemos com rigorosas penas de prisão” (*Texto n.º 30*). Penas de prisão foram ainda utilizados, sem efeito prático, para coibir a atuação dos contrabandistas (*Texto n.º 31*). Além disto já nos referimos à prisão de Luiz Heines, por ter dado umas bofetadas num judeu. Foram freqüentes, segundo nos mostram os Textos ns. 9, 34, 37 e 44, as prisões por dívidas.

Os *castigos físicos* eram de variada espécie. Pedro Gomes, morador no Arraial velho, certa vez, “achou um seu boi, que os negros do mato tinham já jarretado para lho comerem e o acabou de matar por não se lhe perder a carne, não obstante que o matou com licença de Cosma



de Castro Passos, que servia de Juiz; todavia o Escolteto o mandou prender e o pôs em termo de ser açoitado na praça pública. Valeu-se o homem do Conde de Nassau, o qual lhe deu perdão da culpa por ser a primeira vez”. (*Texto n.º 18*). Para os marinheiros dos navios surtos no pôrto também se utilizava a chibata: “Para essa marinagem inculta e grosseira que se engajava nos barcos do Brasil e não recuava ante atos de usurpação e violência, tornava-se indispensável manter rigorosa disciplina e inflingir severos castigos aos seus transgressores. Era proibido expressamente aos Officiais e tripulação pernottarem em terra. Quando incurso nesta falta, o marinheiro recebia diante do mastro 20 açoites de calabrote. Se ficava fora duas noites, o número de açoites era dobrado” (*Texto n.º 33*). Quanto mais se agravaram os desentendimentos entre cristão e judeus, católicos e calvinistas, e muitos atritos surgiram entre êles, o Alto Conselho achou de bom alvitre estatuir, num edital que “ninguém, de qualquer condição que seja, empregado ou não da Companhia continue a injuriar com palavras ou atos qualquer pessoa de qualquer nação, religião ou condição, ou ainda fazer injuriar por meio de negros ou escravos, ainda dar ocasião a isso, sob pena de serem os perturbadores do sossego público castigados fisicamente” (*Texto n.º 44*). Não podemos incluir entre as penas os castigos com chicote, vara e correia de couro, impostos pelos senhores aos seus escravos, nem tão pouco o uso de tronco e corrente no pescoço e nas pernas (*Textos ns. 35 e 39*).

Já as *mutilações de membros e marcas de ferro*, feitas pelos senhores nos escravos eram de certo modo uma pena, pois só podiam ser feitas depois de autorizadas pelo govêrno (*Textos ns. 35 e 39*): “O governo holandês mostrou um pouco de interesse pela sorte dos africanos. Permittiam aos senhores certos castigos corporais, como batê-los com o chicote, vara e correia de couro, pô-los nos ferros ou no tronco, acorrentá-los pelos pés e pelo pescoço,

mas determinou que caberia à justiça, em todos os casos, decretar a morte, penas de mutilações de membros e marcas de fogo” (*Texto n.º 39*).

De certo modo, a *escravidão* também foi uma pena aplicada no tempos dos batavos, pelo menos em relação aos índios. Houve um momento “em que se permitiu a escravização dos índios, logo proibida. Tratava-se de índios, que faziam guerra aos que se haviam aliado aos holandeses: como castigo foram escravizados” (*Texto n.º 41*).

Mas a pena por excelência, a pena das penas, a mais freqüente nas citações dos autores é a *pena de morte*. De vários modos era executada a pena de morte: pela fôrça (Textos ns. 1, 4, 6, 7, 14, 15, 24 e 38), pelo arcabuz — (Textos ns. 2, 4), pela espada — (Textos ns. 4, 7, 10, 11 e 15), pela fogueira — (Texto n.º 38), pela entrega da vítima aos índios — (Texto n.º 3), pelo esquartejamento do condenado ainda vivo — (Texto n.º 40). Houve casos de verdadeira mortandade: no Rio Grande os Holandeses tinham “ordem para matar todos os moradores de dez anos para cima” (Texto n.º 23). Não se tratou evidentemente de uma aplicação de direito penal, mas de um morticínio. Houve vêzes em que a sorte decidiu quem de vários criminosos deveria morrer: certa vez, o Mestre de Campo Teodósio de Estrate, que traira os holandeses e se passara aos portugueses, condenou sete Flamengos de seu terço” a que morressem arcabuzeados, segundo as regras da milícia de sua pátria. E porquanto se meteram de permeio muitos rogadores suspendeu a sentença, e mandou que todos sete jugassem as vidas aos dados, e que o que deitasse menos pontos morresse para exemplo; e assim se fez, e se executou a morte no que menos pontos deitou” (*Texto n.º 21*). Há exemplos de execuções coletivas: em Pôrto Calvo, João Cornelicem Lictart, chefe dos holandeses, “deitou bando com pena de morte que nenhum soldado seu fizesse agravo a algum morador, nem lhe tomasse coisa alguma contra

sua vontade; e porque três soldados saíram do quartel e foram a casa de João Velho Braga, que morava no Varadouro perto da povoação, e lhe mataram um boi de carro, vindo-lhe o dito João Velho fazer queixa, êle os mandou logo prender, e arcabuzear, e ainda que se meteram muitos rogadores, assim Flamengos, como Portugueses, para que se lhe perdoasse aquela culpa, por ser a primeira, nada foi bastante para que êle revogasse a sentença, e assim morreram atados a três paus” (*Texto n.º 2*). Também Nassau, de uma feita, segundo refere FREI MANUEL CALADO, condenou à morte vários de seus comandados: “Tanto que a nossa armada foi derrotando para a parte do Norte tornaram os Holandeses com a sua para o Arrecife, trazendo na sua capitânea um estandarte negro em sinal que vinha nela o seu coronel morto. E tanto que fizeram fundo, e deitaram âncoras defronte da barra mandou o Príncipe que saíssem os Capitães em terra, e os Pilotos, e tomando informação do que havia sucedido, mandou enforcar à cinco, porquanto na batalha haviam mostrado covardia, e enforcou também a dois Pilotos, porque fizeram pouca diligência para investir com a nossa Capitânea, e ao Almirante do mar mandou degolar em teatro no meio da praça do Arrecife, e o degolaram por detrás por pusilânime e covarde e lhe fizeram em público a espada em pedaços, em sinal de ignomínia, e afronta” (*Texto n.º 16*). Os casos de pena de morte executada pela *fogueira*, pelo *esquartejamento*, pela *entrega do paciente aos índios* são os que encontram menos referência nos autores. Enforcados ou queimados vivos eram os negros dos quilombos que saíam em bandos, roubando e matando (*Texto n.º 38*). Esquartejados foram os negros que se sublevaram em Fernando de Noronha: “A sublevação teve lugar em 1652, parece que causada pela fome. Projetavam os negros matar os poucos brancos que lá havia. O govêrno holandês avisado, aprisionou os cabeças, em número de 6, que foram condenados a morrer esquartejados vivos. Dois dêles foram

mortos no Recife, dois em Itamaracá e dois em Fernando “para que o castigo servisse de exemplo” (*Texto n.º 40*) Entregues aos índios eram os portugueses acusados haverem acompanhado Matias de Albuquerque: “começaram os moradores a cobrar tanto medo aos índios Caboclos, que mais os temiam que aos próprios Holandeses, porque como eram criados nos matos não lhes ficava canto que não revolvessem, e bastava dizer qualquer dêles aos Holandeses, êste acompanhou a Matias de Albuquerque ou falou com seus soldados, para logo o mandarem matar, o que êles executavam como cruéis e carniceiros algozes” *Texto n.º 3*). Os meios de execução preferidos são, em primeiro lugar a fôrca, depois o degolamento, e, por fim, o arca-buzeamento. Ameaçados de morrerem degolados estiveram D. Jerônima de Almeida (*Texto n.º 10*) e Julião de Araújo (*Texto n.º 11*), todos perdoados pelo Príncipe de Nassau. Julião de Araújo, graças às lágrimas da espôsa e de cinco filhos, foi perdoado quando já estava no teatro das execuções e o algôz já se preparava para o degolar. Mortos na fôrca, entre outros, os dois soldados holandeses vítimas da trama da carta falsa urdida pelos portugueses (*Texto n.º 24*). Condenados à morte estiveram, até perdão do Príncipe, Frei Junípero e seu Prelado. A execução muitas vezes se cercava de requintes desnecessários de perversidade. O condenado não tinha direito sequer a se confessar e a receber os sacramentos (*Texto n.º 12*) e, às vezes, cortavam as mãos do sentenciado antes de o enforcarem, como fizeram a um pobre Domingos Pereira, do Pôrto Calvo, morto por ser soldado e que, antes de morrer destragara o pastor protestante a êle oferecido pelos batavos. A barbaridade ia a ponto de exporem na fôrca os corpos de pessoas que haviam morrido antes da pena executada ou antes de haverem pago as próprias dívidas, como succedeu com Moisés Abendana, o qual, cheio de débitos se enforcara: “a Câmara dos Escabinos tomou, então, uma resolução estranha, proibiu o enterro do judeu e determi-

hou que o corpo fôsse pôsto em exposição na fôrca” (*Texto n.º 44*). E quando o condenado não podia ser levado à fôrca, vivo ou morto, restava o recurso à execução em effigie. Sucedeu isto ao traidor Teodósio Estrate e a seu sargento-mor segundo lhe fêz saber uma carta a êle dirigida: “Sois um infame cachorro, e traidor dos Senhores Estados e Companhia, que com tão pouca vergonha, tendo-vos feito Governador da fortaleza de Nazaré, que era a melhor que tínhamos nesta costa, a entregastes aos Portugueses, e agora com tão pouco pejo os estais servindo na guerra como velhaco e infame. Pela qual razão os Senhores do Supremo Conselho vos condenaram logo à morte; e ao vosso Sargento-mor, Francisco de la Tour, que basta ser francês, para também ser traidor. E assim a vós degolaram em estátua por detrás como infame e logo vos queimaram à vista de todo o povo, e a vosso Sargento-mor enforcaram e logo lhe fizeram a estátua em quartos, e os puseram pendurados da fôrca, pelo que vossa vida e vossa honra não têm remissão para conosco” (*Texto n.º 25*).

Um último reparo sôbre os dados que colhemos com relação ao direito penal flamengo no Brasil: a freqüência com que o Conde de Nassau, chefe supremo do país, procurou atenuar a brutalidade dêste direito rude e de guerra, perdoando os condenados ou comutando-lhes as penas.

#### Lista de textos:

FREI MANUEL CALADO, *O Valoroso Lucideno* — Edição Cultura — São Paulo. Dois volumes.

#### 1.º VOLUME

##### *Textos n.ºs:*

1 — . . . . .	página 52
2 — . . . . .	” 57
3 — . . . . .	” 70
4 — . . . . .	” 71
5 — . . . . .	” 72

6 —	.....	”	76
7 —	.	”	106
8 —	.	”	126
9 —	.....	”	129
10 —	.....	”	137
11 —	.....	”	138
12 —	.....	”	138
13 —	.....	”	141
14 —	.....	”	151
15 —	.	”	153
16 —	.	”	155
17 —	.	”	276
18 —	.	”	303
19 —	.....	”	351
20 —	.....	”	370

## 2.º Volume

### *Textos n.ºs:*

21 —	.....	página	135
22 —	.....	”	148
23 —	.....	”	151
24 —	.....	”	177
25 —	.....	”	179
26 —	.....	”	199

---

HERMANN WATJEN, *O Domínio colonial holandês no Brasil.*  
— Companhia Editôra Nacional — São Paulo

### *Textos n.ºs:*

27 —	.....	página	151
28 —	.....	”	384
29 —	.....	”	351
30 —	.....	”	369
31 —	.....	”	374
32 —	.....	”	469
33 —	.....	”	543



# Da dogmática jurídica

*Paulo Carneiro Maia*

SUMÁRIO — 1. — Proêmio. 2. — Importância da proposição. 3. — Trajetória do pensamento filosófico jurídico de Pedro Lessa. 4. — Sua definição do direito. 5. — Concepção no criticismo. 6. — Concepção no krausismo. 7. — Concepção de Ihering. 8. — Influências sofridas por Pedro Lessa na conceituação do Direito. 9. — Valor atribuível à dogmática jurídica. 10 — Apreciação sobre a inconciliabilidade de arte jurídica. 11. — Identificação do verdadeiro papel da dogmática jurídica. — 12. — Conclusão.

1. A concepção doutrinária de PEDRO LESSA sôbre a dogmática jurídica constitui um ponto cardial para meditações desapaixonadas. (1).

Mestre de gigantesca envergadura moral e de fascinante intelectualidade que lhe asseguraram singular destaque na Faculdade de Direito de São Paulo, para a qual ingressou em 1888 pelo portal de dois concursos que o notabilizaram (2), projetando-se em outros setores, não se

---

(1) Trabalho feito para a cadeira de Filosofia do Direito, do 2º ano do Curso de Doutorado, entregue ao Prof. MIGUEL REALE, em 1953.

(2) Em 1887, depois de ter iniciado sua vida pública como Secretario da Relação de S. Paulo, inscreveu-se PEDRO AUGUSTO CARNEIRO LESSA em concurso na Faculdade de Direito dêsse Estado. Apesar de ter obtido o primeiro lugar, foi preterido por FREDERICO ABRANCHES, prócer político apoiado pelo partido então dominante.



acorrentou PEDRO LESSA à ortodoxia positivista em que se moldara. Quando subiu à cátedra, já o disse o eminentíssimo Prof. REYNALDO PORCHAT, tinha o espírito “enriquecido pelo ensinamento que granjeara no convívio com os melhores autores. Entrou de passo firme por este templo da metafísica, vibrando golpes sobre golpes. O seu método foi o positivo, que êle chamava científico, com a intenção de precisar-lhe o significado. E erudito, talentoso, pugnaz, dialético, mordaz e verboso, sacudiu as construções frágeis tecidas sobre o velho apriorismo, e, manejando o método indutivo com os processos científicos da observação, experimentação, comparação e generalização, tornou-se invencível no ataque.” (3).

Traçando o perfil da inconfundível personalidade de PEDRO LESSA, anos depois, o Prof. MIGUEL REALE, em discurso de posse da mesma cátedra que tem sabido manter alta, merecendo ser considerado um dos provocadores do renascimento da Filosofia no Brasil, não dissimulou se afastar de sua “orientação filosófico-jurídica”, reconhecendo-lhe deficiências. Proclamou-o como sentiu: “Não me coloco, pois, entre aqueles que se dão à desagradável tarefa de destruir a obra de PEDRO LESSA, atribuindo-lhe tão somente méritos técnicos de jurista, porque o que nos cabe é apreciar com objetividade a sua posição na história do pensamento filosófico-jurídico do Brasil em geral, e desta Faculdade em particular.

---

Aberto outro concurso, em 1888, nele se increveu, obtendo a melhor classificação sendo, então, nomeado lente substituto aos 16 de maio daquele ano. Três anos decorridos, era nomeado professor catedrático por decreto de 21 de março de 1891, lecionando durante 20 anos, já que, em 1907, foi guindado ao Supremo Tribunal Federal, na vaga deixada pelo Ministro LUCIO DE MENDONÇA.

(3) Oração proferida por ocasião do centenário dos cursos jurídicos no Brasil, em 11 de agosto de 1927, sob o título “O Pensamento Filosófico no Primeiro Século da Academia.” — (Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, Tipografia Siqueira, vol. 24, págs. 367/368).

*Não isenta de falhas e defeitos, a sua obra há de ficar pelo que representou no sentido de uma compreensão mais exata dos fenômenos jurídicos, cujo real valor e significado só se compreendem no sistema orgânico das forças sociais.”* (4)

Anima-nos a mesma idéia construtiva, guiados por igual liberdade que era, de resto, apanágio daquele jurista-filósofo, na investigação de seu enunciado. Distanciados estamos de qualquer propósito de crítica demolidora. Há de ser visto, pois, o nosso intento na sua *pars construens* e não naquilo que possa ser vislumbrado como sua *pars destruens*. Mesmo porque não há que destruir em quem soube construir com amalgama da sabedoria.

Rumando por este caminho, visamos a perquirir, numa tentativa de investigação bem intencionada, o que há de vivo ou de morto na conceituação que PEDRO LESSA tem da dogmática jurídica. Acenamos, bem por isto, de início, sua trajetória espiritual, de vez que esta não seria a sede adequada à sua biografia (5), apenas para demarcação de princípios, embora imprecisos como os distantes espigões das serranias.

---

(4) Discurso feito perante a Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo ao tomar posse da cátedra de Filosofia do Direito, em 14 de maio de 1941. (Dois Discursos, 1942, S. Paulo, Emp. Gráfica da Rev. dos Tribunais Ltda., pág. 9).

(5) Dados apreciáveis foram fixados por CLÓVIS BEVILAQUA no discurso pronunciado, em sua memória, em sessão pública de 27 de outubro de 1921, na Acad. Bras. de Letras, (Rev. da Acad. Bras. de Letras, Rio de Janeiro, Ed. do Anuário do Brasil, ano XIX, vol. 27, nº 77, págs. 100/106). O “Adeus” deu-lhe COELHO NETO, propondo a todos o juramento — “amar e honrar o que êle tanto amou, honrou e engrandeceu: a Pátria.” (ibidem, págs. 110/112. Fêz-lhe a crônica HUMBERTO DE CAMPOS. (Carvalhos e Roseiras, Rio de Janeiro, 1941, W. M. Jackson Inc., págs. 139/145). Valioso manancial se contém em dois apreciáveis repertórios (Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, S. Paulo, Tipografia Siqueira, vol. 22, pág. 262; Revista do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro, vol. 30, págs. 3/64).

2. A proposição não é meramente acadêmica como pode parecer. Nem se reveste de simplicidade. Envolve a questão substancial do valor da dogmática, como ciência ou como arte, e seu enquadramento. Expressando as divergências entre os escritores, escreveu o Prof. MIGUEL REALE em magnífica síntese que merece ser lembrada: “Uns, e são os que atendem mais à expressão formal do Direito, identificaram a Dogmática e Ciência do Direito, declarando que a Ciência que tem por objeto a formação ou elaboração das leis não é a ciência jurídica propriamente dita, mas a Política ou a Teoria Geral do Estado. O trabalho do jurista não compreenderia, dessarte, a indagação das causas e dos motivos das normas, a não ser como elemento auxiliar de exegese na aplicação das leis aos casos concretos.

Outros, ao contrário, procurando chegar a Ciência do Direito às chamadas Ciências naturais, distinguem a Ciência do Direito da Dogmática, considerando a primeira uma ciência verdadeira, e a segunda uma arte ou a explanação de uma arte.” (6).

Se a assinalação de dissentimentos entre autores não é confortador, muito menos se-lo-á reflexionar com a própria autoridade contraditada. Atitude menos cortês, caracterizando o argumento denominado *ad hominem* (7), mas que nos vemos constrangidos a assumir porque será

---

(6) Teoria do Direito e do Estado, 1940, S. Paulo, Livraria Martins, nº 6, pág. 11.

(7) Focalizando o enunciado, adverte, com oportunidade, CARLOS MAXIMILIANO: “Não é delicado e produz mau efeito o invocar a autoridade daquele perante o qual ou contra quem se pleiteia ou discute; especula-se, dêste modo, com a vaidade, que interdiz o abandono e a retratação do erro. Chama-se argumento *ad hominem*, *ad iudicem* ou *ad curiam*, conforme se refere a anterior parecer do contraditor, de um juiz, ou de tribunal coletivo. Tal processo fere ao mesmo tempo as conveniências e a lógica.” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 1941, S. Paulo, Livraria Editôra Freitas Bastos, nº 339, págs. 329/330).

de través do desdobrar do pensamento de PEDRO LESSA que iremos situar o problema.

3. Em 1896 sustentou PEDRO LESSA, em preleção dada à publicidade, que *a dogmática jurídica era uma ciência*. Partindo do conceito de arte e de ciência para assinalar que “tôda ciência tem exclusivamente por objeto conhecer as leis, as relações necessárias entre os fenômenos”, mostrou como o juriconsulto, quando aplica o direito, desenvolve sua atividade no domínio artístico, porém que “êsse trabalho artístico carece ser precedido do estudo de verdades científicas de que a arte é mera aplicação.” Essas verdades científicas não estão, sòmente, nos princípios fundamentais, “mas também nas leis particulares, nos corolários, nas deduções ou desenvolvimentos dêsses princípios, que formam o conteúdo da dogmática jurídica.” (8).

Tempos decorridos, ou melhor, em 1912, o mesmo lareado professor, quando já tinha deixado a cátedra, passou a defender idéia diametralmente oposta. Com a publicação de seu precioso livro, pôs em realce que “sòmente pelo caráter empírico, por tantos séculos imprimido ao estudo do direito, e pelos arraigados preconceitos que ainda hoje dominam tantos cultores dessa doutrina, incapazes, pela falta de preparo científico, de formar um conceito exato acerca da natureza da ciência, tornou-se possível, então, explicar-se “*o absurdo da inclusão da dogmática jurídica entre as ciências, ou da sua qualificação como ramo da ciência do direito.*” E depois de acenar que ela “tem por objeto o dogma do direito, isto é, os cânones, as regras do direito positivo, as leis (no sentido técnico, especial, do têrmo), escritas ou consuetudinárias”, finaliza de modo incisivo: “A dogmática jurídica encerra um conjunto de preceitos, formulados para a realização de fins determi-

---

(8) Metodologia Jurídica, in Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, S. Paulo, Espinola, Siqueira & Cia., vol. 4, págs. 26/27.

nados: *é a explanação de uma arte. Confundi-la com a ciência importa desconhecer um dos mais vulgares elementos de lógica.*” (9).

Albergando esta idéia como a definitiva, por circunstância cronológica, a traduzir o prevalecente pensamento filosófico-jurídico, teremos de perquirir dos fatores que a motivaram ou a influenciaram.

4. A especulação nos conduz numa retilínea à definição do Direito, para logo deparada, que PEDRO LESSA dá como sendo “o conjunto orgânico das condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, dependentes da vontade humana e que é necessário sejam garantidas pela força coercitiva do Estado.” (10).

Diretriz resultante da glosa generalizada sôbre as três formas essenciais da ciência do direito — a dogmática, a histórica e a filosófica — precisando o acolhimento de ciência una e admitindo o pressuposto do monismo.

Com êste enunciado estaríamos em condições de apre-  
ciar a definição legada por PEDRO LESSA, verificando, assim, a qualificação da dogmática jurídica.

Todavia, representando as definições, de ordinário, uma atitude mental ou filosófica a reclamar uma penetração subjetiva (11), corre-nos o dever de apurar as razões ou fatores desta construção jurídica, antes de qualquer crítica.

---

(9) Estudos de Filosofia do Direito, Rio de Janeiro, 1912, Tipografia do Jornal do Comércio, Rodrigues & Cia., págs. 45/46 e 52.

(10) Op. cit., pág. 62.

(11) Lembra MARTINEZ PAZ, de cuja lição nos recordamos nesta altura, que, “como una definición no es ordinariamente nada más que el análisis del contenido de un concepto, *no puede ser estudiada en si misma sino en relación a la actitud que traduce frente a los problemas de la filosofía.*” (Sistema de Filosofia del Derecho, Buenos Aires, 1940, Librería y Editorial El Ateneo, pág. 48)

Verificaremos, pela observação dos fatos e das idéias, que a definição de direito de PEDRO LESSA é uma acomodação dos enunciados de KANT, KRAUSE e IHERING. Bastará atentar para a conceituação de cada qual deles.

5. O filósofo de Koenigsberg, um dos precursores da concepção organicista da sociedade (12), dissertando sobre o princípio universal do direito, define: “Est juste toute action qui n’est point, ou dont la maxime n’est point un obstacle à l’accord de la liberté de l’arbitre de tous avec la liberté de chacun suivant des lois universelles.” (13).

Desta definição vulgarizada (14) emerge nitida a idéia de liberdade, de arbítrio, já que para KANT o princípio

---

(12) Antes de KANT o direito era definido dos mais variados modos; êle lançou a idéia de condicionalidade. Foi um dos precursores da teoria orgânica participando do movimento reacionário. No fim do século XVIII e começo do XIX, registra SOROKIN, houve uma reação “de la pensée sociale contre les conceptions atomistes, individualistes et mecanistes de la période précédente. Cette reaction prit la forme d’une renaissance de diverses interprétations organiques. Les théories contractuelles de la société, les théories de sa nature artificielle, et les théories de l’atomisme sociologique perdirent tout crédit. Leur place fut occupée par les théories de Bonald, J. de Maistre, E. Burke, Adam Müller, Herder, Lessing, Fichte, E. Kant, Schelling, H. Léo, Hegel et d’autres dans lesquelles divers caractères de la conception organique étaient établis.” (Les Théories Sociologiques Contemporaines, Paris, 1930, — Payot, trad. de René Verrier, pág. 154)

(13) Principes Métaphysiques Du Droit, Paris, 1853, Librairie Philosophique de Ladrangé, trad. de Joseph Tissot, § C, pág. 42.

(14) O texto original, pouco acessível, soa da maneira seguinte: “Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkuer des einen mit der Willkuer des andern nach einen allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.” (Recht und Sitte—Die Kulturphilosophie — in “Die Drei Kritiken”, selecionado e editado por Raymund Schmidt, Alfred Kroener Verlag, Leipzig, s/d, pág. 362). Encontradiça é a tradução: o direito é o conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos demais, de har-

indispensável ao conhecimento humano são as formas, moldes, ou categorias preexistentes à elaboração dos nossos juízos.

O clássico DEL VECCHIO, mergulhando no âmago do kantismo, extraiu, precisamente, esta conclusão. Externou-a com tal limpidez e concisão que, por proporcionar o enunciado que almejaríamos, não nos furtamos de transcrevê-la fugindo às deformações de uma síntese ou tradução: “In questa definizione (o massima della coesistenza) si riafferma il concetto della libertà come supreme valore etico. L'uomo deve essere rispettato nella sua libertà, cioè non deve essere considerato o trattato come cosa, come strumento o mezzo, ma come fine in se stesso (Selbstzweck). La libertà é un diritto naturale, innato (la distinzione tra diritti naturali ed acquisiti, fatta dai precedenti scrittori di diritto naturale, fu accettata dal Kant); anzi, tutti i diritti naturali si compendiano, secondo il Kant, in questo diritto di libertà. In vero, la libertà ed il valore supremo che colloca l'uomo sopra il mondo dei fenomeni. Se l'uomo

---

monia com uma lei universal de liberdade”. Ao fazê-la os tradutores, atendendo ao mais exato sentido do vocábulo “willkuer”, preferem traduzi-lo por “arbitrio” a por “vontade”. De resto, conjuga-se melhor com o pensamento sistematizado do autor e com o sentido etimológico da palavra, como, semelhantemente, à arbitrariedade o ventilou IHERING (El fin en el Derecho, Buenos Aires, 1946, Editorial Atalaya, nº 162, pag. 176). Estranhável, bem por isso, que ORRIS SOARES, em seu dicionário, ora dado a publicidade, com a apresentação de “obra monumental”, haja incidido na condenação de usar a palavra “vontade” em lugar de “arbitrio”, no transmitir a definição do Direito como “conjunto das condições em que a *vontade* individual de cada um pode unir-se, associar-se à *vontade* individual de outrem, em harmonia com a lei universal da liberdade.” (Dicionário de Filosofia, Rio de Janeiro, 1952, Departamento de Imprensa Nacional, vol. I, pág. 346, voc. Direito) Será, talvez, um daqueles “descuidos tão graves” ou a “falta de convivência direta” com os textos, na crítica do Prof. MIGUEL REALE, pondo a perder a invocação do dicionarista. (Revista Brasileira de Filosofia, S. Paulo, 1952, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais Ltda., vol. 2, fasc. IV, págs. 762/767)

fosse solo un fenomeno, sarebbe determinato, come tutto ciò che appartiene alla natura. Ora, esso appartiene bensì alla natura in quanto ha un aspetto inferiore; e perciò è determinato, e si può dimostrare che ogni azione, come fenomeno, discende necessariamente da certe cause (in questo senso il Kant é, con ragione, determinista). Ma, d'altrapartē, l'uomo ha in sè un mondo di determinarsi superiore a quello della causalità naturale; la deliberazione, in quanto procede dall'essere autonomo del soggetto, han un significato che va oltre il mondo dei fenomeni. L'uomo é libero in quanto si determina secondo la legge morale, che è un principio assoluto, implicito nel suo stesso essere. Prodotta che sia l'azione, essa appartiene all'ordine dei fenomeni, e come tale appare determinata. Così si conciliano la libertà e il determinismo.

Nella valutazione del diritto di libertà il Kant ha subito l'influsso del Rousseau, come si deduce dalla stesa sostanza del suo sistema filosofico, e anche da una sua esplicita confessione (egli scrisse: Vi fu un tempo in cui credetti che il maggior valore consistesse nell'intelligenza, e che lo scopo supremo della vita fosse la conoscenza. Il Rousseau mi ha fatto ricredere, e mi ha persuaso che vi é qualche cosa di superiore: la libertà e la moralità). Di qui la dottrina kantiana del primato della ragion pratica su quella teoretica." (15).

Discorrendo acêrca do idealismo transcendental ou criticismo, PEDRO LESSA, a despeito de considerar falso o sistema de KANT, sublinha a característica de que, para o filósofo alemão, a liberdade é inseparável da razão e nela se concentram os direitos: "todos os direitos se reduzem a um só, que é a liberdade compatível com a de todos os outros homens segundo uma lei universal." (16).

---

(15) Lezioni di Filosofia del Diritto, Milão, 1950, Dott. A. Giuffrè, pág. 86.

(16) Op. cit., págs. 294/295. O capítulo de seu livro em que se contém essa passagem, anteriormente, fôra resumido para os alu-



É a lei universal de direito que, anotando afinal, TISSOT traduz assim: “agis extérieurement de telle sorte que le libre usage de ton arbitre puisse se concilier avec la liberté de tous suivant une loi universelle”... (17).

Aqui, então, PEDRO LESSA se encontra com KANT ou sofre sua influência, pois, ao definir o direito, deu-lhe a déia de condicionalidade, que reclama a de liberdade. A locução usada por êle, “conjunto orgânico das condições...”, ou seja, complexo de formas condicionantes da experiência jurídica possível, corresponde, em substância, ao “livre arbítrio de cada um”, a se harmonizar com o “livre arbítrio de todos” que KANT coloca em primeiro plano no seu sistema metafísico. Ambos convergem para o mesmo ponto dominante que é o respeito aos limites da liberdade.

A definição de KANT poderá não ser isenta de crítica, notadamente porque almejou dar, não o sentido da palavra, mas a explicação da natureza do direito e sua origem metafísica, segundo a censura branda de LALANDE. (18). Irrecusável, entretanto, apesar da reprovação de PEDRO LESSA (19), que ela se refletiu em sua própria definição de maneira marcante.

---

nos do 1º ano de bacharelado publicado em 1902. (Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, S. Paulo, 1902, Tip. Espinola, Siqueira & Cia., vol. 10, págs. 217/242)

(17) Op. cit., pág. 43.

(18) Merece, aqui, ser destacada a observação do acatado Prof. na Sorbonne, ad unguem: “Nous avons éliminé, dans cet article et dans le précédent, toutes les définitions qui prétendent à donner, non le sens du mot, mais l'explication de la nature du droit, et son origine métaphysique, p. ex. la formule du Kant, définissant le droit par les conditions nécessaires à l'accord des volontés suivant une loi de liberté. A cette conception s'oppose la conception de la liberté comme résultant au contraire du rapport des droits. La liberté est le pouvoir qui s'appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas au droit d'autrui.” (Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie, Paris, 1938, Librairie Felix Alcan, vol. I, pág. 180, voc. Droit).

(19) Não titubeou o festejado catedrático em afirmar que “desde os seus primórdios o sistema de Kant é falso”, ressentindo-

6. Do racionalismo harmônico de KRAUSE, o qual é um continuador de KANT, de um kantismo derivado ou de grau inferior, emerge o pensamento de dependência da vontade humana. A expressão “dependentes da vontade humana”, colheu-a PEDRO LESSA em KRAUSE.

Do transunto de JOSÉ MENDES, com efeito, se apura a definição de KRAUSE concebida nestes termos: “O conjunto das *condições* temporais *dependentes da vontade humana* e necessárias para a realização harmônica e plena do destino individual e social.” (20).

Empregando a palavra “condições”, comum aos bons conceitos, KRAUSE aceitou a tese da condicionalidade de KANT com um adinículo; aditou à definição de direito a expressão “dependentes da vontade humana”. Lê-se, a propósito, num de seus divulgadores, qual JOSÉ MENDES, ponderação que se afina com êsse enunciado: “O primeiro filósofo que empregou na definição do direito, a adequada, precisa e significativa palavra condição foi KANT. *Mas, quem concebeu a condição em seu sentido completo*, como o termo característico para exprimir as relações orgânicas de determinação, de ação e de influência recíprocas, em que existe e desenvolve-se também tudo no mundo moral e social, foi KRAUSE.

Êste princípio orgânico e regulador, destinado a manter a harmonia e a saúde do corpo social, foi reconhecido por KRAUSE como o princípio completo do direito, determinado desde então como o conjunto orgânico das condições livres

---

se a sua definição do “mesmo formalismo” e da “mesma vacuidade” (op. cit., págs. 301 e 306). Seguiram-lhe a esteira, bordando iguais comentários, os Professôres JOSÉ MENDES, o qual, ainda, apontou o defeito negativo daquela definição (Ensaio de Filosofia do Direito, S. Paulo, 1903, Duprat & Cia., § 87, págs. 301 e 316) e JOÃO ARRUDA (Filosofia do Direito, S. Paulo, 1942, Emp. Gráfica da Rev. dos Tribunais Ltda., vol. 1, págs. 96/97)

(20) Op. cit., § 91, pág. 398.

para a realização harmônica do destino humano, afirma seu discípulo AHRENS.” (21).

Expondo as idéias substanciais de KRAUSE, destaca JOÃO THEODORO XAVIER, em sua rara obra, os princípios jurídicos agasalhados por aquêlé secretário de KANT. A relação de condicionalidade é circunstância ali posta em relêvo: “o direito diversamente é ciência especial que expõe o complexo de *condições dependentes da vontade humana*, necessárias ao cumprimento do fim assinado ao homem por sua natureza racional.” E, depois de dar livre curso ao pensamento de TIBERGHIEU, expositor belga do krausismo, acrescenta: “Circunscrito pois ao domínio da atividade livre repousa todo direito sobre *a relação de condicionalidade* entre os meios e a finalidade racional do homem.” (22).

---

(21) Op. cit., § 91, pág. 399. Escreve, em verdade, AHRENS, discípulo de KRAUSE, que “le droit, comme principe d'ordre, est enfin un principe d'harmonie; car, en établissant une conformité de rapports entre toutes les personnes et toutes les choses, il harmonise aussi la vie sociale. C'est cette idée de l'harmonie que Platon, le premier, a comprise comme un caractère distinctif de la justice. La Justice, dit-il, est la vertu par laquelle les autres sont liées, coordonnées et harmonisées entre elles. Elle est la même, ajoute-t-il, dans l'individu et dans l'Etat. En effet, de même que l'homme individuel mène une vie juste quand il cultive chaque force de l'âme en elle-même et en harmonie avec les autres, de même la justice de l'Etat consiste à soutenir toutes les forces, toutes les parties du corps social, et à les placer dans des rapports harmoniques. Cette conception de Platon est vraie et profonde, et il importe de la rappeler aujourd'hui que les esprits semblent oublier que la justice bien ordonnée commence par soi même, c'est-à-dire que chacun doit mettre d'abord l'ordre dans son âme et dans toutes ses forces actives, s'il veut qu'un ordre réel et durable s'établisse dans la société.” (Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit, Bruxelles, 1853, Meline, Cans et Cie., págs. 170/171)

(22) Teoria Transcendental do Direito, S. Paulo, 1876, Tipografia de Jorge Seckler, § 3/5, pág. 325.

Viva é a expressão culminante de KRAUSE, — dependência da vontade humana — na definição de PEDRO LESSA. E se o krausismo exerceu tão profundo entusiasmo em vários pensadores do mundo, como observa RECASENS SICHES (23), não é de se estranhar que, embora hoje de diminuta influência, tivesse encontrado ressonância em um discípulo de um seu discípulo. (24).

7. Ao receber essas duas doutrinas, imprimiu-lhes IHERING, poderoso pensador e respeitado jurisconsulto que pontificou na Alemanha no século XIX, um conteúdo nitidamente sociológico. Estudando a missão do direito, cuja constante é o interesse, trouxe para embasamento de sua definição a noção de condições de vida. Definiu, então, depois de perquirir: “Cual es, pues, el fin del derecho? Hemos visto que el fin de los actos del ser animado reside en la realización de sus condiciones de existencia. Recogiendo esta definición, podemos decir que el derecho representa la forma de la *garantía de las condiciones de vida*”

---

(23) Relaciona o autor países como a Espanha, Bolívia, México e tantos outros em que o pensamento krausista teve representação relevante fazendo a reflexão paralela de que “el krausismo, como sistema filosófico, y singularmente su Teoría jurídica, puede considerarse en general como una posición que hoy ha sido ya superada.” (GIORGIO DEL VECCHIO, e LUIS RECASENS SICHES, *Filosofía del Derecho e Estudios de Filosofía del Derecho*, México, 1946, Unión Tipografía Editorial Hispano-Americana, vol. II, págs. 332, 342, 423 e 568.)

(24) O venerado catedrático foi como JOÃO ARRUDA, seu sucessor, aluno de JOÃO THEODORO XAVIER. Esse teve por mestre KRAUSE, que tão escassa repercussão logrou em sua terra de origem. “A KRAUSE estava reservada”, na penetrante ponderação do Prof. MIGUEL REALE, “uma projeção inesperada no mundo hispérico. O fenómeno da ascendência krausiana, que ainda hoje causa estranheza a certos espíritos, foi quase que concomitante em Portugal e na Espanha.” (*A Doutrina de Kant no Brasil*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais Ltda., vol. 42, pág. 59).

*de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado.” (25).*

Para justificar a idéia de “condições de vida da sociedade”, alerta a atenção para as “condições de vida” em geral. Noção relativa, emergente das necessidades materiais (alimentação, vestuário, habitação) e das condições subjetivas (valores imateriais como a liberdade, a honra, o amor, etc.) que êle focaliza em uma página incisiva. (26).

Aquelas meras “condições”, que com KRAUSE começavam a derivar para o empirismo, saíram, assim, do plano

---

(25) Op. cit., nº 180, pág. 213.

(26) Escreveu IHERING, naquele seu estilo inimitável que as próprias traduções não desmereceram, ao cuidar da noção das condições de vida da sociedade: “Para justificarlo es necesario que comprendamos la noción de las condiciones de vida.

Esta noción es relativa: se determina con arreglo a lo que constituye la vida. Si miramos esta desde el punto de vista de la existencia puramente física, dichas condiciones se limitan a las necesidades materiales de la vida: el comer, el beber, el vestido, la habitación. Pero aun bajo este aspecto, la noción sigue siendo relativa, porque se determina de diferente modo según las necesidades del individuo: éste exige más, aquél necesita otra cosa.

Pero la vida no se limita a existencia puramente física: el más humilde, el más desheredado, no se contenta con su sola conservación; no le basta con existir; aspira al bienestar. Cualquiera que sea el concepto que se forme de la existencia — porque uno empieza a vivir allí donde otro cree que la vida ha dicho su última palabra — la imagen ideal que se forja contiene para cada uno la medida del precio que fija a su vida real. Realizar este ideal constituye el fin de todos sus esfuerzos, el movíl de su voluntad.

Llamo condiciones de vida a las condiciones subjetivas, que la rigen. Son condiciones de vida no sólo aquélas de las cuales depende la existencia física, sino también todos los bienes, los goces que, en el sentir del sujeto, son los únicos que dan valor a su existencia. El honor no es una condición de la vida física, y, sin embargo, para el hombre de honor, que valdria la existencia si éste estuviese perdido? Para guardarlo expone voluntario su

lógico para, com IHERING, se tornarem concretas por via da forma de “conjunto de condições de vida.”

Sob o influxo dêsse enunciado, PEDRO LESSA carreou para sua definição de direito a locução primordial, que nela se estampa, de “conjunto orgânico das condições de vida”. Aditou-lhe o vocábulo orgânico que não altera a essência.

Qualquer incerteza sôbre essa adoção se dissiparia com a confissão do ilustre catedrático, feita em 1896, naquele estudo divulgado pela preciosa revista de nossa Faculdade de Direito. São palavras que ecoam: “É com algumas modificações a definição de IHERING, dir-se-á talvez. *Sim, responderemos, é a definição de IHERING, que por sua vez nada mais fêz do que reproduzir a definição de AHRENS, para quem o direito consiste no conjunto orgânico das condições, dependentes da vontade, necessárias para a realização harmônica do destino humano.*

A teoria científica do direito, repetimos, *non venit solvere legem, sed adimplere eam.*

Se acrescentamos às condições de vida garantidas pelo Estado as que o devem ser, é porque não há erro mais grave do que supor com IHERING e com PUGLIA que o direito se distingue das demais normas éticas unicamente pela

---

existência. La libertad, la nacionalidad, no son condiciones de la vida física; y no hay un pueblo amante de la libertad que no haya preferido la muerte a la servidumbre. El que se mata por desprecio a la vida puede, sin embargo, reunir todas las condiciones exteriormente necesarias para la existencia. En una palabra: los bienes, los goces, de los cuales para vivir siente el hombre la necesidad, no solo tienen un carácter material; tienen además un valor immaterial, ideal; comprenden todo lo que es objeto de las luchas de la humanidad; el honor, el amor, la educación, la religión, las artes, la ciencia. La cuestión de las condiciones de vida, lo mismo del individuo que de la sociedad, es una cuestión de educación nacional e individual. “(Op. cit., nº 181, págs. 213/214)

sanção material, pelo emprêgo da coação física do Estado.” (27).

Este contínuo fluxo e refluxo de idéias, “como ondas em um mar sem praias”, teria impellido o pensamento de IHERING. Perfilhou-o, neste particular, PEDRO LESSA, para integrar sua definição de direito.

8. Ter-se-á verificado, pela análise procedida, que a definição de direito dada por PEDRO LESSA, como está afirmado de início, é u’a amálgama de idéias dos três grandes pensadores alemães aqui chamados nominalmente.

Era o direito, com KANT, o conjunto de condições de vida no plano estritamente lógico. Derivou para o plano empírico com KRAUSE. E IHERING, que por último veio, atribuiu-lhe estôfo sociológico. Esta, a sinópse do enunciado. Resenha que, de certo modo, encontramos coincidentemente registrada pelo Prof. MIGUEL REALE. Dêle o reparo em seu denominado ensaio sôbre a doutrina de KANT: “As conhecidas definições de GUMERCINDO BESSA, SILVIO ROMERO ou PEDRO LESSA são meros arranjos pouco felizes de expressões de IHERING e de KRAUSE, justapondo-se a idéia de condições existenciais da sociedade, empregada por um, com a nota de dependência da vontade humana apontada pelo segundo...” (28).

9. Conhecidos os fatores que atuaram na definição do Direito, de autoria de PEDRO LESSA, estamos habilitados a deduzir sôbre o valor atribuído à dogmática jurídica.

---

(27) Op. cit., vol. 4, pag. 31. Define, com efeito, AHRENS, quando passa em análise a determinação metódica do principio de direito: “L’ensemble de conditions dependants de l’activité volontaire, — nécessaires pour la réalisation de tous les bens individuels, et sociaux qui forment la destination de l’homme et de la société.” (Op. cit., pag. 160). Haveria em IHERING, no dizer de PEDRO LESSA, a reprodução do mesmo sentido, levando-se mais longe as investigações.

(28) Op. cit., vol. 42, pag. 92.

Esses fatores, dos quais não devemos desfitar os olhos, que traduzem as constantes dos filósofos que serviram de numes, afastam a dedução de que a dogmática jurídica não viram de numes, afastam a dedução de que a dogmática jurídica não se identificaria no campo da Ciência do Direito. Considerá-la simples arte, como passou a querer PEDRO LESSA, é desconhecer ou negar a sua função aferidora; momento que dá à tarefa do jurista a peculiaridade científica.

Se o direito se ocupa com a ordenação jurídica e a lei não é um simples instante expressional de sua experiência, não é crível que a dogmática jurídica, exposição sistemática das normas ou dogmas dêste ordenamento, deva ficar reduzida a um desempenho tão subalterno.

A estimativa de um conteúdo legal, em se enfrentando uma experiência concreta, reclama que se lhe reconheça um fenômeno de cultura, que não se lhe desinvista das características próprias.

10. Procurando mostrar a diferenciação entre ciência e arte, JOÃO THEODORO XAVIER deduz: “Qualquer que seja o ramo de direito, pode não ser uma ciência, mas nunca será uma arte. *São inconciliáveis as expressões arte jurídica.*” (29).

Sustenta êsse catedrático de filosofia, de conseguinte, a inexistência de arte do direito, já que o direito envolve a idéia de ciência e a arte a de “regras condicionais e utilitárias para benefício individual e social” (sic). Em sua compreensão será inaceitável a classificação da dogmática jurídica como arte porque “*são inconciliáveis as expressões — arte jurídica.*” (sic).

Em sua preciosa contribuição, JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA, que tanto dignificou o Brasil na IIa. Conferência Pan-Americana realizada na cidade do México em 1901,

---

(29) Op. cit., § 9, págs. 6/7.



doutrina que “ciência do direito é sòmente aquela que tem por objeto a dogmática, o sistema, o organismo jurídico para estudá-lo nos seus fundamentos, nas suas regras e nos seus fins. Ela não se propõe a inquirir as causas e os efeitos do fenômeno jurídico, mas as normas que devem presidir às relações das pessoas. Como todo direito subjetivo supõe uma relação entre pessoas, é nessas relações que a nossa ciência encontra precisamente o seu objeto e os seus limites.” (30).

Abrangendo a ciência do direito a teoria dogmática das relações, entre pessoas, com o desdobramento do ramo da jurisprudência, não haverá como se acolher, na opinião de JOSÉ HYGIUO DUARTE PEREIRA, o caráter artístico para a dogmática jurídica.

11. No seu consagrado livro sòbre teoria do Estado, o Prof. MIGUEL REALE enfrenta o problema dando-lhe a solução que serve de coroamento às investigações procedidas. Partiu êle do princípio de que a observação extremada obstará a uma percepção exata para concluir que “a dogmática, portanto, deve ser entendida como parte da Ciência do Direito.”

As premissas apresentadas, pela sua plausibilidade e para que seja acompanhada a evolução do raciocínio que merece prosperar, ecoam assim: “Parece-nos que há exageros de parte a parte, tanto entre os que identificam a Ciência Jurídica com a Dogmática, quanto entre os outros que atribuem à Dogmática um papel secundário, de mera aplicação de elementos fornecidos pela Ciência Jurídica.

A concepção da Dogmática como uma arte ou a explanação de uma arte impede-nos de penetrar no verdadeiro objeto da Dogmática e é tão errônea como a teoria que levanta uma barreira entre a Ciência e a Técnica do Direito.

---

(30) in O Direito, Rio de Janeiro, Papelaria e Tipografia Mont' Alverne, vol. 63, pág. 167.

Cumpre distinguir dois momentos na pesquisa do Direito, um em conexão ou continuidade lógica com o outro: o da elaboração científica dos princípios que em parte se concretizam no sistema das normas positivas; o da interpretação, construção e sistematização das normas do Direito positivo.”

E após frisar a interpenetração destes dois momentos, “de tal sorte que não há interpretação de texto de lei, que não traga a ressonância dos fatos da vida concreta, nem apreciação de fatos que não sofra a refração do sistema legal vigente”, lança o atual titular da cadeira de Filosofia do Direito em nossa Faculdade de Direito, a segura conclusão: “*A Dogmática, portanto, deve ser entendida como parte da Ciência do Direito, correspondente ao momento culminante da jurisprudência, àquele no qual os resultados da pesquisa — as normas e os princípios científicos — tornam a tomar contacto com os fatos, passam, por assim dizer, pela prova decisiva da aferição de seu valor real.* Em verdade não é menos nem mais científico este momento, porventura mais caracteristicamente jurídico, no qual há criação, há participação criadora do interprete (doutrinador, administrador, juiz, etc.) que refaz o caminho percorrido, renova o processo por que passaram os que editaram a lei, a fim de aplicar, não a norma ao fato particular como se veste uma roupa standard em um manequim, mas para iluminar o fato com a luz dos valores que se concretizam na regra de Direito.” (31).

Depois de uma década vencida no tempo, voltou o Prof. MIGUEL REALE ao tema; confiante nas conquistas da cultura e com o mesmo senso agudo de pesquisa, deu a última lição aos bacharelados de 1951. Foi na sua oração de paraninfo, abundante de ensinamentos. Dela recolhemos a passagem com que finalizaremos a fundamentação deste despretençioso trabalho de investigação: “A Ciência do Direito não se confunde, porém, com *Dogmática Jurídica*,

---

(31) Op. cit., nº 9, págs. 13/15.

*que é apenas um momento, embora necessário e conclusivo, do trabalho científico do jurista.* Se a Dogmática é a interpretação da realidade ou da experiência jurídica de um povo em dada época, tal como decorre dos preceitos vigentes; se ela se desdobra no fino labor interpretativo das normas, na construção dos institutos como unidades moleculares da doutrina e se eleva à organicidade dos sistemas, não há como desmerecer seu papel, que por si só poderia justificar a grandeza de nosso mister de advogados e juizes. Mas *não é dito que a Ciência do Direito se esgote na Dogmática ou que com ela se confunda.* Não faltaram nem faltam ainda hoje, juristas apegados a essa identificação, mas um exame das raízes do problema parece demonstrar que *não é menos Ciência do Direito aquêle complexo de exigências e categorias lógicas e axiológicas que condiciona o aparecimento mesmo da Lei, destinada a ser recebida e aceita pela Dogmática como um dado, um pressuposto de suas construções normativas.*

*Como negar o momento de juridicidade da legislação e, por conseguinte, como ignorar a condicionalidade científica da obra do legislador? Aquela penada que aparentemente deita abaixo uma biblioteca já está carregada de força normativa e, não raro, representa o resultado de novas exigências do justo operando na consciência de um povo; ela pressupõe outras bibliotecas. ” (32).*

12. Revivendo idéias, sob o lume da boa vontade, vemos, afinal, flutuar o tema proposto. Não terá, por certo, as proporções de verdade apurada, e tão pouco vida própria, mas, servirá para traduzir a nossa convicção em torno do assunto: — a dogmática jurídica não pode ser subestimada e reduzida a simples arte representando, antes, como integrante da Ciência do Direito, o momento pínaculo de juridicidade normativa.

---

(32) De Dignitate Jurisprudentiae, S. Paulo, 1952, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, pág. 31.

## BIBLIOGRAFIA

MIGUEL REALE — *Filosofia do Direito* — Ed. Saraiva — São Paulo (Brasil) 1953. Vol. I, Tomos I e II. 647 pg.

“O autor da “Teoria Tridimensional Jurídica” aborda neste primeiro volume as linhas fundamentais de seu sistema filosófico-jurídico. Satisfaz êste livro a uma necessidade na bibliografia brasileira. MIGUEL REALE, figura máxima da filosofia jurídica no Brasil, tinha tôdas as suas obras esgotadas. As antecipações que fazia na “Revista Brasileira de Filosofia” que dirige em São Paulo e em outros múltiplos órgãos publicitários de seu país e do estrangeiro, fragmentavam a compreensão de seu pensamento que hoje aparece vigorosamente exposto nestes dois tomos iniciais de uma série de três volumes divididos em seis tomos.

O catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo, presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia, amadureceu seu pensamento à sombra do kantismo e da filosofia da cultura, absorvendo as melhores fontes da tradição greco-cristã. Elas lhe permitiram estruturar o sólido sistema jurídico-filosófico que hoje oferece à consideração dos estudiosos.

Talvez a primeira parte de sua obra, onde esboça uma introdução filosófica geral, pudesse ter sido suprimida, porém razões didáticas determinaram a sua inclusão realmente benéfica. São páginas destinadas a introduzir posteriores desenvolvimentos, e estão a serviço de uma determinada visão jurídica do problema filosófico. Uma propedêutica filosófica, lavrada com exemplos jurídicos, acode melhor à mentalidade do estudante de direito, vai familiarizando paulatinamente as reflexões do jurista com uma terminologia de cunho mais preciso. Foi êste objetivo alcançado com muita felicidade pelo autor.

Começa com um sumário do objeto da filosofia, breve e expedito, porém substancioso. Dá uma noção preliminar da filosofia e de sua finalidade. Explica a situação do positivismo que a reduz a uma enciclopédia das ciências, observando os diversos aspectos que

distinguem o saber científico do filosófico, o qual indaga sempre do valor de algo, o que leva o autor a afirmar ter a filosofia em última instância como problema central o do valor.

Em segundo lugar, ocupa-se em dar algumas noções de gnoseologia com inegável senso de novidade, onde se percebe a orientação do pensamento de nossa época. Mostra o predomínio do problema do “ser” antes do Renascimento, as coordenadas da filosofia moderna face ao problema do conhecimento e, fiel a KANT, ao autêntico KANT e não ao neo-kantismo século XIX, correlaciona sujeito-objeto. Sem negar a tendência contemporânea de revalorizar o problema do “objeto” que parte de DILTHEY e culmina em HEIDEGGER, busca uma via própria convergente que vá terminar ambivalentemente em uma verdadeira unidade integradora e declara sua teoria de conhecimento adstrita a uma especialíssima “ontognoseologia.”

Desta perspectiva, formula as graduações do conhecimento vulgar e do científico, afirmando a cientificidade do direito que desenvolve seu mister científico mediante tipos, leis e princípios, sistematizáveis em uma unidade fundadora. Afirma a sua concepção científica sob o prisma lógico-sistemático da ciência, sem suscitar o problema objetivo, reafirmando-se uma vez mais a filiação kantiana do perfil de pensador do diretor da “Revista Brasileira de Filosofia”.

Indica a natureza crítica, ou a raiz essencial valorativa de todo conhecimento filosófico e relaciona o saber filosófico e o da ciência positiva, fixando neste passo o problema do objeto. REALE considera incompatível qualquer monismo metodológico, baseado em que a realidade somente se compreende através de suas múltiplas perspectivas. BERGSON e HUSSERL, em seu critério, deram ao campo metodológico as melhores contribuições.

Depois de ocupar-se da origem do conhecimento através do idealismo, do racionalismo e do criticismo, trata da essência do conhecimento com referência ao realismo, ao idealismo, à posição fenomenalista de KANT e à da atualização progressiva de COMTE, esboçando sua concepção ontognoseológica, onde uma metodologia regionalizada, concreta, supera tôda abstração metodológica.

Ao tratar das formas do conhecimento, alude aos processos intuitivos, à analogia e à indução. Referindo-se à teoria dos objetos formula antecipações epistemológicas sobre o direito e os métodos de especulação filosófica: crítico-transcendental e dialético, inclinando suas preferências para o método histórico-axiológico.

Termina esta parte de seu estudo formulando a problemática da possibilidade do conhecimento, vista à luz das doutrinas dogmáticas, céticas e relativistas.

O terceiro e último título do primeiro volume projetam noções de ontologia e axiologia, de ética e teoria da cultura.

Com ótimo critério reúne em um só título ontologia e axiologia, guardando estrita coerência em seu sistema. Aqui dá princípio ao estudo específico dos problemas jurídicos. Abordados paulatinamente, adquirem viva realidade em forma gradativa. Das prefigurações filosóficas exemplificadas com acontecimentos do mundo do direito, opera-se uma transição para configurações jurídicas expostas em seus momentos originários, isto é, não desgalhadas do tronco filosófico.

Quando apreciamos o problema do homem, toda a ontologia se resolve em axiologia, todo *dever ser* existencial adere ao sentido do *dever ser* axiológico e, em todo caso, abre suas perspectivas metafísicas. Por isso, considera Reale que o psicólogo poderá instruir-nos sobre a gênese ou o desenvolvimento das experiências axiológicas, mas que somente o filósofo poderá integrar o processo de explicação e compreensão. Em outro campo também se patenteou o que observa o autor. VIKTOR E. FRANKL em “Psicoanálise e Existencialismo” observou a insuficiência do psicólogo encerrado em seu próprio campo para compreender o espírito humano e propõe a passagem da psicoterapia para o que êle chama a “logoterapia”, onde o problema das concepções do mundo e do sentido da vida logram situar-se perante o problema da liberdade humana, fonte de valores atuantes decisivamente na plasmação da natureza humana.

Em sentido contrário, em outra parte do livro, REALE refuta a SCHELER e HARTMANN que sustentam valores dados em formas indiferentes à existência, pois não compreende, e com razão no nosso entender, como podem ser dados valores indiferentes à existência ou à não existência, conquanto todo “dever ser” o é de algo. Esta contradição, reconhece o autor sua origem na tentação de “cosificar” o espiritual, a que é mister não sucumbir. Se bem seja a cultura concretização de liberdade, também é atualização, presença de liberdade, e, embora sob o primeiro ângulo possa às vezes ser vista como cousa, sob o segundo somente nos é permitido revivê-la. É unicamente vivendo-a que podemos interpretar o momento cultural como atualização de liberdade e assim desvendá-lo, em plena luz. Existe uma distinção fundamental entre as maneiras de apreciar os objetos das distintas regiões ontológicas. Cada campo de realidade exige seu processo próprio de indagação, recorda o autor da teoria tridimensional.

Encerra êste tomo um capítulo sobre bem pessoal e bem coletivo, de onde passa a considerar justiça e bem comum na dialética de “ego” e “alter”, afirmando que toda a axiologia jurídica

tem como fonte principal o valor justiça, que em última análise se reduz a coexistência harmônica e livre das pessoas, segundo proporção e igualdade.

Por último traça um ligeiro aspecto do individualismo, do personalismo e do transpersonalismo, circunscrevendo seu pensamento a uma harmonização do individualismo e coletivismo, em um são culturalismo jurídico personalista, o qual refoge tanto do individualismo que faz abstração dos indeclináveis valores sociais, como do transpersonalismo que acaba por sacrificar a personalidade humana aos absorventes valores da classe dominante.

Como balanço provisório da obra, ao final do seu primeiro tomo, o leitor não pode senão reviver a nova e clara expressão propedêutica do filósofo paulista. A harmoniosa conjugação de doutrinas aqui explanadas, a clareza com que são vistas e, as precisões conceituais logradas, atestam uma equilibrada ponderação de pensamento e uma maturidade fecundada pelas melhores vertentes da cultura ocidental.

## II

O segundo tomo é dedicado à ontognoseologia jurídica e nele despontam as linhas fundamentais do mundo do direito aberto à doutrina pelo catedrático brasileiro.

Começa com o quinto título referente aos temas da filosofia jurídica. Descreve as conhecidas divisões de RUDOLF STAMMLER e GIORGIO DEL VECCHIO a respeito. O autor vê na determinação do direito no mundo da cultura um dos capítulos fundamentais e mais complexos da filosofia jurídica. A realidade jurídica é um objeto cultural “tridimensional” que co-implica sempre um “fato” ordenado “valorativamente” em um processo “normativo”. Traça a divisão da filosofia do direito no seguinte esquema:

Parte geral: *Ontognoseologia jurídica.*

Partes especiais:

*Epistemologia jurídica*, ou doutrina da ciência do direito (ou problema da vigência e dos valores lógicos do direito).

*Deontologia jurídica*, ou doutrina dos valores éticos do direito (ou problema do fundamento do direito).

*Culturologia jurídica*, ou doutrina do sentido da concretização histórica dos valores do direito (ou problema da eficácia do direito).

Neste esquema ressalta a designação de “deontologia jurídica” formulada por REALE por não concordar em chamá-la estimativa ou axiologia como o faz a doutrina dominante, considerando que para êle todo e qualquer estudo filosófico tem caráter valorativo importa dizer, estimativo ou axiológico. Instaura assim um imperialismo estimativista inédito em sua sitesmatização.

A ontognoseologia jurídica proposta representa uma idéia de superação, em novíssima unidade, dos pressupostos empíricos e aprioristas das doutrinas correntes. Dois processos de indagação conduzem à essência da experiência jurídica: a análise fenomenológica da realidade do direito e a reflexão sôbre essa realidade como vigência no desenvolvimento histórico das idéias. Este processo o leva a reconhecer o direito como um fato social, como algo que se verifica na sociedade, mediante a ação ou comportamento do homem e sempre, portanto, é uma modalidade ou reflexo de uma ação. Esta consideração leva à problemática da ação que termina no problema da conduta.

O oitavo titulo ocupa-se da fenomenologia da ação e da conduta, onde verifica que espécie de conduta é a que se denomina “conduta jurídica”. Onde quer que exista o direito há alguma modalidade de ação. O específico do homem é conduzir-se, escolher fins e, conseqüentemente meios para consegui-los. A ação prevista de “telisis” constitui o ato, um quê pertinente e exclusivo do ser humano. A ação já supõe em si um valorar, um propor-se o dever ser, um acionar para algum fim, para algo.

Quem age sem finalidade alguma é um transviado, um alineado, um “alheio” ao seu conduzir-se. Dizer que o homem é racional é dizer que se dirige, que se conduz, que elege entre valores. Estes surgem do dever ser. Valor e dever ser têm sentido recíproco. Quando a conduta humana opera, à sua expressão a chamamos norma, ou regra de conduta. Não existe possibilidade de comportamento social sem norma ou pauta que lhe corresponda, diz textualmente REALE. Desta implicação extrai a necessidade dialética que governa todo processo histórico-cultural. Norma e conduta correspondem-se, co-implicam-se reciprocamente, e a ética não é uma doutrina da ação em geral, senão a da conduta normada, isto é, uma teoria normativa da ação. Porém, como vimos, nem tôda a ação é conduta para o autor. A sociedade responde à uma fôrça de convivência, “natural” no homem, mas também responde ao que se transmite por “construção” de outras gerações, sendo tôda conduta humana expressão imersa nessa trama de interêsses: é conduta social, isto é, expressão do mundo de sua cultura em qualquer sentido.



Depois de dar os traços essenciais da tridimensionalidade da conduta ética, onde esta mantém alerta suas antenas entre fato e valor sem pôr termo à tensão existente, destaca as modalidades da conduta religiosa, moral e jurídica.

O título seguinte apresenta “Explicações unilaterais da realidade jurídica”. Um capítulo inicial de antecedentes históricos desenvolve a formação da consciência normativa, desde a escola dos glosadores medievais até a escola histórica do século passado em forma sucinta e caleidoscópica, terminando com uma descrição da crise da interpretação científica do Direito. Outro capítulo deste título estuda o sociologismo jurídico. Ante o problema da determinação ontológica do direito perquire o caráter empírico indicativo da norma do direito. As exigências solidaristas do sociologismo jurídico de LEON DUGUIT desvendam o problema jurídico normativo e conseqüentemente sua essência. Em sentido contrário opera o normativismo lógico de HANS KELSEN. Em traços sintéticos dá uma acertada idéia da teoria pura do direito conforme o pensamento ultimamente elaborado por KELSEN. Encerra este título um capítulo sobre o moralismo jurídico e a natureza da norma de direito, informando sobre as teses de VICTOR CATHREIN, GEORGES RIPERT e GIOVANNI GENTILE com probidade e moderação.

Da “Teoria tridimensional do Direito” ocupa-se o décimo título que começa com um apanhado geral da triplíce perspectiva histórica do termo “Direito”. Ao seu redor se delineiam as intuições “valorativas” como elementos primordiais, as concreções “normativas” como medidas do plano cognocitivo da conduta social e, finalmente os “fatos”, bases empíricas de relações de conduta. Fato, valor e norma condicionam o direito tridimensionalmente. A deontologia jurídica é parte integrante da filosofia do direito, porém, em um plano pragmático, empírico, se converte em política do direito. A ciência do direito ou jurisprudência conflui para o plano epistemológico da filosofia jurídica. Por último o direito em seu plano fáctico e histórico é estudado pela história, pela sociologia e pela etnografia jurídica; e a filosofia do direito dele se ocupa na parte que trata da culturologia jurídica. Essa triplicidade não constitui uma diferenciação rígida de campos, senão um predomínio de sentidos que se integram em unidade de reflexões. Estuda, em continuação, a tridimensionalidade abstrata do direito e sua exigência de concreção, resumindo as idéias que a respeito expuzeram JOSEF L. KUNZ, ROSCOE POUND, JULIUS STONE, ALFRED VERDROSS; os sistemas trialistas de LASK, RADBRUCH, SAUER SANTI ROMANO e HAURIOU; e as perspectivas de LUÍS LEGAS Y LACAMBRA e EDUARDO GARCIA MAYNEZ. Depois, correlaciona axiologia

e experiência jurídica estabelecendo paralelos entre valor e dever ser, fim e meio, fim e momentos normativos da conduta. No capítulo seguinte, que trata da tridimensionalidade e da integração normativa, distingue entre a tridimensionalidade genérica e a específica, e dá como notas dominantes na teoria tridimensional, ao lado dos elementos constitutivos fato, valor e norma, a “eficácia”, o “fundamento” e a “vigência”, categorias específicas da tridimensionalidade que se confundem nas concepções unilaterais do sociologismo jurídico, do eticismo abstrato e do normativismo lógico. Mister é penetrar o recinto unitário e dinâmico da realidade jurídica que se apresenta tridimensional em seu processo de sentido, de experiência estimativa totalizante. Uma regra jurídica não pode ser compreendida desligada das circunstâncias do caso concreto e de suas exigências axiológicas. Encerra este importante título um capítulo sobre “fundamento, eficácia e vigência”, pontos essenciais de conexão com a ciência positiva do direito, que tem “fato”, valor e norma” como dimensões integrantes de uma experiência jurídica “ontologicamente” concebida como tridimensional.

O último título do livro se ocupa de “direito e moral”. Explana essa problemática desde a Grécia, Roma e a época medieval até o contratualismo moderno e as soluções dadas pelas correntes contemporâneas. Por último, ocupa-se do conceito de direito ao que determina como “realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva ordenada segundo valores de convivência”. A realidade jurídica do autor, é uma realidade espiritual, isto é, não natural nem puramente psíquica, ou técnico-normativa. A integração dos três elementos na experiência jurídica (fato, valor e norma) revela a amplitude e o horizonte da teoria sustentada pelo pensador brasileiro.

MIGUEL REALE revela neste livro punho de escritor e talento jurídico. Move-se em todo o momento dentro de planos concretos que exemplifica e abona com a experiência dos muitos autores citados, parca e precisamente em todos os casos. Sem pretender ser um livro informativo, pois o é eminentemente formativo, em suas páginas se recolhem com imparcialidade os sopro mais fecundos da filosofia jurídica de nossos tempos. Sua teoria de grande vigor e originalidade reconhece os esforços e os frutos de seus antecessores e, inclusive em suas discrepâncias, expõe com sensibilidade e honesta clareza as teses adversárias contrárias ao que se propõe a demonstrar. Talvez esta excessiva ânsia de concisão terminológica o tenha feito cair em simplificações um tanto perigosas, porém a verdade seja dita com inteireza, o livro confiado à juventude estudiosa de seus país satisfaz plenamente aos objetivos pro-

postos. Por outro lado, sentimos que nossas reservas não podem ser de todo válidas enquanto não tenhamos completa a obra do professor paulista, que transfere muitos problemas aqui incompletamente expostos aos tomos subsequentes que tem em preparação.

Fica plasmada na obra de MIGUEL REALE a tradição luminosa dos juristas brasileiros, que se não é muito extensa, é digna de destacar-se em múltiplos momentos estelares. Outro tanto cabe também consignar à elegante apresentação do texto pela Editorial Saraiva da industriosa e gárrida cidade paulista”.

M. HERRERA FIGUEROA

(Da Universidade de Tucuman — Argentina)

\* \* \*

“É tarefa das mais difíceis a do ensinamento da filosofia do direito a moços inteiramente jejunos de noções de filosofia. Tempo houve, e foi na dos chamados exames de preparatórios, que se faziam nos cursos anexos às Faculdades de Direito, em que se ministrava o ensino de filosofia e retórica. Constituía essa disciplina um dos exames de preparatórios e fôrça é reconhecer que deu bons resultados. Despertou muitas vocações para os estudos filosóficos.

Instituídos os cursos ginasiais, à semelhança dos do Ginásio Nacional, que depois retomou o velho nome de Colégio Pedro II, desapareceu a cadeira de filosofia. Tomou-lhe o lugar a de lógica.

Teria sido para melhor? Parece que não; e outro não foi o motivo por que PEDRO LESSA, que ensinava filosofia de direito na Faculdade de Direito, antecedia seu curso com aulas introdutórias para o preparo dos que teriam de ouvir-lhe as lições magistrais.

Suprimiu-se, por fim, a cadeira de filosofia de direito do curso de bacharelado, transplantando-se para o curso do doutorado. Entendeu-se, na Faculdade de Direito de São Paulo, quando se a incorporou à Universidade de São Paulo, que era indispensável a restauração, no curso de bacharelado, da cadeira de filosofia de direito. Como, no primeiro ano, existe a de introdução à ciência do direito, veio a situar-se no quinto ano.

Detendo-se diante do conceito etimológico da palavra adequada a exprimir a noção de filosofia, observou JACQUES MARI-TAIN que o filósofo é o homem humanamente sábio, que se obriga a ministrar aos outros homens, sôbre os grandes problemas que os preocupam, as mais altas luzes humanas.

Assim, colocando-se ao têrmo do curso de bacharelado jurídico a cadeira de filosofia do direito, nutriu-se o pensamento de

que, afeitos, após quatro anos de estudos, aos problemas jurídicos, teriam mais probabilidades de mais proficuo entendimento dos que se acham no bojo da filosofia do direito.

Tendo a seu cargo esta disciplina, para que tão cedo revelou sua vocação, que nem sempre madruga nos espíritos juvenis, MIGUEL REALE, que acaba de publicar em dois tomos o primeiro volume do ensinamento da filosofia na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, confessou, embebido do conceito carnelutiano de que “nenhum ramo da ciência vive sem respirar filosofia, mas esta necessidade é sentida no direito mais do que em qualquer outra”, que, em sua experiência de magistério, “não digo que tenha sempre logrado unânimidade de compreensão nessa ordem de problemas, mas posso afirmar que mesmo os jovens menos propensos à especulação filosófica acabam tocados pela majestade do direito e pela dignidade da missão do jurista, e este resultado, que envolve a personalidade moral, não é menos precioso que o referente ao aprimoramento do intelecto”. E acrescentou que “o melhor caminho para o mestre, que só deposita justificada confiança na espontânea transmissão dos valores, talvez seja apelar para a espiritualidade livre, procurando revelar e não impor formas de vida”.

Essas nobres palavras do jovem, mas eminente professor, não escondem ressaibo de amargura. Nem tudo está certo nos cursos jurídicos, que demandam reparos; mas os defeitos, que se faça a afirmativa, se vêem dos estudos de humanidades, tão precariamente feitos, nos estabelecimentos de ensino secundário, como o revelam os resultados dos exames vestibulares, padecem, de outro lado, dos males da época, criados por materialismo excessivo, que está a afastar a alma dos homens, desintegrando-os dos seus mais altos e nobres sentimentos.

Não obstante, o professor de filosofia do direito não esmoreceu na sua faina magistral e, com entusiasmo, que o dignifica, vem desenvolvendo o seu programa de ensino, tão brilhantemente traçado e que refoge, por sua orientação filosófica, do que comumente se tem consignado nos programas oficiais. A originalidade, de que se reveste, tem agora a pô-la em destaque obra de grande tomo, que enaltece as tradições da Faculdade de Direito de São Paulo, acolhida, com grandes e merecidos gabos, nos meios intelectuais do país e do estrangeiro.”

W. F.

“Este livro, escreve o A. no prefácio, representa o fruto de mais de dez anos de magistério na Faculdade de Direito de São Paulo, sob cujas Arcadas, quando ainda estudante, comecei a redigir minhas primeiras observações sobre os problemas do Direito e do Estado”. Produto do labor docente numa Escola de singular tradição na cultura paulista e de altas responsabilidades na consciência universitária brasileira, esta obra conjuga o saber dos livros com o da experiência e “trato assíduo com questões administrativas e políticas”, norteadas, aliás, pelo propósito de “teorizar a vida e de viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da acção”, como o A. expressivamente declara.

O valor e o alcance da obra ultrapassam, porém, e muito, o âmbito docente e a significação pessoal. É que a densidade de pensamento, a solidez e a variedade da informação, e o encadeamento da problemática, que se fundamenta e desenvolve coerentemente em função da concepção do Direito como “experiência histórico-cultural”, impõem que saudemos o aparecimento desta obra mestra como notável acontecimento da cultura brasileira, assim em relação à Filosofia do Direito propriamente dita como em relação aos problemas da Teoria do Conhecimento, da Ética e da Teoria da Cultura que a nutrem e esclarecem.

O volume I, único publicado, reparte-se em dois tomos: o I é uma “Propedêutica filosófica ad usum Jurisprudentiae” e consta dos seguintes “títulos”, cada um dos quais se subdivide em capítulos: Objecto da Filosofia; Noções de Gnoseologia; Noções de Ontologia e de Axiologia; Ética e Teoria da Cultura; e o II, tem por objecto a “Ontognoseologia jurídica” e versa os seguintes títulos: Os temas da Filosofia jurídica; Empirismo jurídicos quanto a seus pressupostos metodológicos; A realidade jurídica e o problema metodológico; Fenomenologia da acção e da conduta; Explicações unilaterais da realidade jurídica; Teoria tridimensional do Direito; Tridimensionalidade e integração normativa; Direito e Moral.

É nosso intuito por agora noticiar somente o aparecimento desta obra, cujos volumes ulteriores terão por objecto a Epistemologia jurídica, a Deontologia jurídica, a Culturologia jurídica e a História das doutrinas filosófico-jurídicas. Basta, porém, a mera indicação dos “títulos” e dos assuntos para mostrar a densidade e a elevação com que este livro foi pensado, no qual a objectividade da exposição se junta frequentemente a posição pessoal do A., criticamente fundamentada, quando não originalmente desenvolvida, como na teoria tridimensional do Direito e na justificação do culturalismo jurídico personalista. Obra de didacta e de filósofo, ou mais propriamente de um mestre em torno de cujo pensamento já

começam a formar-se discípulos, ela assinala o ponto mais alto que no Brasil atingiu o tratamento da Filosofia do Direito e dos seus fundamentos e pressupostos filosóficos, sendo lícito vaticinar-lhe o apreço geral e a consagração pelo que ela representa, significa e determina.

JOAQUIM DE CARVALHO

(Da "Revista Filosófica", Coimbra, n. 9 — Dezembro, 1953)

\* \* \*

"Percorrendo os dois volumes em que o prof. MIGUEL REALE enfeixou as lições do curso de filosofia do direito que professa na Faculdade do Largo de S. Francisco, voltei a indagar, entre mim, se o brasileiro tem, ou não tendência filosóficas ou, melhor, possui o gosto dos estudos filosóficos. A essa indagação o próprio professor não conseguiu furtrar-se. Qual tem sido a tendência do pensamento brasileiro? pergunta êle. Há um pensar brasileiro? As vêzes podemos identificar formas de pensar de um norte-americano, de um inglês, de um alemão ou de um francês. Mas ainda não sabemos identificar a maneira de pensar de nossa gente. Por quê razão? Falta de maturidade ou falta de hábito de filosofar? Até hoje não conseguimos responder a tais perguntas, sem concordar com aquêles que nos contestam capacidade para a filosofia. Aliás essas afirmações têm sido feitas, algumas vêzes, por individuos que, infelizmente, não têm mesmo vocação para tais estudos, a que foram levados por motivos contingentes e fortuitos.

A pergunta, penso eu, continuará sem resposta. Tão defeituosos foram, até há pouco, os métodos de ensino da filosofia no Brasil que só, agora, a bem dizer, é que começamos a revelar uma relativa cultura filosófica. Da filosofia propriamente dita, de há muito perdemos as ocasiões de estudos sérios. Dela só conheciamos as noções propedêuticas, ministradas nas faculdades de direito e hauridas não com o desejo de saber, de filosofar mas, unicamente, com o propósito de passar no exame final. Corríamos pela filosofia como gatos por brasas. É verdade que se houvesse em nós vocação filosófica teríamos dado aos estudos de filosofia, principalmente à filosofia do direito, atenção mais seguida. Se o melhor estudo da matéria não nos levar a mudança de atitudes, teremos então de reconhecer que, infelizmente, não fomos feitos para a filosofia. Desejo que os fatos desmintam êsse prognóstico desconsolador. Mas duvido que tal venha a suceder, porquanto o estudo da filosofia continua a ser dos mais penosos muito embora tenha crescido o número dos que a êle se dediquem. Se a filosofia não

é ciência exata e nós somos, por natureza e por gôsto, mais inclinados às coisas de fácil apreensão, é bem possível que muito distanciados ainda estejamos do amor à filosofia, tão encontradiço em outros países e quase generalizado na Alemanha e demais regiões onde a abstração constitui para os espíritos estudiosos uma irresistível fascinação.

A filosofia, como assinala o prof. MIGUEL REALE, representa um perene esforço de sondagem nas raízes dos problemas. É uma ciência que “sômente se consideraria satisfeita quando atingisse, com certeza e universalidade, todos os princípios ou razões últimas explicativas da realidade, em uma plena interpretação da experiência humana; mas, nas vicissitudes do tempo, essa paixão pela verdade sempre se renova; surgem teorias, sistemas, posições pessoais, perspectivas diversas, em um dinamismo que nos é co-natural e próprio, de maneira que a universalidade dos problemas não pode contar com resultados ou soluções todos universalmente válidos. Poder-se-ia dizer, porém, que nessa procura total da verdade é que se manifesta a verdade total”.

Vê-se que para o seu estudo, concluo eu, se impõe ao espírito uma disciplina a que não estamos habituados e a que, dificilmente, nos habituaremos. Acresce que o estudo da filosofia, no plano da história, como bem frisa o prof. REALE, traz desapontamentos quando não ceticismo em virtude do tumulto das respostas, da multiplicação de sistemas e de teorias. E o professor formula, então, a pergunta que os seus alunos também formulam, e, antes dêles, os alunos de outros professores nunca deixaram de formular: Por quê estudar filosofia se os filósofos jamais logram se entender? Qual a vantagem ou utilidade da filosofia se os maiores pensadores nunca chegam a uma concordância sôbre pontos fundamentais?

O sr. MIGUEL REALE responde que aí, nesses tumultos de idéias e de sistemas, é que residem a grandeza e a dignidade do saber filosófico, sem que resulte comprometida a pretensão da filosofia de ser ciência rigorosa. A filosofia não existiria se todos os filósofos culminassem em conclusões uniformes, idênticas. A filosofia é uma atividade perene do espírito, ditada pelo desejo de renovar-se sempre a universalidade dos mesmos problemas. A universalidade da filosofia está mais nos problemas do que nas soluções. A filosofia mesma é, por assim dizer, o primeiro de seus problemas, revertendo seu “problematicismo” sôbre sua própria essência. A pesquisa das razões últimas das coisas e dos primeiros princípios implica a possibilidade de soluções diversas e de teorias contratantes, sem que isto signifique o desconhecimento de verdades universais que se impõem ao espírito com a força irrefragável da evidência.

Tenho para mim que, a despeito da resposta, as perguntas continuarão a ser formuladas. A sucessão e o conflito de sistema filosóficos continuarão a deixar perplexos os espíritos que não forem marcados por uma vocação filosófica bem profunda.

A exposição e a crítica que de sistemas e doutrinas filosóficas faz o prof. REALE mostram, não obstante o seu esforço de clareza e de simplicidade, que a matéria não é das que mais prendam os espíritos médios. Todavia é necessário que a ela se dediquem todos os que pretendam aumentar o seu cabedal científico e aprimorar a sua cultura. Esta não será completa onde faltar o contingente filosófico. O estudo do direito será, sempre, sumário e superficial, enquanto não mergulhar as suas raízes na filosofia. O direito, observa o prof. REALE, é uma realidade universal. Onde quer que exista o homem, aí existe o Direito como expressão de vida e de convivência. É exatamente por ser o Direito fenômeno universal que é susceptível de indagação filosófica. A filosofia não pode cuidar senão daquilo que tem sentido de universalidade. Na filosofia do direito deve refletir-se a necessidade da especulação do problema jurídico em suas raízes, independentemente de preocupações de ordem prática. A missão da filosofia do direito é missão de crítica da experiência jurídica no sentido de determinar suas condições últimas. Separá-lo da filosofia é mutilá-lo em pontos vitais do seu organismo.

O prof. REALE não se conformaria jamais com essa mutilação. Para êle a meditação filosófica do direito é sempre necessária e mais se impõe em época de transmutação de valores como é a época atual quando o direito recebe o impacto de forças imprevisíveis. Recorda, a êsse propósito, a advertência de PEDRO LESSA sôbre a necessidade, no Brasil, de atrair a atenção dos que lidam com o direito, constituído e constituendo, para os princípios, para as verdades gerais, para as leis fundamentais que constituem o supedâneo do direito, que lhe explicam a razão de ser, revelam o “quid” constante, permanente e invariável que se nota em meio das transformações das normas jurídicas e infundem a convicção da necessidade absoluta da justiça.

O prof. REALE não se limita a expor e criticar doutrinas. Demora-se na que chama a teoria tridimensional do direito, em virtude da qual o direito não é o conjunto sistemático de regras obrigatórias, de normas, de leis, de comandos que determinam a prática de certos atos e a abstenção de outros, nem, tampouco, o fato social que muitos costumam ver nêle. É tudo isso e mais o valor do justo. Não cabe aqui a análise dêsse e de outros pontos do seu curso tão nutrido de ensinamentos. A parte geral da filosofia do direito, que



os dois volumes ora publicados expõem, desperta o desejo de ver publicados, sem demora, os volumes destinados ao estudo especial da Epistemologia, da Deontologia e da Cultorologia jurídica que o professor promete. É uma obra séria que não se pode menosprezar.”

PLÍNIO BARRETO

(Do “O Estado de São Paulo” de 30-12-1953).

. . .

“Homens há, cujas realizações no domínio da cultura constituem sempre uma surpresa e quase um acidente, não fazendo parte da linha central de sua evolução temporal. Outros, pelo contrário, em que o acidente e a surpresa seriam justamente a não realização nesse domínio, de tal forma sua vida é continuamente entrecidada com o pensamento e com a vida do espírito. Nesta última classe devemos incluir, sem dúvida, a figura de MIGUEL REALE. O aparecimento dos dois primeiros volumes de seu tratado de Filosofia do Direito (Edição Saraiva, S. Paulo, 1953) se por um lado assinala uma etapa importantíssima no processo cultural brasileiro, é por outro uma consequência necessária dessa ocorrência singular que constitui a presença de REALE no hemisfério intelectual do país. Dificilmente encontraremos alguém que tenha contribuído mais para a alteração da fisionomia cultural de nossa terra e, que de maneira decidida, tenha feito coisas que mais exorbitem as seqüências rotineiras. Quem se afirma com realizações de grande vulto neste país é porque já conseguiu vencer previamente muitas batalhas, superando em si e fora de si o negativismo, o desestímulo, a incompreensão e a surda hostilidade. Um dos aspectos da personalidade de MIGUEL REALE que mais nos impressiona é justamente o do homem totalmente projetado tanto no campo do pensamento como no da ação, em busca de uma concretização dos ideais que defende em sua filosofia da vida e do direito.

Gostariamos de apresentar um apanhado sinótico das concepções filosóficas contidas no primeiro volume ora publicado, que muito longe de ser unicamente uma propedêutica filosófica com finalidades didáticas, nos proporciona uma representação das idéias filosóficas do autor. É interessante como toda a linha de desenvolvimento da exposição se põe, na seqüência dos capítulos, em constante polêmica e diálogo com o positivismo e correntes similares. O relatório dos fatos e dos fenômenos, o conhecimento fático da natureza, sùmula da sabedoria positivista, não esgota —

segundo REALE — as possibilidades do conhecimento da realidade do homem e do mundo. Afirma REALE que o ser do homem é o seu dever ser. Eis porque o inventário do que está aí, dos fatos e das coisas, é insusceptível de abrir o horizonte em que se revela a realidade do homem, da sociedade e do direito. “Sôbre uma ordem de coisas naturalmente dadas, o homem constituiu um segundo mundo, que é o mundo da cultura. Só o homem é um ser que inova, e é por isso que só o homem é capaz de valor. No fundo chegaremos à conclusão de que o problema do valor reduz-se à própria espiritualidade humana”. Sentimos nessas páginas configurar-se a idéia de que a vida é um processo ex-cêntrico, determinado sempre pelo que a transcende, no sentido de que o processo cultural só pode ser devidamente compreendido através da esfera dos valores. Entre os valores que, como focos de atração excêntricas da ação histórica, pesam sôbre o coração dos homens, devemos destacar primeiramente o homem como fonte de valor; evidentemente, não o homem como pedaço da natureza, como realidade biopsíquica, mas sim como força referida ao plano axiológico e continuamente tendente a plasmar o determinável da natureza. A “Bildungstrieb” constitui a essência da pessoa que, por sua vez, é a fonte de promanação do cosmorama axiológico.

Em conformidade com esta dicotomia entre conhecimentos do que é e está aí e conhecimento prospectivo e excêntrico do dever ser, delineiam-se duas vertentes científicas. REALE, seguindo uma tradição ponderável da historiografia alemã, distingue duas classes de conhecimento: o conhecimento natural e o conhecimento histórico-cultural. O instrumento próprio de indagação dos fenômenos históricos e propriamente oriundos da atividade humana é a compreensão, a “Verstehen” diltheyana. Como diz o autor, “compreender não é ver as coisas segundo nexos causais, mas é ver as coisas na integridade de seus sentidos ou de seus fins, segundo conexões determinadas valorativamente”. Enquanto as ciências da natureza procuram explicar os fenômenos ligando-os retrospectivamente às suas causas, o conhecimento das coisas humanas exige uma compreensão das finalidades e sentidos, dos projetos perseguidos nas concretizações e objetivações histórico-culturais. Assim, acrescenta REALE: “A distinção entre explicar e compreender corresponde à que já foi feita entre “ser” e “dever ser”, ou seja, entre nexos de causalidades e nexos de finalidade. Estes pressupõem aquêles, para a sua realização, mas não têm sua natureza determinada pelos efeitos da realização mesma: há valores que nos enlaçam como fins supremos, muito embora não nos seja dado realizá-los integralmente.”

Parece-nos importante determinar a acepção que REALE empresta ao plano dos valores. Discordando das concepções de NICOLAI HARTMANN e de MAX SCHELER que dotam o mundo dos valores de uma objetividade absoluta em relação ao sujeito, REALE vê na fulguração axiológica uma projeção do próprio espírito humano, em seu vir a ser super-pessoal e universal. “Trata-se, porém, de uma objetividade relativa, sob o prisma ontológico, pois os valores não existem em si e de per si, mas em relação aos homens, com referência a um sujeito.” Vemos, portanto, que os valores não incidem na História como cometas vindos de outras regiões, arrancando o homem do mecanismo da naturalidade. Pelo contrário, o horizonte axiológico é a autointuição do próprio dever ser humano enquanto tarefa esboçada e prospectada. Na expressão do autor: “O valor, portanto, não é uma projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica em que se traduz a inter-ação das consciências individuais.”

Esses valores que, como polos de atração, desencadeiam toda a ação que se eleva acima da mera repetição natural, estruturam-se numa ordem necessariamente hierárquica. Cada época histórica é determinada pela preponderância de um ou mais valores, que condicionam a parte mais relevante e central da ação intersubjetiva do momento histórico. Segundo o autor, uma época é definível pela ordenação de valores, de tal maneira que “cada tabua de valores corresponde a uma concepção do universo ou da vida.” No que diz respeito, entretanto, à incarnação do valioso nas obras e fenômenos da História, REALE, apesar de reconhecer o que há de verdadeiro na concepção cíclica da História, não aceita o monadismo das culturas que fecha a experiência dos valores e das realizações espirituais em âmbitos conclusos e intransitivos. Admite, pelo contrário, algo de permanente e de constante na cultura, através dos diferentes ciclos, e como que um crescendo da experiência humana no parecer da História.

O desenvolvimento filosófico e a elaboração da problemática histórico-filosófica, nesse primeiro volume, é constantemente cotejada com as possíveis repercussões no campo do Direito, de forma a nos fazer sentir a importância dos pressupostos filosóficos na fundamentação da ordem jurídica. O Direito, para REALE, não é um sistema de normas técnicas e de expedientes úteis para a realização de uma certa harmonia de interesses materiais. É pelo contrário, uma produção espiritual que garante o próprio desenvolvimento da consciência humana, pondo-se “como a possibilidade de realizar livremente novos bens valiosos.” O Direito expressa aquêl valor que possibilita e abre campo à realização de todos os outros valores.

Sem uma sociedade ordenada pelo Direito e pela garantia do comportamento livre do homem, seria inimaginável o desenvolvimento espiritual da espécie e a tutela das obras meritórias do gênio criador. No capítulo final do primeiro volume, que tem como título “Bem pessoal e bem coletivo”, Reale procura analisar as tendências que ora se disputam no que diz respeito às grandes concepções da Justiça e do Direito. Uns vêm na realização da felicidade e do bem individual a meta precípua do esforço da civilização; é o assim chamado individualismo. Outros, desenham o bem do todo social como uma necessidade histórica e como um valor que exige os desvelos e sacrifícios do átomo individual. Entre o individualismo e o transpersonalismo desenrola-se o drama ideológico de nossos tempos. Reale procura antes uma solução conciliadora, não admitindo quer o predomínio do indivíduo quer o predomínio do todo social, mas buscando uma harmonia entre as exigências da ordem social e a felicidade individual. Se para Reale o homem é o valor fundamental, não seria concebível em sua linha de cogitações um aniquilamento do eu pessoal numa tarefa social oprimente. Contudo, este Eu que constitui o “protonon”, não é um ser, mas um “deve-ser”, isto é, um contínuo transcender e uma tarefa da liberdade. Entretanto, através desse núcleo de liberdade que constitui o ser do nosso ser, somos devolvidos à realização daqueles bens de índole universal e coletiva, desde que a liberdade nada mais é do que a realização do universal. O homem não deve ser governado pelas coisas, mas sim deve governá-las, considerando as representações da natureza como simples pontos de apoio de seu impulso criador. Nessa tonalidade fichteana do pensamento de Reale, que deposita uma confiança ilimitada no poder divino da liberdade, encontramos uma das linhas mestras do seu tipo de filosofar. Quer-nos parecer, no entanto, que se o pensamento ético do autor respira um sentido francamente idealista, o mesmo não se dá no que tange à sua gnoseologia. Este é um dos pontos que daria margem a algumas considerações críticas, desde que não sabemos como é possível fugir — nesta altura da elaboração filosófica — às críticas definitivas que o idealismo moveu contra o realismo. O autor, querendo conceber o conhecimento como uma colaboração do sujeito e do objeto, extrapola um fator que não pode ser independentizado do polo subjetivo, e com este fator fantasmal pretende construir o conhecimento. Não há um objeto além da apreensão subjetiva do objeto, e este continuará sendo o eterno leitmotiv da posição crítico-idealista. Acrescente-se, porém, que não tendo o autor explanado suficientemente este aspecto gnoseológico (o que fugiria ao plano de intenções de seu livro), as nossas observações se apoiam unicamente em afirmações algo implícitas.

Todo o livro é um documento de vindicação do humanismo, dêsse humanismo que se revela hoje em dia em tôda a sua perplexidade. Quando o homem se volta contra o humano, a legitimidade da civilização antropocêntrica já não é uma evidência inconcussa. O livro expressa, portanto, a coragem de uma opção e nisto se afirma o seu valor fundamental. A bibliografia brasileira conta, pois, com uma obra de singular importância, escrita num estilo límpido e acessível e que mobiliza em sua problemática tôda a cultura mais significativa do presente momento histórico.”

VICENTE FERREIRA DA SILVA

(Do “Diário de São Paulo”, de 21-11-953)

\* \* \*

“Produto de mais de dez anos de magistério são os dois tomos que o prof. Miguel Reale acaba de publicar sôbre filosofia do Direito, revistos e completados à base de apostilas taquígrafadas. Nesta origem circunstancial repousa seu valor, pois nos defrontamos com um manual que não se limita a ser apenas um convite para a meditação filosófica sôbre o fenômeno jurídico, porém, mergulha fundo no complexo abissal do fato jurídico como alguma coisa que acontece na vida humana enquanto vida social. No primeiro tomo o prof. MIGUEL REALE explana uma propedêutica filosófica “ad usum jurisprudentiae”, onde compendia noções necessárias de filosofia, uma vez que, a seu ver, “a Filosofia do Direito não é disciplina jurídica, mas é a própria Filosofia voltada para uma ordem de realidade, que é a “realidade jurídica”. Nem mesmo se pode afirmar que seja Filosofia especial, porque é a Filosofia na sua totalidade, enquanto se preocupa com algo que possui valor universal: a experiência jurídica” (pp. 30/1). No segundo tomo expõe sua concepção de “ontognoseologia jurídica”, onde se encontra uma exposição da “teoria tridimensional do Direito”, que o prof. MIGUEL REALE vem desenvolvendo e completando desde 1940, em cotejo com as doutrinas jurídicas fundamentais de nossa época, mas acima de tudo, com os olhos voltados para a experiência viva e atuante do Direito, pois, como frisa nas primeiras palavras do Prefácio, “jamais compreendi o Direito como pura abstração, lógica ou ética, destacada da experiência social” (p. 17).

Reportando-nos apenas a êste estreito vínculo entre Direito e vida que informa o primeiro tomo, deixaremos de lado as reflexões do segundo tomo por seu caráter de extrema especialização científico-jurídica. Mesmo assim, iremos nos restringir tão só ao traslado de seu fecundo ponto de vista. Assim, à p. 47, afirma o prof.

MIGUEL REALE: “Pensar em uma Filosofia destacada do meio histórico e cultural a que pertencemos, é algo de absurdo. A Filosofia está sempre condicionada a uma situação histórica, embora haja problemas filosóficos que transcendem às contingências sociais e históricas mesmas”. Isto porque “o Direito não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da História, mas, ao contrário, o fruto maduro de sua experiência multimilenar. É como experiência histórica que se explica e se modela a experiência jurídica, revelando-se como fenômeno universal essencialmente ligado à atividade perene de espírito (p. 207).

Afirmando que “tôda cultura é histórica e não pode ser concebida fora da História” (. 215), adota o prof. MIGUEL REALE a concepção existencial que diz que a filosofia não é jamais uma série de conjecturas formuladas por alguns homens erradicados e separados do meio social e histórico a que pertencem, isto é, todo sistema ou pensar filosófico está condicionado por uma vivência histórica, sendo impossível conceber-se a atitude de um pensador sem se levar em consideração a sua existência (cfr. p. 223). Mas, adverte o prof. MIGUEL REALE, “a Ciência jurídica é uma Ciência cultural normativa, visto como o jurista não se limita a explicar o que ocorre, mas envolve, abrange o que acontece, postulando um fim a ser atingido, fim êste que é medida de conduta” (pp. 243-4). Por isso o mestre paulista, não obstante ter partido dos trabalhos neo-kantianos de Kelsen e de DEL VECCHIO, sentiu necessidade de superar as colocações por êles oferecidas, por seu caráter formal, em contraste com as exigências sociais concretas de nosso tempo (cfr. p. 114). Daí sua aguda observação: “A Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito embuída de “racionalidade abstrata”, no sentido de que a experiência jurídica possa tôda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao “homo juridicus”. A técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros atos de razão. Na realidade, sabemos que o juiz, antes de ser juiz, é homem partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio, e que nós não podemos prescindir do exame dessa circunstância, numa visão concreta da experiência jurídica, por maior que deva ser necessariamente a nossa aspiração de certeza e de objetividade” (p. 135).

Essa “visão concreta da experiência jurídica” tem por base nossa consciência como consciência histórica, pois, como afirma DIL-

THEY, a historicidade é a essência do homem. Ou seja: ela se manifesta em um duplo sentido — longe de possuir uma constituição imutável, o homem oferece variações diversas; é um sêr histórico que se modifica com o transcorrer do tempo. A figura espiritual alterável da época imprime sua marca sôbre o homem e lhe impõe todo um repertório de idéias, crenças, gostos, preferências etc. Ao assimilar essa herança espiritual, não sem modificá-la, o homem conquista a altura cultural de seu tempo e, a partir daí, percebe-se a si mesmo como sêr histórico. Não só vive na história, mas ainda, sente-se sêr histórico. Como a Systia platônica, o homem é um sêr que só pode subsistir em todo o seu valor convivendo com seus semelhantes. A história, assim, deixa de ser o espirito objetivo, do qual os homens são apenas titeres, instrumentos, para se converter em alguma coisa que os homens fazem dentro de sua liberdade, circunstancial. A história deixa de ser um fim em si, alguma coisa que transcende ao homem, para se converter em sua natureza. O homem não vive para fazer história, mas faz história porque vive. Substituamos o têrmo “história” pelo têrmo “direito” e temos esta estupenda fórmula que emana das reflexões do prof. MIGUEL REALE: o homem não vive para fazer Direito, mas faz Direito porque vive, isto é, o homem reage ante uma certa situação vital fazendo Direito. Por isso, com muito acêrto, já se disse que todo o livro do prof. MIGUEL REALE é um documento de vindicação do humanismo; mas, quem sabe, à maneira de NIETZSCHE, demasiadamente humano. E é aí que está sua máxima virtude.”

LUIS WASHINGTON

(Do “Diário de São Paulo”, de 10-12-53)

\* \* \*

“O monumental tratado de “Filosofia do Direito” de MIGUEL REALE, ao qual o autor atribui, modestamente, o caráter de Curso, destinado sobretudo a “servir aos estudantes do bacharelado e aos de especialização”, e do qual saiu agora o primeiro volume (Sarai-va, 1953), se de fato corresponde às exigências didáticas, pela admirável clareza com que são expostos os mais difíceis problemas, faz jus, por outro lado, não somente à atenção dos juristas, mas de todos quantos se dedicam às especulações filosóficas. Constitui a obra de MIGUEL REALE, certamente, um marco de grande importância na evolução do pensamento jurídico e filosófico brasileiro.

Filosofar, com efeito, não consiste somente em mero trabalho de pseudo-erudição, e no cotejo de edições, informado por fácil e

zombeteiro ceticismo quanto à possibilidade e à conveniência do proprio “élan” espiritual, e dos problemas universais que vêm atormentando a humanidade; nem tampouco em assumir inspiradas atitudes proféticas ou místicas, desprezando a sólida base histórica que condiciona o processo espiritual, como a seiva alimenta a planta; não consiste, igualmente, em formular e contemplar vazias abstrações, nem limitar-se a colecionar dados duma generalidade sem sentido. Filosofar consiste precisamente em se dar conta da totalidade concreta do processo espiritual, e de si mesmo como momento reflexivo nessa totalidade; consiste, ainda, nas palavras de REALE, no “Ideal de compor o abstrato e o concreto, a abstração teórica e o querer particular ” É bem verdade que tais palavras, éle as aplica sobretudo à especulação filosófico-jurídica. Mas, se a filosofia não se limita à mera contemplação abstrata, mas deve ser a expressão de uma universidade concreta, que se não pode separar do processo histórico, e daquêle conjunto de valores comunitários que, em cada momento do processo encarnam a história mesma no que ela tem de vivo e atuante, então tais palavras bem se aplicam à atividade filosófica pura e simplesmente, como consciência concreta e dinâmica dessa totalidade. E então, poder-se-ia dizer que a filosofia jurídica, no seu mais alto sentido de “humanarum atque divinarum rerum notitia”, é a expressão mais autêntica de todo filosofar. Instaurar a compreensão desta autenticidade é bem a tarefa do filósofo jurista, e não se pode negar que a “mens jurídica” continuamente instilou, na especulação filosófica, êsse bafejo de “concreteza” que significa consciência da história e do homem em comunidade. Tal o sentido da obra dos humanistas da Renascença itálica; tal, em grande parte, o sentido da filosofia de Vico; tal, ainda, a significação das especulações de alguns filósofos contemporâneos, que provêm da esfera do Direito, como UGO SPIRITO e FELICE BATTAGLIA, ou dos que sentiram a importância fundamental da dimensão jurídica, a ela dedicando momentos essenciais de sua atividade filosófica, como CROCE e, sobretudo, GENTILE. É tal o sentido fundamental da obra de MIGUEL REALE.

Não sem antes observarmos que toda a atividade de REALE, impar neste país, pela sua serenidade, autenticidade, energia e resultados, está bem caracterizada por essa extraordinária coerência entre teoria e prática, entre as próprias convicções e a função pedagógica, política ou estritamente cultural por éle desempenhada, constatemos que, no plano filosófico, pelo que se depreende sobretudo das páginas de sua obra mais recente, ora em apreço, esta integração e êste sentido de totalidade espiritual, rica de conteú-



do, se manifestam, poder-se-ia dizer, através de dois elementos fundamentais e, de certa maneira, correlatos: a caracterização da filosofia como crítica, no tocante à sua estrutura, e o sentimento vivo do humano, e, por isso mesmo, do histórico e social, como verdadeiro conteúdo e objeto do filosofar mesmo.

A concepção crítica da filosofia se contrapõe, em REALE, sobretudo contra o abstratismo das posições puramente dogmáticas e das formas cristalizadas de pensamento, contempladoras de essências fixas e transcendententes, e contra a esterilidade das teorias que se atêm exclusivamente aos fatos ou à pura empiria, procurando colecioná-los numa generalização mecânica. Com referência (pe-lo menos implícita) aos primeiros, REALE observa que a filosofia é, de fato, procura — mas tão somente procura — da verdade, a qual não pode ser entendida como dada num dogma de antemão estabelecido, ou como abstrata idéia de Ser, e que é “nessa procura total da verdade” que “se manifesta a verdade total”. A verdadeira perenidade não está nas soluções, mas nos eternos problemas do espírito, não se encontra nas respostas, mas sim no próprio perguntar do homem, e “A Filosofia não existiria se todos os filósofos culminassem em conclusões uniformes, idênticas”. Por outro lado, crítica é aqui entendida como procura das condições de possibilidade do conhecimento mesmo, em sua correlação com a realidade por êle conhecida; e embora REALE não adira a um criticismo total, que o levaria, necessariamente, a uma posição idealista, a realidade é, para êle, sempre, possível apenas em correlação polar com o conhecimento, objeto em correlação com o sujeito, naquela totalidade por êle denominada “ontognoseológica”, que, infelizmente, aqui, não podemos analisar.

No tocante às concepções de tipo positivista ou empirista, REALE põe de realce a inevitável tendência à totalidade e à universalidade que caracteriza o autêntico filosofar, opondo ao critério puramente científico e verificalista dos positivistas, e sobretudo dos néo-positivistas, a fundamental aporia dessa atitude, que consiste no fato de não haver critério para verificar a certeza da verificabilidade, e da condição de possibilidade da “ciência” e do “científico” condição que, evidentemente, não pode ser procurada e encontrada na própria ciência; e, por outro lado, e em outro plano, mostra o elemento axiológico ou estimativo — a consciência do valor — que integra, em grande parte, a atitude crítica, o que invalida, conseqüentemente, a atitude puramente científica, como atenção dirigida ao meramente fático, atitude adiafora e incapaz, por isso mesmo, de sair, produtivamente, de si própria.

Se a estrutura e o caráter fundamental do filosofar é crítica, tal crítica não pode e não deve ser entendida — no sentido que

lhe é dado por MIGUEL REALE — como algo de puramente lógico-formal, mas como uma atividade espiritual que se reflete na realidade humana que alimenta, e que nela torna a se refletir, como conteúdo vivo e concreto. Este sentido concreto de “humanitas”, e de espírito como produtor de realidades valiosas na convivência histórica do homem em comunidade, é um dos traços fundamentais da obra e da doutrina de REALE.

Esta atitude crítica e êste sentimento de concreção unitária se revelam também, por exemplo, nas considerações que êle expende no tocante ao místico e ao religioso, cuja importância e autonomia são por êle reconhecidas e postas de realce com sensibilidade tal, que, na tábua de valores fundamentais que êle propõe, coloca ao lado do Bom, do Belo, do Verdadeiro e do Útil, o valor do Santo, como expressão de uma dimensão essencial do espírito humano.

Pois bem: quando REALE, na parte dedicada ao magnífico estudo das etapas históricas do Direito, nos fala do primeiro momento de desenvolvimento da consciência jurídica, o problema que êle aborda, com grande penetração, constitui um dos pontos mais palpitantes, não somente da filosofia jurídica, mas de tóda a atual consciência filosófica. As páginas por êle dedicadas ao primeiro momento da consciência jurídica no homem, em conexão com a projeção do homem, por si mesmo no Cosmos, mas enquanto, ao mesmo tempo, consciente de si como condicionado pela Ordem que o ultrapassa e transcende, representam uma das contribuições mais sugestivas e lúcidas no tocante a um problema que, hoje, não é somente algo que diz respeito à origem do Direito ou do valor da Justiça, mas investe tóda a especulação filosófica contemporânea no que ela tem de mais vivo, por implicar, quase, numa resposta à inversão realizada por algumas tendências atuais, nas relações entre o humano e o não-humano, ou entre a história e o mito. Com efeito, se por um lado se reconhece a função do mito na instauração da consciência humana, se faz refletir, por outro lado, a consciência humana no mito, numa relação dialética extremamente penetrante, que ressalva o valor próprio de ambas as dimensões assim integradas.

“Embora pareça paradoxal”, escreve REALE, “a primeira forma de compreensão espiritual envolveu o reconhecimento de algo que, na realidade, resulta do *intimo* dos processos psíquicos, como sendo oriundo de uma potestade exterior” (pg 447). Com efeito, o que poder-se-ia observar, no espírito da profunda interpretação de Reale, é que o homem e a história, no plano imediato são instaurados pelo Mito e pela Ordem divina, que agem como condi-

ção transcendental; mas esta Ordem instauradora so é pensável e admissível, por sua vez, como projetada por uma esfera humana e histórica que a precede e que também age como condição transcendental, constituindo a verdadeira originariedade.

O caráter de “concreteza” do filosofar como exigência de integração no espírito, do humano, do histórico e do social que leva a considerar a filosofia jurídica, não como um objeto particular ao qual se chega partindo de uma universalidade extática, mas como a expressão mais viva, quase como núcleo da própria atividade filosófica enquanto consciência dessa integração, leva também a conceber a filosofia do direito como algo de unitário, e não mais, por conseguinte, um conjunto de aspectos singulos separados. Por outro lado, a mesma fundamental exigência que anima a atitude puramente filosófica no sentido da unidade crítica do particular e do universal, se reflete necessariamente no âmbito da filosofia jurídica “*stricto sensu*”, superando as visões unilaterais da experiência jurídica. É uma tal exigência que faz com que REALE considere o Direito como fenômeno histórico-cultural, como pertencente ao mundo e à atividade do espírito, caracterizando a sua estrutura total através da fundamental doutrina da “Tridimensionalidade”. É essa, indubitavelmente, a parte essencial de sua obra, no que diz respeito à filosofia jurídica especificamente; é pena que não nos seja dado, aqui, analisá-la como merece. Limitar-nos-emos, para concluir esta breve síntese do seu pensamento, a indicar o sentido principal da doutrina em apreço.

A exigência histórica e a científica, da consideração dos fatos reais e da rica variedade das manifestações jurídicas no campo e no espaço, condicionaram, sobretudo por parte das tendências positivistas que culminaram no sociologismo jurídico, a consideração do direito em sua dimensão fática pura e simples.

A mais simples reflexão crítica, todavia, assim como revelara, no plano filosófico teórico, a insuficiência da atitude puramente empirística, colocando o problema das condições lógicas de possibilidade da própria experiência, assim também se refletiu no plano do direito, através da pergunta acerca da norma lógica, que fôsse a “forma” que estruturasse o possível conteúdo jurídico.

Todavia, a consideração puramente lógico-formal ou tão somente normativa do direito, ainda era insuficiente a traduzir a sua autêntica e viva totalidade. A partir da própria atitude crítica é que se havia de chegar ao conceito de “valor”, que participa ao fato jurídico o seu caráter próprio, através da norma que o estrutura formalmente.

Fato, Norma e Valor constituem assim as três dimensões do direito em sua totalidade viva.

Mas, se a “tridimensionalidade” se revelou implícita ou explícita, em várias importantes doutrinas jurídico-filosóficas contemporâneas, muitas se caracterizaram pela tentativa ineficaz de alcançar uma autêntica unidade, e pela rigidez e abstrateza que nelas assumiram as dimensões em que o direito se estrutura, de molde e enrijecer o valor numa esfera transcendente e irreal, formalizar a norma e postular um fato infundado; e tudo por falta de uma verdadeira compreensão da unidade do processo espiritual, e do sentido da história, como teatro que é, da infinita variabilidade das manifestações do espírito.

Pois bem: o sentido profundo da doutrina de MIGUEL REALE, consiste sobretudo em haver superado a fixidez das dimensões que estruturam o direito, transformando-as em três momentos dinâmicos de uma totalidade integrada por admirável unidade, e por uma extraordinária riqueza de fecundas possibilidades. Embora sem chegar à posição unitária no sentido do idealismo absoluto, REALE, em virtude do caráter vivo, aberto e fecundo de sua concepção de polaridade dos termos que se integram e se condicionam mutuamente, vivifica a concepção tridimensional com novo sentido dinâmico. O valor não é aqui entendido, por exemplo, (o que constituía o defeito principal da inércia das demais concepções neste setor) como uma instância fixa e transcendente, a-temporal e meta-histórica, ponto de referência ao qual o “fato”, integrado na norma, tenderia, não se sabe como e porquê; mas é considerado, pelo contrário, como o fermento vivo da historicidade mesma, em que o homem atua em convivência comunitária, e que, de certa forma, está presente no fato e na norma, quase “sub specie facti” e “sub specie normae”, como expressão de uma unidade concreta.

Através dessas determinações o direito mesmo se manifesta como a condição de possibilidade da atuação do espírito como história, enquanto a história mesma se pontualiza na comunidade em que o homem vive e convive, e, através desta convivência, produz os bens de cultura.

O valor essencial que estrutura o direito é a Justiça. Mas, sendo o direito mesmo, enquanto condição de possibilidade da convivência humana, a própria atuação da comunidade como espírito, ou do espírito enquanto inter-subjetividade, e sendo a comunidade constituída, por sua vez, pela atuação de um conjunto de valores culturais, o valor “justiça” se distingue dos outros valores, de maneira singular precisamente por constituir, quase como

a atuação concreta da história num determinado momento de seu processo e, em cada um de tais momentos, o terreno comum sôbre o qual se atuam os outros valores, a garantia mesma de sua atualidade. Ela não tem, como conteúdo próprio, senão êste: de tornar possível o conteúdo dos demais; ela é a renúncia a uma característica particular determinada, para tornar possível a vida dos outros valores. E então, da concreteza espiritual que nela todavia se encarna, surge a sua nobreza, constitutiva e garantidora de tôdas as formas possíveis de convivência humana na história. “O valor próprio do Direito é o justo”, escreve REALE, “entendido não como simples relação estrínica ou formal, aritmética, mas entendido, concomitantemente, como o conteúdo dessas mesmas relações, enquanto representam um bem intersubjetivo, ou melhor, o bem comum” (pág. 227).

Pois bem: esta justiça concreta assim entendida e compreendida, de certa forma, como a própria atuação da história como espírito, encarnado na comunidade como atuação em ato dos valores que do homem provêm, e não como um valor abstrato, transcendente, ou puramente formal, se identifica, em certo sentido, com aquêle princípio essencial de liberdade que constitui, “no dizer do mestre paulista, o “fundamento do processo cultural e ético” (pg. 227). Sim, porque a cultura “não é senão a concretização ou atualização da liberdade” (pg. 228); o homem tem em si êste poder, que é liberdade, mas esta liberdade se realiza concretamente, integrada na Justiça entendida de maneira autêntica: a justiça não é um valor formal de mera proporção aritmética, nem um mero ideal transcendente; a liberdade não é uma palavra vazia e fictícia, ou o puro arbítrio de um indivíduo abstrato: a liberdade é enquanto constitui a consciência dos valores sociais que se encarnam na coletividade, ou melhor, na comunidade. A Ética “é a realização da liberdade, e o Direito, momento essencial do processo ético, representa a sua garantia específica, tal como vem sendo modelado através das idades. ”.

Justiça e Liberdade constituem, pois, por assim dizer, os valores essenciais em que o homem se concretiza na história e a história se concretiza no homem. Estas são as perspectivas renovadoras que se abrem a partir da concepção do direito como experiência histórica, experiência histórica em que a experiência jurídica se explica e se modela, revelando-se “como fenômeno, universal, essencialmente ligado à atividade do espírito”.

E êste é, a nosso ver, o autêntico e profundo sentido da concepção culturalista, como concepção humanista do direito.”

RENATO CIRELL CZERNA

(Da “Folha da Manhã” de 18-12-953)

\* \* \*

“Falar em renovação dos estudos filosófico-jurídicos no Brasil é, sem dúvida alguma, forçar, de um lado nossa situação, no que diz respeito a êsse gênero de pesquisa; e de outro, emprestar ao têrmo renovação um significado mais amplo do que o que lhe é próprio. Renova-se o que já teve existência anterior, embora com manifestações diferentes ou inferiores. Renovar é pois restabelecer, restaurar, reconstituir. Se é assim, como falar, no Brasil, em renovação dos estudos filosófico-jurídicos? Para que se pudesse fazê-lo, com exatidão, seria necessário, primeiro que tivesse havido, em época anterior, uma corrente de pesquisa e de pensamento em tórno dos problemas últimos do Direito e depois que se tivesse verificado um hiato nessa especulação. Nada disso, porém, ocorreu. O esforço empreendido no campo da Filosofia Jurídica, no Brasil, foi sempre isolado e mais do que isolado, esporádico. A história de nosso pensamento decantadamente paupérrima, só de longe em longe apresentará momentos de esforço e de análise dos problemas concernentes ao Direito Positivo, à Justiça, ao conteúdo e fundamento da ordem jurídica. Esses momentos, entretanto, não se ligam na contextura de nossa história espiritual, representando antes o produto da pesquisa e do trabalho de algumas personalidades mais curiosas e interessantes. Dai o não se poder falar, a rigor, em um movimento filosófico jurídico nacional, nem indicar uma orientação para o pensamento jurídico até época relativamente recente. A razão está, naturalmente, na inexistência de um movimento do gênero, em sentido autêntico e rigoroso. Tais considerações são fundamentais, para uma compreensão exata do pensamento brasileiro em relação ao pensamento filosófico-jurídico universal. Elas permitem afastar, de maneira radical, qualquer tentativa de aplicação ao nosso ambiente espiritual de certas fórmulas que provaram maravilhosamente bem, como instrumento de compreensão e explicação de certos aspectos da cultura européia. Entre êstes, cabe aludir principalmente ao conceito de renovação dos estudos filosófico-jurídicos, de que se utilizam fartamente os expositores europeus, para designar os estudos e consequentes correntes do pensamento que se seguiram à época positiva. Lá, entretanto, era possível e mesmo necessário falar em renovação ou restauração.

O positivismo abria, sem dúvida alguma, um hiato nas cogitações do gênero, permitindo fazer-se uma nítida divisão na história da Filosofia do Direito. Onde, porém, vislumbrar algo semelhante no Brasil? A nossa experiência positivista, por paradoxal que possa parecer, ao invés de estancar a veia filosófico-jurídica, incentivou-a. Se antes, deparávamos dois ou três tratadistas da matéria, daí por diante assistiríamos a uma multiplicação desse número, com o aparecimento de Alberto Sales, Tobias Barreto, Sílvio Romero, Farias Brito, Pedro Lessa, João Aruda, para nos limitarmos apenas aos mais representativos. Objetar-se-á, e com todo o acêrto, que alguns dêles se esforçaram exatamente a negar a possibilidade de uma filosofia jurídica em moldes autenticamente filosóficos. A verdade, porém, é que ao procurarem negá-las, fizeram legítima filosofia, e do esforço que empreenderam decorreram ensinamentos preciosos. Atente-se, ademais, a que a eclosão positivista, em seus variados matizes, não encontrou uma situação anterior jusnaturalista, perfeitamente estruturada, a que se contrapuzesse. Foi, isso sim, um esforço a mais, emparelhando-se com outros, no sentido de incluir o direito dentro do quadro das pesquisas fundamentais. Seria, porém, um exagero, afirmar-se ter aberto um hiato na Filosofia Jurídica, imolando-a ao altar da Teoria Geral do Direito.

Esforços isolados, embora notáveis, foram também os que se registraram posteriormente, imediatamente após a maré positivista até os nossos dias, por estudiosos da estatura de Almáquio Dinis, José Mendes, João Monteiro, Pontes de Miranda, Francisco Campos, Queirós Lima e outros.

Note-se, entretanto, que a não ser um ou outro exemplo isolado, todos os que cuidaram de Filosofia do Direito no Brasil, o fizeram com propósitos limitados. Faltou-lhes, na generalidade, a visão completa da realidade jurídica, única capaz de permitir o acesso à compreensão profunda e à explicação total do fenômeno jurídico. E mesmo aquêles poucos, que deram ao assunto tratamento sistemático — e são lamentavelmente poucos — esqueceram-se de inserir a Filosofia Jurídica na Filosofia Geral, a concepção do mundo jurídico numa concepção geral do mundo, a noção da realidade jurídica numa visão do universo e da vida. O direito apareceria, assim, isolado na realidade, como um mundo independente, sem ligações nem entrelaçamentos. Ao invés de ser um momento da realidade, um objeto entre os múltiplos objetos existentes, sujeito a leis próprias à categoria a que pertence, e cuja compreensão e explicação estaria condicionada à natureza e estrutura dos setores da realidade em que se acha incluído — surgiria isolado, sem rela-

ções nem travamentos com o direito comum do conhecimento filosófico.

Estas considerações permitem e justificam que se reserve um lugar à parte, dentro da literatura filosófico-jurídica nacional, para esta *Filosofia do Direito* que o prof. MIGUEL REALE acaba de publicar. Se não se pode cogitar, em face dos dois tomos já impressos, de renovação dos estudos filosófico-jurídicos no Brasil — isso pelas razões expostas no início desta nota — dúvida alguma pode existir de que o trabalho representa o mais completo esforço tendente a instaurar um movimento filosófico-jurídico nacional, a que não faltariam nem a base filosófica indispensável, nem a orientação específica, nem a vivência da experiência jurídica positiva. A primeira é fornecida por aquela corrente de pensamento que, centralizada contemporaneamente em HARTMANN, tem raízes tanto no pensamento antigo como no pensamento moderno, cujas manifestações essenciais procura conciliar, numa síntese superior. A segunda se manifesta através de uma concepção da realidade jurídica como realidade complexa, que se desdobra em três dimensões, amalgamadas indissolúvelmente num todo único. E a terceira, finalmente, decorre do convívio com o nosso direito positivo, bem como com o direito positivo de outros povos, cujos fundamentos são postos a prova cada momento, mediante um cotejo com os princípios que devem presidir tôda e qualquer experiência jurídica.

Evidentemente, o ponto mais curioso, desta larga e exaustiva explanação é quando o autor faz uma exposição sistemática do *tridimensionalismo jurídico*, há muito esperada, e que sem dúvida alguma representa a sua contribuição capital à filosofia jurídica contemporânea. A bem dizer, tôda a exposição, quer a dos princípios filosóficos gerais, quer a dos especiais à filosofia jurídica, tem por finalidade estruturar a teoria do tridimensionalismo jurídico. De fato, esta é o produto de meditação dos problemas do universo, do homem e da sociedade, no curso da qual se foram despreendendo conclusões seguras, que serviram de base a uma nova concepção da realidade jurídica.

Ai está porque se pode, sem receio, considerar este trabalho, que dá uma visão completa da Filosofia Jurídica, à luz principalmente dos seus temas atuais, como um esforço poderoso para estabelecer entre nós um movimento permanente de interesse pelos problemas fundamentais do Direito.”

TEÓFILO CAVALCANTI FILHO

(Da “Folha da Manhã” de 29-11-953)

• • •



“Estamos vivendo uma época atormentada por problemas de profundidade e verificamos que todos êles se ligam ao problema do direito. Este, pelo que faculta e pelo que não faculta, pela sua força reguladora na vida social, traz, em si mesmo, tôdas as angustiadas interrogações da hora em que vivemos. Se é verdade que o homem encontra sempre motivo para filosofar para onde volte sua atenção, quando êle filosofa sôbre o direito está realmente fazendo uma convocação de idéias e conceitos que situam o ser humano nas circunstâncias da vida. E isto se dá porque o direito, pelo seu significado, é, ao mesmo tempo, uma experiência real e cultural, ideal e histórica.

As regras jurídicas, as atitudes e decisões jurídicas de um determinado povo e em determinada época, mostram-se tôdas como reveladoras autênticas de uma concepção do mundo.

Verificamos, por isso mesmo, que o direito é, talvez, a mais trágica, mais sentida, a mais evocada experiência do conhecimento humano. HUNTINGTON CAIRNS, em sua obra “Philosophy as Jurisprudence” diz que o direito até HEGEL, constituía uma das principais preocupações da filosofia. Teria sido um filósofo e não um jurista que formulou, pela primeira vez, a pergunta fundamental: que é direito? Depois houve o divórcio entre o direito e a filosofia, uma vez que muitos juristas sustentavam, principalmente os juristas da língua inglesa, que a teoria geral do direito é uma ciência formal de relações, separada completamente da filosofia.

Essa separação foi sentida realmente, mesmo nos países latinos. Numa época, evidentemente exausta, procurou-se eliminar o direito do plano das idéias gerais. Entre nós essa tendência foi bem recebida. E eliminou-se, com facilidade, de nossos cursos jurídicos, o estudo da filosofia do direito. Hoje, em virtude da ofensiva filosófica do nosso tempo, talvez se explique êsse fato, considerando agora como um grave erro da legislação federal, como uma decorrência dessa atmosfera formada em nossas escolas de direito, que se deixaram dominar pelas vantagens de uma tendência cultural vazia de sentido e pragmática.

Na verdade, por muito tempo, falou-se na estafante inutilidade de querer impor aos jovens estudantes, sem preparo necessário, as doutrinas de SANTO TOMÁS e de KANT. O próprio PEDRO LESSA, conquanto malsinasse as falhas de nossas leis, não era um filósofo do direito, e todo o seu pensamento esteve sempre envolvido pelo negativismo do cientismo positivo. Mas, apesar disso, apesar de ser muito mais um jurista do que um filósofo, um estudioso do que realmente um pensador, PEDRO LESSA compreendeu o valor das idéias gerais, nas bases do direito constituído.

O resultado dessa imprevidência ou desse preconceito legislativo, como em toda parte, concorreu para a decadência do direito, para essa anarquia legal do direito escrito, para essa desmedida inflação legislativa da atualidade, que sofremos por muito tempo.

Houve, por certo, resistência, na Faculdade de Direito de S. Paulo, da qual fazia parte PEDRO LESSA. E, mesmo, pelo trabalho de alguns estudiosos, a filosofia do direito propriamente não pereceu no país. Porém, viveu dificilmente, sempre ameaçada de descrédito e de aniquilamento, dependente da resistência do citado jurista ou de um professor como JOÃO ARRUDA.

A minha geração viveu esse último esforço. Ela encontrava encanto nas ciências naturais, no direito como expressão sociológica, no exame anedótico dos usos e costumes dos povos. Só depois, com os efeitos de guerras mundiais sucessivas, que vemos entre nós espíritos devotados a sustentar que o apêlo à filosofia é um apêlo pela salvação do humano. Entre êsses está o prof. MIGUEL REALE. Os dois volumes que acaba de publicar, ("Filosofia do Direito" edição Saraiva, 1953), são dignos do melhor aprêço, porque constituem um dos melhores documentos do renascimento da cultura jurídica fundamental, entre nós. Revelam êles não só um pensador amadurecido e abastecido numa extraordinária e viva cultura, como um dos mais lúcidos estudiosos dos temas universais do direito.

A obra publicada, que abrange dois tomos, trata dos problemas filosóficos no primeiro e dos problemas do direito no segundo. Por êles, assistimos assim a uma reconciliação entre a filosofia e o direito. Tanto o filósofo como o jurista podem fazer e responder interrogações. Estudam êsses dois volumes o objeto da filosofia, o positivismo, a redução da filosofia a uma enciclopédia de ciências e a autonomia do direito. Volta-se para as noções da gnoseologia, da ontologia e da axiologia, para focalizar a cultura em sua relações com a pessoa humana, referindo-se, nêsse passo, às leis naturais e éticas, ao bem pessoal e ao coletivo. No segundo tomo, enfoca a ontognoseologia jurídica, com os principais temas da filosofia do direito, os gerais e os especiais, através das doutrinas empíricas, da doutrina de STAMMLER e de DEL VECCHIO. Dedicava interessantes páginas ao problema metodológico, olha, com grande penetração, a tese central da conduta; estuda os pontos de vista unilaterais sobre a realidade jurídica, — o sociologismo, o normativismo, o moralismo. Consagra numerosas páginas à teoria tridimensional do direito e finaliza na apreciação dos grandes temas: a normatividade, a eficácia, a vigência, o contratualismo, a exterioridade do direito, coercibilidade e, por último, a bilateralidade atributiva do direito.

Antes de mais nada consegue o prof. MIGUEL REALE atualizar a nossa cultura jurídica, colocando-a no mesmo plano das outras culturas de vanguarda. Continuamos, é certo, a manter a nossa vocação jurídica, porém, essa se revela no campo do direito positivo. Poucos são os mestres, como Pontes de Miranda, que se voltam para a cultura geral.

É a visão geral, é o pensamento fundamental, que é uma exigência da nossa angústia moderna, que leva o prof. MIGUEL REALE a fugir do simples manual informativo, das cartilhas fáceis e rudimentares tão do agrado da estudantada.

A filosofia não se ensina em manuais de divulgação, porque a filosofia é antes de tudo, um "amor da sabedoria" Ela é um esforço de integração do homem no mundo e nas verdades da vida. Por isso, o prof. MIGUEL REALE, de princípio, procura determinar a natureza, a consistência e essência do direito. Caminha pois para a essencialidade, reconhecendo, na partida de suas investigações, que "a realidade jurídica não pertence à esfera dos objetos ideais, nem a esfera dos objetos psíquicos, pois lhe corresponde uma estrutura própria, a dos objetos culturais e mais propriamente, a dos objetos culturais tridimensionais, por implicarem sempre num elemento de fato, ordenado valorativamente em um processo normativo".

A realidade social do direito não é constituída pela aparência dos fenômenos; o que nos leva a estudá-la em suas estruturas ônticas, e, em consonância com as categorias racionais que tornam possível sua compreensão.

Com êsse critério, não pode o prof. MIGUEL REALE se conformar com a posição unilateral de grande número de pensadores. Não basta, para êle uma Ontognoseologia jurídica, como estudo crítico da realidade jurídica e de sua compreensão conceitual. Convém considerar a Epistemologia jurídica que, recebendo para si um conceito do direito, leva-nos a dilatar o campo de nossas pesquisas. Convém outrossim considerar a Deontologia Jurídica que nos revela a razão pela qual existe a obrigatoriedade do direito e também a Culturologia jurídica que nos dá o sentido histórico do direito, ou melhor, o sentido do destino do direito.

Assunto de tamanha importância, sobrecarregado de temas, mereceria, de nossa parte, estudo mais longo e mais aprofundado. Queremos contudo assinalar, nestas linhas de notícias a importância da obra que nos oferece, com acuradas pesquisas, a visão do direito na pauta da universalidade. E o conceito do direito, essa preocupação que hoje se renova, nas contradições políticas em que vivemos, aparece em tôdas as suas dimensões. Êsse conceito é-nos revelado, nesses dois volumes, com a reunião de dados e prin-

cípios essenciais. Surge dêsse modo, como uma realidade histórico — cultural, decorrente da concretização de valores necessários no comportamento do homem em sociedade.

Ganha com isso o conceito do direito em substância e resistência, isto é, torna-se vitorioso por sôbre tôdas as dificuldades que êle teve que transpor. E assim surge, diante dos nossos olhos, na plenitude de sua autenticidade.

Quero assinalar que a obra do prof. MIGUEL REALE é, antes de tudo, uma mensagem construtiva, em meio das dispersões e desapontamentos em que vivemos. Esse direito sem substância, ou êsse direito que vive a substância alheia ou ainda êsse direito, que é história, que é política, que é sociologia, que é economia, que é, por isso mesmo um direito sem direito, foi por certo o alimento que engordou a revolução contemporânea e que inundou de malícia e desencanto as almas que nem sequer acreditam nas revoluções!

O direito pensado pelo prof. MIGUEL REALE é assim uma repulsa a essa decrepitude, uma juventude cultural que se abre entre nós como uma flor de esperança”.

CÂNDIDO MOTTA FILHO

(Do “Diário de São Paulo” de 3-1-1954)

\* \* \*

“Em rigor seria de esperar que a crítica consistisse numa imersão do crítico em plena substância do livro estudado, objetivando realizar aquilo que, dentro de certo jargão atual filosófico, pudesse constituir uma “redução eidética” do trabalho submetido à análise.

Mas a não ser provavelmente o próprio autor, raros são aquêles capazes desta imersão fecunda. A atitude contrária é que costuma ser a mais frequente: em vez de imergir no objeto de crítica, trata-se de fazer com que êste seja reconduzido, referido às perspectivas do crítico. De molde a crítica estabelecer-se, antes como uma definição do crítico que propriamente do criticado.

Entregando-me à leitura de um livro como esta “Filosofia do Direito”, de MIGUEL REALE, espero portanto que me compreendam esta posição naturalmente narcísica, exteriorizada numa possível preocupação de verificar até que ponto êste livro pode referir-se às coisas que pela vida venho escrevendo e meditando, até que ponto se entrosam a sua jurisprudência com a minha estética, ou para exemplificar mais impressivamente, quais os liames que possam existir entre “Filosofia do Direito” e “Revisão de Castro Alves”.

Embora tratando matérias especificamente diversas, é satisfeito que descubro que assim mesmo temos aqui alguma coisa que possa ser um denominador comum, um espírito comum, certo “quid” indefinível porém sensível que pode marcar da mesma configuração um tratado de medicina, uma obra de direito, uma investigação literária, econômica, ética ou sociológica.

Claro que interessa aqui uma simples busca de afinidades, não vindo ao caso o problema da precedência cronológica — a anterioridade, neste caso, diga-se de passagem é toda do professor REALE. Feita esta ressalva, permita-se que volte a falar de meu livro e recorde como êle frisa de início o conceito diltheyano, para quem a vivência está sempre referida à vida total. Citava ainda SPENGLER, com sua idéia das “afinidades morfológicas”, travando entre si intimamente tôdas as formas de cultura. De certo modo, REALE fica nesta linha, quando recorda um Carneluti, com sua afirmativa de que “o jurista convence-se cada vez mais de que se não sabe senão Direito, na realidade não conhece nem mesmo o Direito” Paradiando esta afirmativa, poderíamos garantir que não há forma mais perfeita de ignorar a literatura do que conhecer apenas a literatura. Além, há outra asserção de MIGUEL REALE, que se encadeia perfeitamente nesta ordem de considerações. É quando assinala que “os problemas da filosofia são de tal ordem que tratar de um dêles implica no fundo na consideração dos demais”. Acena-se aqui a uma unidade da filosofia que de resto corresponde a uma unidade da cultura, e que nos leva por outro lado a deduzir que a crítica, desde que de posse de um instrumento metodológico adequado, deixa de ser um território da cultura estritamente especializado, ganhando possibilidades de espalhar-se por ciência as mais disparatadas. Em vista do que ficou dito acima, preferimos dizer, no entanto, aparentemente disparatadas.

O direito em MIGUEL REALE não é longínqua abstração metafísica, liga-se orgânicamente à vida, está na vida, como o ar e como o sangue, de modo que basta estar vivo para estar-se defrontando situações jurídicas, assumindo comportamentos jurídicos. Todos nós em diversos instantes da vida estamos nos debatendo com situações desta ordem e tratando de resolvê-las. Não é portanto o direito aquêle fantástico balão de Cocteau, sem nenhuma espécie de ligação com a terra. Muito pelo contrário. Ainda há pouco, Luís WASHINGTON não encontrava melhor meio para caracterizar êste livro, do que frisando sua adesão absoluta à vida. Com êste espírito vital, vai o autor esquivando-se de início às teorias que se comprazem no meramente formal, no meramente universal, no simples “a priori” sem indagar da possibilidade, da particularização,

da concretização. E diante da refutação clara que faz a filósofos dêsse tipo, como STAMMLER e DEL VECCHIO, a primeira coisa que nos ocorre é o relativo desacerto da catalogação rígida que se faz de MIGUEL REALE, como neo-kantiano, como já se ouviu mais de uma vez.

Se êle não se evade para essa utopia nebulosa do “a priori”, isto não vai querer significar que resvale para um empirismo chato, descobrindo as suas leis, apenas à custa de induções, atitude que no Brasil encontraria avoengos ilustres, como um PEDRO LESSA. É que êle procura conciliar tendência tão abstrata com um impeto concreto: “Procederemos a uma indagação que não pretenda de maneira alguma ligar-se a um monismo metódico, como se fôsse necessário optar radicalmente por um método apriorístico ou não. Pensamos, ao contrário, que são dois momentos de indagação que se exigem e se completam reciprocamente, postulando atitudes metódicas complementares e integrando-se em unidade plurivalente.” Aqui REALE se encontra numa linha igual à de GASTON BACHELARD, condenando aquela “lógica pura que seria o pensamento de não importa quem, estudando não importa quê, não importa onde e não importa quando”, ao mesmo tempo que o francês vai garantindo que a “alternância do a priori, e do aposteriori, é obrigatória, estando o empirismo e o racionalismo ligados por estranho laço, tão forte quanto o que une o prazer e a dor. Com efeito, um triunfa, dando razão ao outro — o empirismo tem necessidade de ser compreendido — o racionalismo tem necessidade de ser aplicado. “Pensar cientificamente”, conclui, “é colocar-se no campo epistemológico intermediário entre teoria e prática, entre matemática e experiência.”

Nutrido de crític histórico, entende de apartar-se de conjecturas bizantinas, de imersões no inefável. É êle próprio quem nos insinua haver na história do nosso pensamento jurídico uma tradição respeitável de adesão à realidade e dentro da qual trataria de entrosar-se. É êle, realmente, que fala no “ritmo de nossa tradição jurídica, sempre aderente à realidade, até o ponto de correr o risco de descambar para o casuismo em que a ciência irremediavelmente se estiola.”

Todavia, o grande mal está na legislação. Esta é que através dos tempos vem preferindo amoldar-se a figurinos alienígenas, em vez de buscar no próprio humus da terra seiva para nutrir-se. Foi sempre preocupação de um pensador como OLIVEIRA VIANA mostrar, no Brasil, esta permanente dissociação entre lei e costume, entre o direito e a vida. E hipertrofiando a sua obra de jurista no sentido do sociológico, sabe pôr em paralelo as instituições do direito com o cotidiano da vida.

A filosofia de REALE nutre-se da necessidade de adaptar-se o direito ao verdadeiramente vivido, ao realmente fático. E é a sua ambição de “concreteza”. REALE usa, para exprimir êste estado de coisa concreta, êste neologismo, sabendo a vinho e provolone. Mas a culpa não é dêle. É antes do próprio idioma com que trabalha. Às vêzes, o autor resvala para a palavra “concreção” que evidentemente não serve para exprimir o seu pensamento, pois que dá idéia da coisa assim que se organiza, mas à moda delimitada dos cálculos hepáticos. Se formos ao dicionário, a única palavra que êle nos sugere é “concretização”. Este vocábulo não cobre o território semântico que REALE pretende sugerir com “concreteza”. Concretização, tem um sentido dinâmico, dá uma idéia de devenir, de um concreto que ainda se está elaborando, um concreto em suma que não se apartou demasiadamente do abstrato.

Da importância desta nossa excursão semântica, pode dar testemunha o próprio REALE, quando afirma o intenêsse “fundamental do recurso à filologia, como meio de acesso aos conteúdos espirituais. Procedemos muitas vêzes a respeito da linguagem, como procedemos com referência ao ar, do qual só nos apercebemos quando dêle sentimos falta.”

Esta excursão semântica, insista-se, longe está de ser ociosa. A língua só cria as palavras quando estas palavras são preliminarmente pensadas e mais do que isto, sentidas, e mais do que isto ainda vividas. Se faltam em nosso vocabulário têrmos que dêem idéia da coisa concreta, isto quer dizer apenas que somos um povo insuscetível de elaborações mais realistas, somos realmente marcados da vocação da utopia e do messianismo, das evasões surrealistas no território do onírico, da imersão em pleno deliquio e sonho pleno, libertos de contingências terrenas. Quando vemos que não há palavras para o concreto, podemos deduzir que êste realmente é um país sem pés no chão.

Esta “Filosofia do Direito”, com seus dois tomos surgidos, se anuncia monumental. Servirá, entre outras coisas, para contestar TOBIAS BARRETO, com a sua famosa frase de que “O Brasil não tem cabeça filosófica”. Frase, aliás, que começou a me impressionar muito menos num dia em que descobri que, nêste passo, o autor de “Estudos Alemães” plagiava o VOLTAIRE da “Henriade” que garantia que a França não tinha cabeça épica.

JAMIL ALMANSUR HADDAD

(Da “Folha da Manhã” de 7-1-954)

• • •

“O Sr. MIGUEL REALE é um sociólogo, pensador e jurista, cuja bagagem de letras é das mais vultosas em nossos dias, no Brasil. Sua primeira obra publicada — “O Estado Moderno” — e de caráter sociológico e tem, já, cerca de 20 anos. Catedrático de Filosofia de Direito da Universidade de S. Paulo, membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia de Ciências do Instituto de Bolonha, suas mais recentes atividades dividem-se entre a ciência de Aristóteles e a de Von Ihering. A esta Filosofia de Direito, em dois volumes, seguir-se-á tôda uma série de volumes do mesmo gênero e teor, tais como a “Epistemologia Jurídica”, a “Deontologia Jurídica” e a “Cultorologia Jurídica”. O primeiro tomo da presente obra trata da *Propedêutica Filosófica*, estudando, sucessivamente, o Objeto da Filosofia, o Positivismo e a Redução da Filosofia a uma Enciclopédia das Ciências, a Autonomia da Filosofia, as Noções, de Gnoseologia, Noções de Ontologia e de Axiologia, Ética e Teoria da Cultura, etc. No segundo tomo, deparam-se-nos a Ontognoseologia Jurídica, abrangendo os Temas da Filosofia Jurídica, a Realidade Jurídica e o Problema Metodológico, a Fenomenologia da Ação e da Conduta, as Explicações Unilaterais da Realidade Jurídica, etc. O livro do professor MIGUEL REALE representa o resultado de mais de dez anos de magistério na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “sob cujas arcadas” — diz o autor — “comecei a redigir minhas primeiras observações sobre os problemas do Direito e do Estado” O Sr. MIGUEL REALE, no *Prefácio* de que tiramos aquela frase, diz que jamais compreendeu o Direito como pura abstração, desligado da experiência social. As lides forenses e o trato assíduo das questões administrativas e políticas levaram-no a conclusões de que esta obra é o espelho e a síntese. “Por mais que estas páginas se prendam às circunstâncias do nosso tempo — diz o Sr. MIGUEL REALE — refletindo uma concepção geral do universo e da vida, na qual e pela qual adquirem real significação as concepções do Direito — o seu modo de comunicação permanece nas lindes impostas pelas necessidades didáticas. Trata-se de um *Curso*, revisto e completado com base em apostilas taquígrafadas graças à iniciativa do Centro Acadêmico XI de Agosto. Embora haja suprimido o supérfluo e refundido a obra, acrescentando vários capítulos e dando-lhes nova feição e unidade sistemática, conservei a feição original das lições, com a dupla finalidade de servir aos estudantes do Bacharelado e aos de Especialização. Não excludo possa merecer também a atenção dos juristas pátrios empenhados no trabalho, científico-positivo. Se a meditação filosófica do Direito é sempre necessária, mais ainda se impõe nas épocas de transmutação de valores, quando o Direito vigente recebe o impacto de forças imprevisas, crescendo a responsabilidade do jurista, alçado à dig-



nidade de intérprete e de protagonista da História, não mais resignado ao papel de mero executor de decisões tomadas à revelia de seus ideais e de sua consciência.” A êsse propósito, o Sr. MIGUEL REALE cita exatas e ponderáveis palavras do saudoso jurista PEDRO LESSA, escritas quando se extinguiu a Filosofia do Direito dos nossos cursos jurídicos. Um pragmatismo fácil segundo o Sr. MIGUEL REALE, invade hoje, cada vez mais, os domínios da Jurisprudência, ameaçando comprometer a linha de continuidade de um labor científico, válido por seus princípios estruturais e pelo sentido de concreção que lhe deram espíritos como TEIXEIRA DE FREITAS, PAULA BATISTA E LAFAYETTE.

— Discorrendo sôbre a “Noção Preliminar de Filosofia”, o Sr. MIGUEL REALE começa por recordar o conceito que a palavra *filosofia* vem exprimindo através dos tempos. Em verdade, a palavra significa *amor da sabedoria*. Os “amigos da sabedoria” seriam, assim, os filósofos ou cultores dela. O verdadeiro filósofo é um pesquisador incansável. ARISTÓTELES (384-322 a. C.) dizia que a Filosofia começou com a perplexidade, isto é, com a atitude de assombro do homem perante a Natureza. O primeiro homem que tentou entender a estrutura do Universo — êsse foi o primeiro filósofo. Cercado por numerosos problemas e mistérios, o espírito humano foi levado imperiosamente a indagar — o que significa, a filosofar. A Filosofia é pois, uma ciência que só se daria por satisfeita quando atingisse a *certeza e a universalidade*, todos os princípios e razões explicativas da realidade. A própria diversidade de sistemas e conceitos é necessária, segundo o autor dêste livro, à vitalidade da Filosofia. Esta ciência não existiria se todos os filósofos acordassem nos mesmos pontos ou princípios fundamentais. “A Filosofia — diz ele, neste passo do primeiro capítulo de seu instrutivo trabalho — é, ao contrário, uma atividade perene do espírito ditada pelo desejo de renovar-se sempre a universalidade dos mesmos problemas. A universalidade da Filosofia está mais nos problemas do que nas soluções, o que não deve causar estranheza se lembrarmos, com JORGE SIMMEL, que a Filosofia mesma é, por assim dizer, o primeiro de seus problemas, revertendo seu problematismo sôbre sua própria essência. A pesquisa das razões últimas e dos primeiros princípios implica na possibilidade de soluções diversas e em teorias contrastantes, sem que isso signifique o desconhecimento de verdades universais que se impõem ao espírito com a força irrefragável da evidência. A história da Filosofia tem o grande valor de mostrar que esta não se pode estiolar em um sistema cerrado, onde tudo já esteja pensado, muitas vêzes antecipadamente resolvido. Quando um filósofo chega ao ponto de não ter mais dúvidas, passa a ser a história acaba-

da de suas idéias, o que não quer dizer que não gere a Filosofia nos espíritos uma serenidade fecunda apesar de incessante pesquisa. Como observa KARL JASPERS, êsse modo de “*estar em marcha*” — o destino do Homem no tempo — não exclui a possibilidade de uma profunda paz interior e, até mesmo, em certos instantes, supremos, a de uma espécie de plenitude”. DEWEY e CROCE são dois exemplos de que a Filosofia não se cristaliza, nem se detém no mesmo ponto. A Filosofia do Direito, para o Sr. Miguel Reale, não é uma disciplina jurídica, mas a própria Filosofia voltada para uma ordem de realidade que é a “realidade jurídica”. Nem é sequer uma Filosofia especial, porque é a Filosofia na sua totalidade, “enquanto se preocupa com algo que possui valor universal, a experiência Jurídica”. O Direito é uma realidade universal. Onde quer que o Homem exista, aí êle também existe, *como expressão de vida e de convivência*. Ora, a Filosofia não pode cuidar senão daquilo que tem *sentido de universalidade*. Esta é a razão, pela qual se faz Filosofia da Vida, Filosofia do Direito, Filosofia da História ou Filosofia da Arte. Falar em vida humana — diz o autor — é também falar em Direito.

Suas dissertações, sôbre os numerosos temas incluídos nesta obra, mostram um espírito esclarecido pelas luzes da História e do Direito, um espírito de forte agilidade e cuja cultura lhe serve de lastro para ingressar com segurança, nos mais diversos departamentos da *Filosofia do Direito*, ciência em que se revela mestre, e dos mais lúcidos.

(Do “JORNAL DO COMÉRCIO”, do Rio, de 20 de Novembro de 1952)

TULLIO ASCARELLI, *Lezioni di Diritto Commerciale. Introduzione*. Ed. Antonino Giuffrè. Milão, 1954.

Restituído aos seus labores magistraes na Itália, após longa e proveitosa convivência no Brasil, não esmoreceu TULLIO ASCARELLI na sua faina produtiva. Se, ao partir, aqui deixou os originaes de seu último livro em português — *Ensaio e Pareceres*, editado em 1952 pela Livraria Saraiva, lá chegado reuniu, em quatro volumes, larga e opulenta série de trabalhos, antigos uns, modernos outros, alguns inéditos, mas todos refeitos e postos em concordância com a doutrina e legislação atuais, no mesmo ano publicados pela Livraria A. Giuffrè, de Milão — *Studi Giuridici sulla Moneta, Studi in Tema di Contratti, Studi in Tema di Società e Studi di Diritto Comparato e in Tema de Interpretazione*.

Abre-se êste último com sugestiva dedicatória “*Ai Professori della Facolta Giuridica dell' Università di San Paolo che mi accolsero, esule, come collega*”.

Ele, juntamente com ENRICO TULLIO LIEBMANN, por igual restituído à sua Universidade de Pavia foi dos nossos. Um e outro ocuparam as nossas cátedras, nelas deixando os ecos de seus ensinamentos.

Bem é de ver, por isso mesmo, o agrado com que recebemos o último livro de TULLIO ASCARELLI. Pareceu-nos, a princípio, que nele se encontrariam as lições magníficas reunidas nos dois volumes dos *Appunti di Diritto Commerciale*, dados a público em Roma, em 1936, com as adaptações exigidas pelo tempo decorrido. Desvaneceu-se, com a leitura, essa primeira impressão. O que nele se contém são as lições do emerito professor na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Bolonha, na primeira parte do ano acadêmico de 1952-1953. Ao volume, agora aparecido, outro se seguirá sôbre a teoria da concorrência, segundo o que, ao parecer do autor, deve hoje constituir, em ordem natural, um curso de direito comercial.

Não cause perda a ninguém que, tendo sido o direito privado italiano unificado no código civil de 1942, ainda existam nas Faculdades de Direito da Itália cursos de direito comercial. Não bastariam cursos de direito privado?

Cursos de direito privado se deparam ao lado dos cursos de direito comercial. Não desapareceu êste com a unificação. Esta, lecionou TULLIO ASCARELLI, “realizou-se entre nós, bem que postulando um grau de desenvolvimento da agricultura ainda não alcançado em muitas de nossas regiões; e foram as normas de direito comercial as que, em conformidade com as diretrizes gerais da evolução histórica, precedentemente recordadas, se sancionaram em via geral: têrmos de prescrição; liberdade de prova; fluência de juro de pleno direito; presunção de solidariedade nas obrigações; execução coativa e resolução de direito na venda mobiliária e assim por diante. Normas anteriormente ditadas sômente em relação à matéria comercial passaram (a confirmar quanto precedentemente se observou acêrca da objetividade que caracterizou a história do direito comercial) a regras gerais, válidas em todo o direito e isso quer quanto aos atos anteriormente havidos como comerciais, quer quanto aos agrícolas. Institutos historicamente surgidos como peculiaridade da atividade comercial (cambiais, seguros, sociedades anônimas) são utilizáveis também por atividades diversas e disciplinadas como institutos gerais, sancionando dessarte passo já dado no período anterior. O direito das obrigações apresenta-se assim substancialmente unificado, persistindo algumas normas especiais no âmbito da agricultura (assim a propósito de arrendamento de fundos rústicos e mais geralmente quanto à disciplina dos contratos agrários, a despeito da importância,

neste campo, de algumas tradicionais formas associativas); e, dado o relêvo do problema, próprio da agricultura, e agudamente, por outros exposto, de um reforçamento da posição do empresário agrícola, respeito ao proprietário do próprio fundo, aspecto em que se nota que a posição do empresário adquire, na agricultura mesma, peculiar relevância e que, assim como a tendência da multiplicação dos proprietários e empresários agrícolas, através de reformas fundiárias, acende a anseio que, mais que em oposição é, muitas vêzes, em continuação com o que leva a afirmar a livre propriedade da terra, em contraste com os vínculos feudais”.

Resulta dêsse ensinamento que os princípios e normas do direito comercial, em muitos casos, adquiriram generalidade e predominância no código unificado. Deu-se essa unificação, em verdade, e vale reiterá-lo, por necessidade política do momento em que se realizou, tanto quanto, doutrinariamente, pelo pressuposto de que o direito agrário deveria merecer o destaque que aquela reclamava. Como não se chegou a comercializar o empresário agrícola, preferiu-se unificar o direito privado, mudando o nome do comerciante para o de empresário. Houve, com isso, além de simetria, a unidade expressional.

Nem por isso, entretanto, decaiu o direito comercial na Itália. Aqui estão a demonstrá-lo as magistrais lições de TULLIO ASCARELLI no seu curso universitário bolonhês, para não falar nas de outros professores da disciplina, entre os quais se destaca LORENZO MOSSA com o seu *Trattato del nuovo Diritto Commerciale secondo il Codice Civile del 1942*.

O novo código civil italiano não ocasionou o desaparecimento do comercial, como muitos pensaram que aconteceria; antes, está a ensejar o seu reflorescimento.

Nem seria curial que a Itália abandonasse uma de suas mais valiosas criações no ramo do direito.

W. F.

ALEXANDRE CORREIA y GAETANO SCIASCIA, *Manuel de Direito Romano e Texto em Correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, 2º ed. Saraiva, São Paulo, 1953, pp. 552. *Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o Português, em confronto com o texto latino*, ed. Saraiva, São Paulo, 1951, pp. 648 (\*).

---

(\*) *Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales*, de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, año XVII, ns. 3 y 4, 1953; págs. 277; a 281.

*El Manual de Derecho Romano de CORREIA y SCIASCIA* es la exposición metódica y altamente didáctica del derecho privado romano; seguida de una síntesis de la historia de la jurisprudencia y de la literatura jurídica romana. Precedidas de las *Nociones Preliminares* donde se explican las acepciones del derecho civil, de gentes, natural, honorario, de las costumbres, de las leyes, de los edictos, etcétera, y de las otras fuentes del derecho en el sentido de GAIUS, 1. 1-8, 1.1 y 1.2 y D, 1. 2 Y D. 1. 3.

La exposición se basa fundamentalmente en los textos de las fuentes dominando los que provienen de las *Institutas* de GAIUS y JUSTINIANO y de las *Pandectas*. Esto dá a la obra de CORREIA y SCIASCIA autenticidad y aproxima al estudioso a lo que podríamos llamar pureza doctrinal romana. En esta dirección nos hemos decidido y siempre convendrá al romanista depurar su doctrina, en tanto se confronta mediante la investigación que muchas conclusiones tenidas como de derecho romano son la expresión final de principios filosóficos y posiciones de escuela que proyectados sobre las fuentes romanas produjeron una reelaboración abstracta, frecuentemente alejada del fuerte sentido realista, social y humano del derecho romano o del pensamiento creador de los jurisprudencistas. Hemos mostrado ya en escritos nuestros que inclusive la terminología com que muchas escuelas romanistas se manifestaban, no era romana. La escuela pandectista alemana de tan profundo influjo en el derecho civil de los últimos cuarenta años caracteriza el sentido de nuestras observaciones. El *Manual* de CORREIA y SCIASCIA está escrito con precisión en las ideas y ofrece un punto de partida de singular interés para los juristas que con afán científico quieran restablecer la ideación de los principios fundamentales que sustentan la estructura técnica del derecho civil brasileño; a este efecto los autores han indicado para casi la totalidad de los artículos del Código Civil Brasileño cuál es el texto del *Corpus Juris* o de la *Instituta* de GAIUS que sirve de fuente al respectivo título. El valioso *Manual* que comentamos contiene varios apéndices donde se da la cronología de los jurisprudencistas romanos y el elenco de sus obras; la cronología de los emperadores romanos; y finalmente cuidados índices de esta obra realizada conforme a la técnica moderna que será útil no sólo a los estudiantes a quienes se dirige como texto de aprendizaje, sino que constituye un instrumento indudablemente provechoso para quienes se preocupen, como hemos dicho, por la génesis de las instituciones y principios jurídicos que esclarece su exacta función.

La traducción de las *Institutas* de GAYO y de las *Institutas* de JUSTINIANO, hecha por los profesores CORREIA y SCIASCIA es seguida de la traducción de las *Novelas* 118 y 127 de JUSTINIANO.

La traducción de las *Institutas* de GAYO y de las *Institutas* de P. KRUEGER, a quien con G. STUEMUND se debe la primera edición crítica del notable documento, el más completo que poseemos de los escritores clásicos.

GOTHOFREDUS, en el siglo XVIII, había inventado una reconstrucción de las *Institutas* de GAYO, v. *Corpus Iuris Civilis* de D. GOTHOFREDUS, ed. Coloniae, 1781. La *Instituta* de GAYO fué descubierta por ION. B. NIEBUHR en 1816 en la Biblioteca Capitular de Verona en un codice "*palimpsesto n. XV nunc denominado 13 que contiene las Epistolas y Polémicas de San Jerónimo*" (1). Desde entonces la ciencia romanística dispone de esta nueva fonte de indagación que sirve para descubrir perfiles científicos y establecer nexos de relación en la ininterrumpida línea histórica del Derecho Romano hasta llegar a JUSTINIANO.

El pensamiento de GAYO tuvo vivo influjo en la composición de las *Institutas* de JUSTINIANO, y si se considera la trascendencia en la ciencia y en la legislación de Occidente de la síntesis jurídica de JUSTINIANO, se advierte que la traducción de CORREIA y SCIASCIA aporta para los juristas brasileños una fuente directa para el conocimiento histórico de eu proprio derecho.

El influjo del Derecho Romano en el Brasil adquiere formas científicas desde TEIXEIRA DE FREITAS, quien en la *Introducción a la Consolidación de las Leyes Civiles del Brasil*, parte en la investigación y en la crítica de los principios doctrinarios del Derecho Romano. El ilustre FREITAS era un experto conocedor de las fuentes de Derecho Romano y del comentario de los glosadores. En su ideación influyó predominantemente SAVIGNY, a quien llamó el "profundo SAVIGNY" agregando: "todas nuestras ideas sobre la posesión son las mismas de este escritor". FREITAS ya había señalado la trascendencia científica de las fuentes clásicas en el proceso de la codificación: "para hallar — dice— los límites del derecho civil y la norma de exposición de las materias que le pertenecen, recurrimos a estudios de otra naturaleza, consultamos los monumentos legislativos, animamos las tradiciones de la ciencia. " (2).

La traducción de un monumento legislativo hace accesible así el principio generador del ordenamiento legal, importa contribuir a promover el estudio científico del Derecho. CORREIA con su traducción marca una etapa en los estudios jurídicos del Brasil. Una traducción es darle actualidad y en cierta forma nacionalidad al

---

(1) V. *Fontes Juris Romani Antejustiniani*. Pars altera. auct. edidit S. RICCIBOMO, J. BAVIERA, C. FERRINI, J. FURLANI, V. ARANGIO-RUIZ, ed. Florentia, 1940.

(2) *Introducción a la Consolidación de las Leyes Civiles del Brasil*, de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, traducida de la tercera edición por ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ, ed. Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1927.

texto traducido, y si, como en el caso, él está en la base de la ideación del derecho brasileño, integra el ciclo de un pensamiento y le hace vivo.

La traducción de CORREIA y SCIASCIA la hemos examinado y cotejado con el texto latino. La versión lograda es altamente satisfactoria. Ajustada al modo íntimo de la lengua latina y al sentido doctrinario de las dos Institutas. CORREIA ha preferido la literalidad a la construcción literaria, la sequedad científica a las concesiones elocutivas, y esto nos parece a nosotros un mérito más de la traducción de CORREIA, en tanto asegura sobre las bases de una prosa científica, la corrección que es garantía de exactitud interpretativa, tanto más necesaria cuando se trata de un “documento”, fuente, acerca del cual la Heurística procura mantener en versiones y ediciones la mayor identidad.

Como romanista celebramos la traducción de CORREIA y SCIASCIA, que pone al alcance de los estudiosos del derecho de su país el texto de GAYO y el de JUSTINIANO, mostrando así el interés por el conocimiento del Derecho Romano y contribuyendo a su difusión.

Otro acontecimiento como el que comentamos fué el impacto de CLYDE PHARR cuando publica por las prensas de la Universidad de Princeton en 1942 la magistral versión al inglés del Código Teodosiano.

Estos trabajos, hijos de un fuerte y sostenido esfuerzo, son necesarios a este mundo nuestro que debe y puede desprender del Derecho Romano para organizar su nuevo sistema jurídico, muchas ideas y principios elaborados por los jurisconsultos clásicos y enriquecidos por las ideas cristianas que dieron a los términos de equidad, benignidad, humanidad y piedad, valor técnico para soluciones jurídicas y que pueden llenar el vacío de humanidad de la legislación del siglo XIX

AGUSTÍN DIAZ BIALET

Professor Titular de Derecho Romano.

ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO, *Tratado de Derecho de Familia*, Tipografica Editora Argentina (Buenos Aires, 1953).

Entre os juristas argentinos destaca-se por seus profundos labores ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO, antigo professor extraordinário de direito civil na Faculdade de Ciências Econômicas de Buenos Aires, que a atual situação política da República Argentina afastou,

como o fêz com os mais altos expoentes da cultura jurídica argentina de sua cátedra.

Posto fora dos trabalhos universitários que tanto engrandeceu, o preclaro civilista, que se sagrara com a sua tese de doutorado na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos — *El impedimento matrimonial de enfermedad (Matrimonio y eugenesia)*, em 1944, nem por isso esmoreceu na sua faina de trabalhador fecundo e produtivo.

Entregando-se a obra de maior envergadura, ainda há pouco lançou o primeiro volume do seu grande *Tratado de Derecho de Familia*, a que, e inicialmente advertiu, emprestou objetivo definido. Tal o de expor sistemática e integralmente o direito de família — lei, doutrina, jurisprudência — em consonância com três conceitos básicos. É o primeiro a particularidade do direito de família dentro do direito civil, com interpretação submetida ao interesse familiar, como fórmula própria da ordem pública. É o segundo a vinculação, no estado de família, como situação legal originária, devida, mas olvidada, dos elementos que o determinam e das diversas categorias dêle oriundas. É o terceiro o caráter derivado e independente dos efeitos patrimoniais dessa vinculação, com seu consequente estudo, por separado, não apenas entre efeitos pessoais e patrimoniais, senão de cada um de seus elementos.

Partindo dêsse pressuposto, a obra, em sua totalidade, dividir-se-á em cinco partes, abarcando:

I, a família em sua ordenança jurídica, dedicada a uma apresentação em conjunto da família como fenômeno jurídico, o que implica ultrapassar o âmbito do código civil e recolher quantas normas se relacionem com a família, no agrupamento de tôdas as manifestações dos direitos subjetivos familiares, a fim de que se aprecie a harmonia de panorama em regra examinado fragmentariamente e se comprove a unidade da família;

II, o estado de família em si mesmo, com os elementos que o caracterizam;

III, a concentração no estado de família dos atos que o constituem — matrimônio, filiação, adoção, quanto a sua natureza, classes, forma, requisitos, prova e extinção dos diversos meios que o integram;

IV, os efeitos pessoais dos elementos constitutivos do estado de família, de molde a chegar ao estudo das conseqüências de cada um dos atos que o formam;

V, os efeitos patrimoniais decorrentes do estado de família.

Dando início à execução de programa tão sugestivo, o primeiro volume se desdobra em duas partes. Define-se na primeira a



família e destacam-se os elementos do vínculo familiar. Expõe-se o conceito da família no direito argentino. Deduzem-se seus caracteres e trata-se de sua evolução. Entra-se na matéria do direito de família, quanto a sua natureza e estrutura normativa, para, na segunda parte, conceituar o estado de família, estudar-lhe os característicos e, afinal, em apêndice, apresentar os textos constitucionais estrangeiros que contém normas sôbre a família.

Em quinhentas e mais páginas, nutridas de boa doutrina argentina e estrangeira, o civilista bordou comentários em tórno das leis vigentes em seu país, confrontadas sempre com as leis estrangeiras, ao compasso da interpretação jurisprudencial em que assenta a realidade conceitual dos institutos jurídicos de cada nação.

Essa circunstância, que exposição metódica e científica exalta, porque feita em linguagem clara de quem domina o assunto integralmente, empresta ao *Tratado de Derecho de Família* importância maior, mesmo fora das lindes territoriais argentinas, mercê do universalismo conceitual que o domina, sem prejuízo do seu peculiarismo nacional.

W. F.

RUI CIRNE LIMA, *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, tomo I, *Introdução*, Gráfica Editôra Santa Maria (Pôrto Alegre, 1953).

Não se penetra no direito administrativo senão através do direito público. Pública é a administração, de que, aqui se cuida; pública, a mesma disciplina que a rege. Começa com palavras tais a exposição de seu sistema, haurido em cultura das mais profundas, o eminente professor catedrático de direito administrativo e ciência da administração na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, Universidade do Rio Grande do Sul. E prossegue logo, a pôr os pingos sôbre os is, acentuando que publico, na acepção estrita do tempo, é tudo quanto respeita *essencialmente* ao Estado, de modo que a dificuldade da distinção entre público e privado não está na determinação do em que consiste aquêlo; antes reside, primariamente, na determinação do que pode e deve ter-se respeitante à essência do Estado.

Tem-se, nesse conceito inicial, traçada a orientação da obra, que vem formando, paulatinamente, na sua construção científica, sem perda de seu objetivo didático, o autor deste livro precioso.

Reveste-se êle de originalidade, desde logo se diga. Bem o reconheceu o professor insigne, cômico do método, que adotou, e das diretrizes, que, no seu ensinamento, seguiu. Não é, escreveu

êle, em prefácio, “não é perfeitamente ortodoxo, segundo os cânones correntes, o processo de investigação que adotámos; de um lado, com largas incursões no campo da epistemologia jurídica e no das províncias do direito objetivo, vizinhas ao direito administrativo, e, de outro lado, com apoio, preferencialmente, na experiência jurídica, que tem o direito romano como repositório. Foi-nos essa orientação imposta pela necessidade de libertar-nos do preconceito, segundo o qual, no limiar do direito público, cessam, como por ablação, as categorias jurídicas, comuns a tôdas as partições e sub-divisões do direito positivo. Aceita, porém, a noção oposta, nenhum terreno de experimentação e contraste poderia ser-nos mais adequado do que o direito romano, ao qual a imprecisão dos lindes, entre as divisões do direito positivo, confere uma unidade orgânica, alhures difícil de se nos deparar”

Como é de ver, e o livro bem o revela, lançadas essas linhas, nêle não se tem o que o seu subtítulo modestamente insinua — uma introdução, mas sim a teoria geral do direito administrativo brasileiro, que efetivamente é, na substância e no enunciado, preciso e seguro, sem divagações impertinentes. A concisão é atributo de sabedoria. É o certo quê que caracteriza os perfumes magníficos, que em tudo se impregnam, como nas consciências os ensinamentos ditados pelos conhecedores profundos da disciplina que foram eleitos para ministrar nas cátedras universitárias.

Eis porque não se têm, neste primeiro tomo, senão o principal e o necessário, a valer pelo que sugerem ao raciocínio muito mais do que pode ser armazenado pela memória, não poucas vêzes fugaz.

Nas cento e cinquenta páginas em que a matéria se desenvolve, e em apenas dezesseis parágrafos, ensina-se o essencial. O direito público e o direito privado. O direito administrativo e a administração. A administração e o direito subjetivo. A relação de administração. O direito administrativo como direito positivo. As contribuições integrativas. A delimitação teleológica do direito administrativo. O direito administrativo como direito especial. O direito administrativo como direito vigente. As fontes do direito administrativo (a lei; o costume; a divisão constitucional das fontes; o direito federal, o estadual e o municipal; a discriminação das fontes e as fontes anômalas). A redação dos costumes, as consolidações e as codificações. Os limites à aplicação das normas administrativas. A evolução do direito administrativo brasileiro. Breve história da literatura do direito administrativo (estrangeira e brasileira). A ciência jurídica e a dogmática (as pessoas administrativas; os bens *sub specie publicae administrationis*, os atos e contratos administrativos e a construção científica). A ciência da administração.

Em apêndice acham-se estudos monográficos, anteriormente publicados, sobre a pessoa jurídica, o direito subjectivo, relação e norma e o tempo e a ordem jurídica.

W. F.

BENJAMIN DE OLIVEIRA FILHO, *Introdução à Ciência do Direito*. Ed. Jornal do Comércio (Rio de Janeiro, 1954).

Eis mais um livro didático. Professor catedrático da Faculdade de Direito de Niterói e docente livre da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, sentiu o autor a necessidade de oferecer aos seus alunos compêndio em que se fixassem os temas versados em suas aulas; e “essa necessidade, que há muito se fazia sentir”, disse êle, “acabou se impondo a nosso espirito, vencendo as resistências, que nos detinham, oriundas da escassez do tempo, de que seria necessário dispor na realidade da tarefa e, mais que tudo, da consideração de nossa insuficiência e, assim, da desvalia da obra”.

Em primeiro lugar, não pode haver escassez de tempo para professores catedráticos. Desde que não o sejam apenas de título, mas efetivamente se dediquem ao ensino, todo o seu tempo necessariamente tem que ser a êste dedicado. Aulas se não improvisam. Hão de ser preparadas dia a dia, ano a ano, para que se não convertam os professores em lentes de páginas antigas e imutáveis, na repetição das mesmas matérias às gerações sucessivas. Para que isto não aconteça, o professor tem que estar ao par do que exista de mais moderno em sua disciplina e “sempre em dia”, como se costuma dizer.

Em segundo lugar, êsse trabalho quotidiano deve acumular-se e reduzir-se a notas, de modo que todos os professores deveriam ser obrigados a publicar os seus compêndios, evitando dessarte os males de postilas mal feitas e quase sempre deficientes, por tomadas por imperitos na matéria.

Publicando seu compêndio, pôs o autor à mostra que o seu magistério foi realizado com o propósito de bem ministrar o ensinamento de sua disciplina. Não lhe faltou tempo para reduzi-lo à letras de fôrma, de molde a fixar sua doutrina a quantos de sua cátedra se aproximaram; e o seu livro bem demonstra o empenho com que vem realizando seu curso.

Está a materia condensada em cinco títulos, escritos em linguagem escurreita e simples, ao alcance dos que se iniciam nos estudos jurídicos. O primeiro título é o dos dados sociológicos fundamentais. O segundo, o das ciências sociais. O terceiro, o do

conceito do direito e histórico das doutrinas sôbre sua origem e fundamento. É o quarto o do direito positivo e a teoria da lei. Trata o quinto da relação jurídica. Contém-se no sexto, e último, o panorama jurídico.

Ai está esboçado, em suas linhas mais gerais, o programa levado a efeito. Pode-se dissentir do filosofismo, se assim é lícito dizer, que se tem dado à disciplina nos nossos cursos jurídicos em todo o país; mas cada professor tem a liberdade de cátedra e de orientação de sua disciplina no entrosamento do ensino do direito.

Para o escritor destas linhas, mercê de sua longa prática do ensino jurídico, que está a chegar ao zenite, isto é, à compulsória, a orientação mais adequada, e que seria a mais proveitosa, seria a que, em França, adotou GASTON MAY, com as necessárias adaptações, por preparar melhor os que se iniciam ao seguimento dos cursos do bacharelado, de molde a suprimir em cada uma das demais cadeiras a parte introdutória, com grande economia de esforço e de tempo. Mas esta é opinião pessoal passível de crítica e que não diminui o trabalho dos professores da introdução à ciência do direito, qual vem sendo feito.

E o autor dêste livro magnífico por todos os motivos veio prestar serviço relevante não apenas aos que se iniciam senão mesmo aos que labutam no cultivo da ciência do direito.

W. F.

JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, 4ª ed. da Livraria Editôra Freitas Bastos (Rio de Janeiro, 1954).

O reaparecimento, em quarta edição, adaptada à Constituição federal e aos códigos de processo civil e penal, tarefa de que se incumbiu JOÃO MENDES NETO, da obra clássica do grande professor da Faculdade de Direito de São Paulo que foi JOÃO MENDES JUNIOR, exprime bem o alto merecimento da obra, que marcou lugar na processualística brasileira.

Como salientou o adaptador do livro paterno, nêle se deparam “três linhas mestras: a doutrina, a tese e a parte prática.

“A *doutrina*, rigorosa e disciplinarmente filiada ao método escolástico, encara o *processo* sob o ponto de vista ontológico, isto é, como substância, ou seja como instituição una, subsistente por si, com características próprias decorrentes da reação provocada quando há violação, desconhecimento, ou ameaça aos direitos individuais, à lei, à ordem social.

“A *tese*, como consequência lógica do conceito anterior, conclui que o poder judiciário como fôrça da soberania nacional, é eminentemente *nacional* e, por isso, ao Congresso Nacional, a quem compete legislar sôbre direito civil, comercial e criminal, compete legislar sôbre o direito de ação, condições de seu exercício e meios de prova. Essa tese se tornou pacífica desde a Constituição de 1934, e foi superada pela de 1946, quando excluiu dos Estados a competência para legislar, mesmo supletivamente, em matéria de direito processual. Entretanto, no regime da Constituição de 1891, deu margem a memoráveis discussões.

“A *parte prática*, atendendo ao método doutrinário adotado pelo autor, mantém na obra menor desenvolvimento porque, ao tempo em que foram ministradas as aulas, a prática e a praxe forenses eram disciplinas distintas da cadeira de processo. Tornou-se, com a publicação do código do processo, um tanto obsoleta, conquanto a erudita parte histórica muito contribua para o estudo do processo tradicional”.

Contrapõe-se a êste asserto final a própria reedição da obra magistral, no sentido próprio do vocábulo. Obra de mestre, e dos de mais profunda cultura jurídica, ela não se pode qualificar de obsoleta na doutrina que professou.

Feliz foi a lembrança de aditar-se ao volume o substancioso trabalho sôbre *As formas da praxe forense*, estampado nesta mesma *Revista*, vol. XII, de 1904, págs. 7 a 61, bela monografia, que bem merecia leitura dos que a desconhecem e relida dos que já a haviam lido.

W. F.

CARLOS PENTEADO DE REZENDE, *Tradições musicais da Faculdade de Direito de São Paulo*. Edição Saraiva. São Paulo, 1954.

Ensejou a comemoração do quarto centenário da fundação da cidade de São Paulo a publicação de inúmeras e valiosas obras históricas, condignas do grande evento.

Com tal objetivo, CARLOS PENTEADO DE REZENDE, filho, neto, bisneto e tataraneto de professores da Faculdade de Direito de São Paulo, houve por bem ligar à historia da cidade um pouco da história do seu famoso Curso Jurídico. Mercê de seus pendores, o historiador foi encontrar nas tradições musicais dêsse estabelecimento de ensino material que deu ensanchas a um dos mais belos volumes da comemoração quadricentenária da cidade em que nasceu.

Não foi seu propósito, êle o disse, senão o de “evidenciar a participação direta e fecunda dos acadêmicos de direito na vida artística da cidade e a contribuição, modesta embora, por êles trazida à musica brasileira. Musicalmente falando, tornou-se a obra tôda variações sôbre um têmea: a “vivência musical” dos estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo. Não pretendi, por certo, como num passe de mágica, metamorfosear a velha Academia num improvisado Conservatório; nem ousaria imaginar nas salas empoeiradas, em vez dos duros bancos de pau de outrora, pianos de cauda à espera de alunos concertistas; nem muito menos pensaria em encontrar na biblioteca, em lugar do LOBÃO, do RAMALHO, do MELO FREIRE, partituras e manuscritos que, abertos, exhibiriam aos nossos olhos deslumbrados as estrelinhas das notas musicais faiscando em meio à via-láctea dos pentagrâmas. ”

Enamorado das tradições augustas da casa venerável de que saiu bacharel formado como tôda a gente, o escritor, tataraneto do primeiro professor que nela ensinou, vindo de Portugal, comemorou condignamente o quarto centenário da cidade insigne que o padre JOSÉ DE ANCHIETA plantou no planalto de São Paulo de Piratininga. É a história dessa cidade a que neste livro primoroso por sua riqueza gráfica e por seu conteúdo se conta, com alma de homem apaixonado por sua terra e de artista não menos embevecido de sua arte. É a história do burgo provinciano, alvoroçado pelo bulício e a incorrigível alegria da mocidade que entrou a engrandecê-lo desde que nele se instalou o Curso Jurídico, que neste livro se tem, entremeiada com a história dêste, pois que as duas se confundiram de tal modo que é quase impossível destacar uma da outra. Fiel aos documentos, muitíssimos dêles transcritos neste livro, e ao sabor das tradições reproduzidas pelos que foram atores e testemunhas a um tempo, o autor apresentou obra realmente sugestiva e sedutora, daqueles que se lêem e relêem encontrando novos aspectos que a leitura anterior deixara esmaecida pela vibração dos episódios das páginas subsequentes.

O livro não diz apenas das tradições musicais da Faculdade de Direito de São Paulo, como seu titulo inculca. Há nêle muito mais do que isso: é ela mesma que nêle se estampa e biografa, com ternura que a ancestralidade do autor explica e primores de estilo que ela sempre transfundiu naquelas que se mostraram dignos dela. Nem só juristas nela se formaram. Pois não foi nela que cantaram poetas? Dela não saíram escritores dos de mais nomeada no Brasil? E porquê haviam de permanecer no olvido as suas tradições musicais?

Com qualidades tantas, não podia esta obra originalíssima deixar de ser recebida, como tem sido, com os mais merecidos aplau-

sos, não apenas dos que alimentaram sua saude, mas nutriram os seus espíritos, apanhados pela surpresa do cometimento, de que o autor pode envaidecer-se.

W. F.

JOSÉ LUÍS DE ALMEIDA NOGUEIRA, *A Academia de São Paulo. Tradições e Reminiscências. Estudantes, Estudantes e Estudantes.* Arcadas, 1953.

Com grandes festividades, comemorou o Centro Acadêmico XI de Agosto, a tradicional associação dos estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo, o cinquentenário de sua fundação. Honra lhe seja! Em período não mui curto, de meia centúria, a admirável associação, que tão bem tem representado o espírito da mocidade que, de geração em geração, se vem mantendo sob as velhas, posto que renovadas arcadas do tricentenário mosteiro do Largo de São Francisco — tem desempenhado papel dos mais brilhantes pelas grandes causas nacionais, com bravura cívica e pugnacidade heróica assinalando-se com extraordinária relevância nos fastos da vida nacional.

No propósito de cultivar as tradições da casa de ALVARES DE AZEVEDO, a prestigiosa associação universitária tomou a incumbência de, em comemoração de seu cinquentenário, reeditar o precioso livro de tradições e reminiscências de ALMEIDA NOGUEIRA, que foi professor de economia política.

Consta a obra, na primeira edição, de nove volumes. Como os trabalhos, que nela se reuniram, foram escritos sem observância da ordem cronológica, à medida que se publicavam no *Correio Paulistano*, nesta nova edição, de que saíram por enquanto dois volumes, guardou-se a ordem que naquela inexistia. Como entretanto algumas das turmas não foram historiadas e ficaram em branco, aceitou a incumbência do preenchimento das lacunas o historiador CARLOS PENTEADO DE REZENDE, que explicou sua interferência nestas palavras:

“Algumas modificações foram introduzidas nesta nova edição das *Tradições e Reminiscências*. Primeiramente, cuidou-se de dispor em ordem cronológica as diferentes turmas acadêmicas, o que, por vários motivos, não pode ser feito pelo autor quando pensou em dar à estampa a sua obra. A renovada disposição da matéria e uma distinta feição gráfica possibilitaram reduzir para sete o número de volumes.

“As turmas acadêmicas de que se ocupou ALMEIDA NOGUEIRA abrangem um período que vai desde os primeiros bachareis forma-

dos em 1831 até aos que colaram grau em 1878. Dentro dêsse lapso de tomo, existem na obra alguns claros, çãe a morte prematura do autor não permitiu fôssem cobertos. Doze turmas de estudantes ficaram faltando. São as seguintes: 1831-35, 1842-46, 1846-50, 1849-53, 1852-56, 1857-61, 1858-62, 1859-63, 1865-69, 1866-70, 1868-72, 1873-77”.

Eis o trabalho, com que arcou o revisor da obra, que se achava de há muito esgotada; e era indispensável que se reeditasse.

W. F.

AGUSTIN DIAZ BIALET — *El Derecho Romano en la Obra de Velez Sarsfield* — 2 vols., “Imprenta de la Universidad de Córdoba,” 1950.

O Professor AGUSTÍN DIAZ BIALET, egrégio romanista argentino, professor na Universidade de Cordova, realizou trabalho de grande interesse para a história do direito civil argentino e latino-americano em geral, publicando os manuscritos de Velez-Sarsfield, o codificador do Direito Civil de sua pátria. A obra do Professor BIALET é verdadeira reconstituição da de VELEZ-SARSFIELD, através do exame acurado dos manuscritos, tarefa em que o professor argentino revela a extraordinária erudição romanística e o profundo senso jurídico e histórico de que é possuidor.

De particular importância são os princípios interpretativos e a filosofia jurídica aplicados pelo notável mestre ao trabalho difícil consistente em apreciar com objetividade o valor das fontes romanas na formação do Direito Espanhol e do Direito Argentino. Segundo o Professor Biale, o processo histórico de que resultou o direito positivo de sua pátria funda-se no método da “Etimologia Jurídica”, baseado na “Lei dos Fatos Idênticos”. A pergunta fundamental do Prof. BIALET, pondo desde logo em questão o problema do Direito Romano, é a seguinte: que significa, para o Direito Argentino, moderno, tôda a suma de preceitos e normas jurídicas filiados ao Direito Romano? Qual o seu valor? Porque se mantém e subsistem noções, mesmo fora do território e além do tempo que as originaram? Põe-se, claramente, a questão do valor doutrinário intrínseco do Direito Romano, como fonte do Direito Moderno. Responde o Prof. BIALET: o valor das fontes romanas se funda na “substancia que contiénen.” Resulta de que as palavras exprimem “una formulación de recta razón, una concepción definitivamente cierta por corresponder a la realidad”. (Prólogo ao vol. segundo, p. IV). Isto, quanto à “Etimologia Jurídica”.



Em relação à “Lei dos Fatos Idênticos,” o autor explica a perpetuidade do Direito Romano considerando que “esa transcendencia temporal y territorial de las normas ocurre como consecuencia de que el hecho o las circunstancias a las cuales se refiere no son unicas o propias de un pueblo, son generales y universales, es decir que són idénticas. Se verifica, por lo tanto que el derecho que transcende es el derivado de hechos idénticos que determinan conceptuaciones iguales.” (Ibid.). Dignos da maior reflexão os conceitos nítidos e profundos do escritor argentino. Eles exprimem o pensamento unânime dos romanistas atuais, dos juristas que procuram a justificação plena da influência perene do Direito Romano. Formulam, igualmente, o princípio básico duma filosofia do direito positivo e dos estudos comparativos. Circunstâncias idênticas, produzem normas jurídicas idênticas. Daí, a preeminência do Direito Romano como fonte e modelo do direito Ocidental. Ocorrem-nos, na mesma ordem de idéias, as palavras do grande romanista alemão contemporâneo, MAX KASER, que em sua brilhante “Roemische Rechtsgeschichte”, (Goettingen, 1950), aprecia o valor da jurisprudência romana, lembrando: “Sie hat ueberzeitliche Werte hervorgebracht, die auch nach dem Wegfall der Verhaeltnisse, aus denen und fuer die sie geschaffen wurden, ihre Geltung behielten.” (Op. cit., Introdução, p. 8).

Parece, pois, bastante eficaz, a “Lei dos Fatos Idênticos,” formulada pelo romanista argentino. Aplicada ao estudo das fontes do direito atual, ela permite discernir, criticamente, os elementos duráveis duma legislação, mostrando suas relações íntimas com necessidade sociais e morais que são de todos os tempos!

Baseado nesta intuição nitidamente realista do Direito, como expressão de necessidades sociais, o Autor dirige sólida crítica à corrente Interpolacionista, que “al pretender, partiendo de hipotesis y por procedimientos formales, mucho más linguisticos que juridicos, establecer distinciones capitales entre el Derecho Clásico y el Post-Clásico y el Justiniano, ha roto la continuidad, la transcendencia y mutua subsistencia de los principios juridicos.” A tendência hipercrítica de certos romanistas modernos, examinando os textos em seu aspecto formal, procurando estabelecer, pelo estilo, pela análise “química” dos termos e das expressões, o sinal de interposições, de modificações, introduzidas em diversas épocas, tem o inconveniente de obliterar no estudioso o senso da continuidade da vida jurídica. Mui oportunamente lembra o Prof. Bialel as idéias de Riccobono, a respeito do modo de abordar o estudo do “Corpus Juris Civilis”. Para o insigne mestre italiano, como recorda Bialel, o “Corpus Juris” é “una fuente de doctrina” e o Direito Romano se desenvolve como “los anillos de una cadena que reúne

el origen y el desarrollo de la doctrina romanística al derecho vigente”. (op. cit., p. V). Porisso, conclui mui acertadamente o professor argentino: não há que discutir a questão da atualidade ou utilidade do Direito Romano; êle constitui a “raiz etimológica” do direito moderno. Assim, o jurista contemporâneo, pelo estudo histórico e conhecimento das fontes de seu direito, compenetra-se da profunda verdade: o Direito Romano “está” no direito atual, forma sua essência, sua mais fundamental estrutura.

„Aceitamos, sem reservas, o pensamento e o método do romanista argentino. Aliás, pondo em prática suas idéias, produziu o Prof. BIALET trabalho histórico e jurídico do mais alto mérito. Para publicar os manuscritos de VELEZ-SARFIELD foi obrigado a verificar as citações, estudar cuidadosamente as fontes; sentiu a necessidade de proceder com rigor científico, formulando princípios e elaborando um método. A obra é vasta, abrangendo a totalidade dos manuscritos. Possuímos dois volumes, apenas, lamentando a falta do primeiro, que contém a biografia e a exposição da atividade científica de Velez-Sarsfield.

Não poderíamos encerrar nossas ligeiras observações sem referir o pensamento do Prof. BIALET sobre a influência exercida em VELEZ-SARFIELD pela monumental obra de nosso grande civilista, TEIXEIRA DE FREITAS. Nós, brasileiros, temos justo motivo de orgulho, ao lembrar o nome do grande Teixeira de Freitas, não só por tratar-se do maior civilista pátrio, como também pela influência de seus trabalhos na redação do Código Civil Argentino. Costuma-se dizer em nosso país que o Código Civil da Argentina é a reprodução fiel do sistema de TEIXEIRA DE FREITAS, considerado, aliás, escritor argentino pelos nossos vizinhos, tão profunda e visível a marca por êle deixada na codificação argentina. Ora, o Prof. BIALET, em poucas linhas de seu trabalho desfaz-se de “Freitas” (como é chamado pelos Argentinos), sustentando que VELEZ-SARFIELD seguiu o autor da “Consolidação” apenas no método, o que aliás teria sido compreendido pelo civilista pátrio, em carta dirigida ao codificador argentino. Mas, seguir um autor no método, é aceitar-lhe a distribuição e sistematização das matérias, adotar-lhe as idéias mestras; e a adoção do método, acarreta, até certo ponto, a do conteúdo, a da substância doutrinária. Seria interessante e digno de execução por um grupo de juriconsultos brasileiros e argentinos, o estudo da obra de TEIXEIRA DE FREITAS em suas relações com a elaboração do Código Civil. Em todo caso, quer o Prof. BIALET evidenciar que VELEZ-SARFIELD inspirou-se em várias fontes, nenhuma das quais poderia, nas palavras do autor, “reclamar para si un predominio que significara filiación excluyente” (op. cit., p. III). E certamente, conhecidas as influências que atuaram sobre o trabalho do Codifi-

gador, (seu conhecimento próprio; princípios hauridos na “Glosa” de GREGÓRIO LOPEZ às Sete Partidas; na “Glosa Magna” e nos tratados de SAVIGNY, SERRIGNY, ORTOLAN, LE CLERQ e GOYENA), pode-se realizar o confronto entre as contribuições dessas fontes e a representada pela obra do grande “Freitas”, apurando-se objetivamente a extensão do influxo que se fez sentir no Direito Argentino em consequência do conhecimento e estudo da “Consolidação das Leis Civis”.

Terminando, queremos exprimir nossa admiração pelo profundo e tão necessário trabalho do Prof. BIALET. Sua obra é valiosa não só para o Direito Argentino como também para o de tóda a América Latina, permitindo o estudo comparativo do Direito Civil, constituindo, assim, fator importante na tendência de aproximação entre tódas as nações do mundo Latino-Americano.

ALEXANDRÉ AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA  
(Livre docente de Direito Romano na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo).

AGUSTIN DIAZ BIALET — *Fas, Jus Gentium y Jus Naturale*, (Cordova, Argentina, 1952).

Discute o clássico tema tanto sob o aspecto romanístico como sob o filosófico. Esclarece o Autor ter sido o trabalho apresentado em 1950 ao “Riccobono Seminar of Roman Law in America” (Washington) e publicado em “Seminar,” — “Annual Extraordinary Number of “The Jurist,” vol. VIII; p. 92 — Published by The School of Canon Law, “The Catholic University of America,” Washington, 1950.

O ensaio, dedicado a SALVATORE RICCOBONO, ilustre romanista italiano, intitula-se, primitivamente, diz o Autor, “Derecho Romano y Derecho Natural” e representava a segunda parte da Conferência enviada ao “Riccobono Seminar”; a primeira parte, chamada “Etimologia Jurídica,” expunha as idéias do Prof. BIALET sobre a função do Direito Romano como “raiz etimológica” do direito moderno, idéias já indicadas a propósito da análise do “Derecho Romano en la obra de VELEZ-SARSFIELD.” A “Etimologia Jurídica” foi incluída em outra dissertação: “De la naturaleza del Derecho Romano y su finalidad esencial”, lida em Maio de 1952, no “Instituto de Derecho Romano”, da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Cordova, Argentina.

O Prof. BIALET tem idéias originais a respeito da maneira de compreender as três noções de “Fas”, “Jus Gentium” e “Jus Naturale”: suas concepções, justifica-as o A. pelo exame crítico dos textos jurídicos e literários da Antiguidade Clássica e de SÃO TOMÁS

DE AQUINO, SOTO e SUAREZ, autores que, na Idade Média e nos tempos modernos são grandes expressões do jusnaturalismo inspirado nas doutrinas fundamentais dos juristas romanos. O trabalho é, pois, de erudição e crítica, tendo em vista abrir perspectivas sobre o conteúdo e o sentido das expressões estudadas.

Parece que o A. deseja evidenciar a essencial identidade dos termos, considerados apenas sob aspectos diversos, de acordo com os elementos preponderantes em cada um, elementos que entretanto se harmonizam e completam, formando um todo, em vez de se excluírem. Em outras palavras, o Prof. Bialek considera que as normas de “Fas”, “Jus Gentium” e “Jus Naturale,” os princípios informativos das três noções, são os mesmos, vistos sob prismas diferentes: assim, cada um dos três termos implica os demais.

Primeiramente, qual o significado de “Fas”? As fontes revelam a existência de dois matizes, de duas conotações no emprego do termo. De um lado, temos o sentido mais antigo, limitando a noção ao domínio religioso. “Fas” seria direito divino, direito revelado, em oposição a “Jus,” direito humano. Assim o entendem ISIDORO, SERVIO, SALUSTIO, VIRGILIO e CÍCERO. Há também, a identificação entre “Fas”, e “Jus Naturale” em AULO GÉLIO, CÍCERO e ULPIANO. Este, no Digesto, 3, 2, 13, 4, diz:

“Quum autem factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non postet vel fas non est erit notatus”

Trata-se dos impedimentos matrimoniais contra “Fas” e por conseguinte também contra o direito natural, como se vê confirmado em Paulo, D., 23, 2, 14, 2:

“Unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est, contra pudorem est autem, filiam uxorem suam ducere.”

Na mesma ordem de idéias temos Paulo, D., 18, 1, 34, 2, declarando nula e proibida, por contrária ao “Fas”, a venda de homem livre; outro texto, de Trifonino, D., 12, 6, 6, 4, completa o pensamento de Paulo: “libertas naturali jure continetur”. Portanto, tanto o “Fas” como o “Jus Naturale”, consagram a proteção à Liberdade.

O exemplo leva naturalmente o A. a indicar as instituições jurídicas romanas ligadas ao direito religioso. Quais são elas? A liberdade, a celebração do matrimônio, a propriedade, os testamentos, a família. Há convergência nos efeitos das normas das duas ordens e isto significa muito, isto significa, essencialmente, que “Fas”, o direito sagrado, forma o substrato do direito natural, cor-

responde às exigências fundamentais da vida em sociedade, sendo, pois, anterior à regulamentação positiva, fundada, aliás, nos ditames do “jus naturale”. “Fas”, portanto, significa, em tal sentido, o mesmo que “jus naturale”, expressão mais recente, introduzida em Roma pela filosofia grega.

Há, entretanto, o problema de “Fas” como direito especificamente religioso, o problema do sentido “tropológico” do termo. O Prof. BIALET encontra a solução ao observar: sendo “Fas” o direito estabelecido pela divindade pode-se dizer que a lei natural é uma projeção da lei eterna, existente “na mente de Dios” (p. 8). A interpretação é sugerida ao A. por Festo, “De Verborum Significatione”, livro VI:

“Fascinum et fas a fando nominantur. Fas quidem a fando, quod quasi fatum sit a Deis et sacerdotibus. Sic jus a jubendo” e também por Cícero, “Pro Sextio”, cap. 42:

“Tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus, tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt, tum domicilia conjuncta, quas urbes dicimus, invento divino et humano jure, moenibus sepserunt”.

Assim, o conteúdo de “Fas” é duplo: abrange tanto o Direito Natural como os princípios de ordem divina ou religiosa. E o sentido chamado “tropológico”, não colide com o de “Jus Naturale”, graças à identidade parcial de ambos os conceitos: os ditames de Direito Natural pertencem à “Lex Aeterna”: esta, por sua vez, transparece em preceitos atingidos pela observação e raciocínio naturais. É, pois, unilateral, conceber “Fas” exclusivamente como direito sagrado, como a “razón suprema existente em Dios” de SANTO AGOSTINHO. Seu verdadeiro sentido já se encontra em Cícero. “De Legibus” e depois em SANTO TOMÁS, “Sum. Theol.”, 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, q. 93, a 2:

“A lei eterna, em si mesma, só a podem conhecer Deus e os bemaventurados que vêem a divina essência; mas, em seu efeito, em sua irradiação, e como por participação nela, conhece-a qualquer criatura racional”.

Também Soto, citado por BIALET, se exprime em idêntico sentido. Procura, a seguir, o A. a origem das idéias de “Fas” e Direito Naturale, enunciando como princípio explicativo a tese:

“Cuanto el hombre ve a su alrededor que está ordenado, que se mueve por motor extraño a él hacia un fin, ya sea en el orden de los cuerpos celestes, del mundo orgánico o in orgánico, o de las acciones humanas por una tendencia innata de su espíritu, lo refiere a la divinidad. La historia universal y la historia de las religiones nos dan prueba uniforme de ello.” (p. 10).

É o argumento da finalidade que preside à ordem universal como demonstração da existência de Deus e explicação da origem comum das noções de “Fas” e “Jus Naturale”.

Constituem o domínio do “Fas”, os fatos e circunstâncias que se referem igualmente ao individuo e a outrém; tais fatos e circunstâncias encerram também o “Jus” e sobretudo o “Jus Naturale”. Ao lado dos preceitos de Direito Natural, que pela sua universalidade são invariáveis, encontramos, também, normas de carácter prático e variável, pertencentes porisso, exclusivamente ao “Jus”.

A noção de “Fas” abrange a de “Jus Naturale”, enquanto a razão subordina à Lei Eterna os preceitos que lhe parecem resultar da própria natureza do homem. Neste sentido, afasta-se o A. das concepções de IHERING, o qual via no “Fas” um direito divino, mais ou menos irracional e também das doutrinas de MITTEIS e de FRANCISCI que não admitem relações entre as duas ordens de “Fas” e “Jus”, encaradas como séries independentes de fenómenos, desenvolvendo-se lado a lado, sem se cruzarem, a partir da consciência duma ordem eterna e necessária. BIALET argumenta contra os dois romanistas citados objetando que a doutrina formalista de MITTEIS e de FRANCISCI deixa sem resposta a pergunta sôbre a gênese e a essência do “Fas”. Ora, explicação mais coerente se alcança admitindo-se a tese do A.: “De Fas es la norma de derecho que por reposar en la naturaleza se la vincula racionalmente con Diós”. “Fas” e “Jus” nunca se separam de maneira completa, nem mesmo nas fases de maior desenvolvimento dos sistemas jurídicos, porque o conteúdo das normas é sempre determinado pelos princípios do “Jus Naturale”, vale dizer do “Fas”.

A ilusão contrária provém dêste fato muito compreensível: o aumento quantitativo dos preceitos de direito positivo cria certa diferenciação entre “Jus” e “Fas”; também, o aspecto técnico da legislação, formulando leis de alcance prático, sem nenhuma referência aos princípios subjacentes, levam à conclusão superficial da só existência do direito positivo, relegando-se para o mundo “ideal” os princípios jusnaturalistas. Entretanto, assinala o A., e a nosso ver com razão, o “jus naturale” está presente mesmo nas leis de aplicação a mais limitada, porque o sistema jurídico positivo, em sua totalidade, é uma objetivação dos preceitos gerais do “Jus Naturale” e do “Fas”. A verdade é que “ un paso atrás del derecho está la ley natural y un paso atrás de la religión está la ley natural, y que la ley natural deriva de la eterna y que la eterna es el pensamiento de Diós.” (p. 13).

Com tal fundamento, estuda e refuta o A. as teses de MITTEIS e de FRANCISCI, já indicadas em suas linhas mestras; não podemos

renunciar, como querem aquêles dois escritores, à interpretação da consciência jurídica dos romanos antigos. BIALET invoca mui justamente a idéia de “Humanitas” para mostrar que os problemas essenciais da vida moral, jurídica e religiosa eram encarados pelos romanos dos primeiros tempos exatamente como os encaram os homens em todo os tempos, em todos os lugares. Não devemos, pois, exagerar, pretendendo atribuir à épocas recuadas concepções radicalmente diversas das nossas, a ponto de nos parecerem inexplicáveis e inacessíveis. Para BIALET, são fenômenos por assim dizer naturais, a criação do “Fas”, a formulação dos preceitos do “Jus Naturale”: resultam da consciência humana, da consciência no que possui de mais fundamental e invariável.

Parte das mais atraentes do trabalho, sobretudo para o romanista, amigo do estudo das fontes, é o exame das noções de “Jus Naturale”, “Jus Gentium” e “Jus Civile”, quanto à sua significação dogmática e também quanto às suas relações mútuas.

Primeiramente, defrontamo-nos com o problema clássico da divisão dicotômica ou tricotômica, encontrada nas fontes clássicas. Assim, a primeira se apresenta em GAIUS, 1, 1:

“ . . . quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.”

A segunda, achâmo-la em Ulpiano, D., 1, 1, 1, §§ 3 e 4 e D., 1, 1, 6.

Para GAIUS, pois, (parece evidente pelo texto), há identidade entre “Jus Gentium” e “naturalis ratio”; o “Jus Gentium” é assim chamado por ser comum a todos os povos, baseando-se na razão natural.

Já ULPIANO triparte sua divisão do Direito: D., 1, 1, 1, 3:

“Jus naturale est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficitur.”

Comparando GAIUS e ULPIANO, verificamos, segundo BIALET (e nada nos impede concordar com êle) a coincidência do pensamento dos dois juriconsultos, com a única diferença que ULPIANO torna explícita a divisão implícita em GAIUS. Enquanto êste identifica pura e simplesmente, “Jus Naturale” e “Jus Gentium,” ULPIANO oferece um conceito mais filosófico e geral de “Jus Naturale”, dizendo que o Direito Natural é aquêle “quod natura omnia animalia docuit”, enquanto o “Jus Gentium” se limita às “gentes humanae”. Por outro lado, o texto de ULPIANO permite estabelecer uma distinção muito importante, que parece excluída em GAIUS. É a seguinte: o “Jus Gentium”, sendo próprio dos homens (muito embora o “Jus Naturale” se aplique a todos os seres vivos) não se identifica, em sua

totalidade, com a “*naturalis ratio*”. Assim, a escravidão é de “*Jus Gentium*” e no entanto contrária ao “*Jus Naturale*”.

FLORENTINO, D., 1, 5, 4, 1:

“*Servitus est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*”;

ULPIANO, D., 50, 17, 32:

“*Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur: non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt*”.

Mas, em princípio, há coincidência entre “*Jus Naturale*” e “*Jus Gentium*”, de acôrdo com os exemplos de inúmeros textos.

Questão interessante, examinada a seguir é esta: haverá no Direito Romano uma divisão sistemática dos institutos pertencentes ao “*Jus Civile*” e ao “*Jus Gentium*”, tal como pretende PEROZZI, “*Istituzioni di Diritto Romano*”, (vol. I, p. 97, n. 1) que “*classifica*”, exaustivamente, os institutos de um e outro direito? A tentativa parece impossível a BIALET, porque resulta da compreensão formalista e inexata das noções. Também, não se encontram fontes autorizando admitir a existência, entre os romanos, de normas específicas, subordinadas de modo rigoroso a cada um dos dois ramos do direito. Em outras palavras, não há distinção objetiva entre “*Jus Civile*” e “*Jus Gentium*”, no sentido de se poder afirmar que estas duas ordens tenham tido existência separada, independente uma da outra. Também aqui faz o A. útil emprego de seu princípio jurídico-filosófico da relatividade dos conceitos. O que encontramos são “*ejemplos de cuales instituciones del derecho positivo tienen el carácter de Jus Gentium.*” (p. 18).

Poder-se-ia, talvez, falar num “*Jus Gentium*”, aplicável, pelo menos na origem, tão só aos peregrinos? Nem isso parece aceitável a BIALET, porque êle não encontra razões decisivas em tal sentido. Baseia-se o A. na identificação entre “*Jus Gentium*” e “*Jus Naturale*”, encontrada em textos cuja autenticidade é vigorosamente defendida contra os ataques de PEROZZI e ALBERTÁRIO, os quais pretendem interpola das expressões como “*Jus Naturale*”, “*naturalis ratio*”, nos textos referentes ao “*Jus Gentium*”. O A. argumenta não só com as fontes do Digesto como também apela para a indiscutível tradição filosófico-jurídica atestada em CÍCERO, ARISTÓTELES, MARCO AURÉLIO e SÊNECA.

Longe, pois, de terem origem bizantina, os textos defendidos pelo A. revelam que os juriconsultos do período clássico entendiam por “*Jus Gentium*” um direito universalmente aplicável, por derivar da “*naturalis ratio*”, da necessidade natural.

Infelizmente, não podemos alongar-nos nessa exposição, cuja única finalidade é resumir o conteúdo essencial do pensamento do



A., acompanhando o resumo de ligeiras observações críticas. Parece-nos todavia, necessário mencionar a maestria com que o Prof. BIALET discute o problema das Interpolações, especialmente ao examinar as teses de Albertario (“Studi di Diritto Romano”, vol. 5, “Storia, Metodologia, Esegesei” — “Concetto Classico e Definizioni Postclassiche del Jus Naturale”, pag. 279, XI). Sômente a leitura do ensaio dará ao leitor a perspectiva exata dos problemas abordados. Uma observação sôbre a filosofia jurídica do Prof. BIALET: muito oportuna é sua crítica às consequências funestas oriundas do formalismo jurídico inaugurado por Kant e levado ao extremo por seus continuadores até Kelsen em nossos dias. Tais exageros conduziram a tendências anti-humanas, contribuindo, em não pequena escala para a estatolatria e seus efeitos catastróficos.

— “El mundo necesita en lo esencial”, conclui o sábio romanista argentino, un derecho cuya “ultima ratio” esté más allá del legislador y al cual el legislador deba acatamiento; por eso se advierte en toda Europa (em todo o mundo civilizado, poderíamos acrescentar) el resurgimiento del jusnaturalismo cuya expresión positiva en la historia ha recogido el Derecho Romano.” (p. 30).

ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA,

(Livre docente de Direito Romano da Fac. de D. da Un. de São Paulo).

1 9 5 3

RELATÓRIO DAS ATIVIDADES DA  
FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**CONGREGAÇÃO — RESOLUÇÕES**  
**1.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 26-2-1953.**

Sob a presidência do Exmo. Sr. Diretor, Professor Braz de Sousa Arruda, realizou-se aos 26 de fevereiro, às 15,00 horas, na sala própria, a primeira sessão ordinária da Congregação, de 1953.

Estiveram presentes os Professores catedráticos doutores José Joaquim Cardoso de Mello Neto, Antônio de Sampaio Dória, Vicente Ráo, Waldemar Martins Ferreira, Mário Masagão, Gabriel de Rezende Filho, Jorge Americano, Ernesto de Moraes Leme, Lino de Moraes Leme, Noé Azevedo, José Soares de Mello, Antônio Ferreira Cerarino Junior, Alvino Ferreira Lima, Basileu Garcia, José Carlos de Ataliba Nogueira, Benedito de Siqueira Ferreira, Miguel Reale, Theotônio Monteiro de Barros Filho, Cândido Motta Filho e livres-docentes doutores N. F. Pinto Pereira, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, Silvio Marcondes Machado e Luiz Antônio da Gama e Silva. Não compareceram por motivo de força maior, conforme comunicações feitas, os Professores catedráticos doutores Alexandre Correia, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, A. F. de Almeida Júnior e livres-docentes doutores Genésio de Almeida Moura e Goffredo da Silva Telles Júnior.

Durante o expediente foi presente à Congregação a proposta de ser dada à sala do andar térreo, onde são ministradas as aulas do Seminário de Filosofia de Direito, o nome de “João Arruda”, ficando a Diretoria autorizada a providenciar a colocação, na mesma, do retrato do patrono instituído.

Passando-se à ordem do dia, verificou a Congregação que se achavam prontos para o serviço os Senhores Professores acima enumerados.

Passou, em seguida, a Congregação a indicar os substitutos dos catedráticos ausentes ou impedidos, confirmando a indicação dos livres-docentes Goffredo da Silva Telles Júnior, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, Luiz Antônio da Gama e Silva e Silvio Marcondes Machado para regerem as cadeiras vagas e substituírem os Professores Spencer Vampré e Honório Fernandes Monteiro.

Deliberou a Congregação que as Cadeiras em que haja mais de um Professor sejam rotativamente providas, em ordem de antiguidade.

Deliberou também, devido ao grande número de inscritos ao concurso de habilitação, desdobrar as bancas examinadoras.

Por proposta do Professor Vicente Ráo, foi reeleita a Comissão de Redação da Revista da Faculdade, constituída pelos Professores Basileu Garcia, J. C. de Ataliba Nogueira e Miguel Reale.

Foi aprovada a proposta do Professor J. J. Cardoso de Mello Neto, pela qual a colação solene de gráu deve ser efetuada dentro de 10 dias após a realização do último exame de 1.<sup>a</sup> época do 5.<sup>o</sup> ano.

### **2.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 6-3-1953.**

Aberta a sessão, a Congregação tomou conhecimento das inscrições ao concurso para Professor Catedrático de Direito Judiciário-Civil, encerradas a 5-3-1953, a que concorreram o livre-docente doutor Eulálio de Bueno Vidigal e os bacharéis Paulo Leite de Freitas e Moacyr Amaral Santos. Foram aceitas tôdas as inscrições.

Para examinadores do referido concurso foram eleitos os Professôres Gabriel de Rezende Filho e Benedito de Siqueira Ferreira, e, como suplente, o Professor Jorge Americano.

A seguir, foram aprovadas as propostas da concessão do título do Professor Emérito desta Faculdade ao Professor Sampaio Dória, bem como a de se colocar na Sala Pedro Lessa uma placa com os dizeres "Aqui lecionou o professor Emérito A. de Sampaio Dória". Para saudar o professor Sampaio Dória foi eleito o professor José Soares de Mello.

### **3.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 26-3-1953.**

Tomou a Congregação ciência da ação popular proposta pelo doutor José Rangel Belfort de Mattos contra o Sr. Diretor, e, aprovando proposta do Professor Mário Masagão, indicou o Professor Vicente Ráo para advogado do Snr. Diretor.

### **4.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 16-4-1953.**

A Congregação organizou os têmeas para a prova escrita do concurso para professor catedrático de Direito Internacional Privado os quais foram postos à disposição dos candidatos.

### 5.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 6-5-1953.

Esta sessão realizou-se às 20,00 horas, estando porém a Congregação em sessão permanente desde às 15,00 horas, devido à realização das provas finais do concurso para professor catedrático de Direito Internacional Privado.

O Professor Vicente Ráo procedeu à leitura do parecer da Comissão Examinadora do Concurso acima referido, composta pelos Professôres Albérico Fraga, da Bahia, Amilcar de Castro, de Minas Gerais, desembargador Antão de Moraes, e Professôres Vicente Ráo e Lino de Moraes Leme, desta Faculdade, concluindo o Parecer pela classificação em primeiro lugar, do livre-docente Luiz Antônio da Gama e Silva, com a média geral de 9,75, e considerando habilitados os demais candidatos, bacharéis Luiz Corrêa de Brito, Antônio Chaves e Nicolau Nazo.

O Parecer foi aprovado unânimemente.

Propôs o Professor Ernesto de Moraes Leme se consignasse em ata o profundo agradecimento da Faculdade pela preciosa colaboração prestada pelos Professores Albérico Fraga, Amilcar de Castro e desembargadores Antão de Moraes, agradecimento extensivo aos Professores Vicente Ráo e Lino de Moraes, o que foi aprovado unânimemente.

Encerrando a sessão, usou da palavra o Snr. Diretor, professor Braz de Sousa Arruda, salientando os méritos da Comissão Examinadora do concurso.

A sessão encerrou-se às 22,00 horas.

### 6.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 28-5-1953.

Durante o expediente o Snr. Diretor comunicou à Congregação que estivera no Rio de Janeiro e convidara o ministro José Linhares e o Magnífico Reitor da Universidade do Brasil, Professor Pedro Calmon, para comparecerem à entrega do título de Professor Emérito ao professor Sampaio Dória.

Em seguida aprovou a Congregação os têmeas para a prova escrita do concurso para professor catedrático de Direito Judiciário Civil.

Logo após a Congregação aprovou proposta do Conselho Técnico-Administrativo no sentido de ser reformado o artigo 126, da lei n.º 3023, de 15-7-1937, o qual passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 126 — A 2.<sup>a</sup> chamada para os exames escritos e orais dos alunos desta Faculdade sómente será concedida em casos excepcionais, a juízo do Conselho Técnico-Administrativo”

O professor José Soares de Mello propôs que se consignasse em ata um voto de satisfação pelos brilhantes concursos prestados pelos livres-docentes Luiz Antonio da Gama e Silva e Alfredo Buzaid, êste na Faculdade Paulista de Direito. A proposta foi aprovada unânimemente.

### 7.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 16-6-1953.

Aberta a sessão, o Snr. Diretor comunicou estar presente na Faculdade Luiz Antonio da Gama e Silva, recentemente nomeado em virtude de aprovação no concurso realizado para provimento da Cátedra de Direito Internacional Privado, sendo de mister empossá-lo. Convidou então os professores Theotonio Monteiro de Barros Filho e Miguel Reale para introduzirem no recinto o novo catedrático, o que foi feito com as formalidades de estilo. Prestou o professor Luiz Antonio da Gama e Silva o compromisso de praxe, tomando assento à direita do Snr. Diretor. Saudou o professor Gama e Silva, em nome da Congregação, o professor Miguel Reale.

Foi então suspensa a sessão para prosseguimento do concurso para professor catedrático de Direito Judiciário Civil.

Às 18,15 horas foi reaberta a sessão, dando entrada no recinto a Comissão Examinadora do concurso de Direito Judiciário Civil, constituída pelos professores Gabriel de Rezende Filho e Benedito de Siqueira Ferreira, da Faculdade, e Luiz Antonio da Costa Carvalho, Pedro Lins Palmeira e Cândido Naves, respectivamente das Universidades do Brasil, Recife e Belo Horizonte. O professor Gabriel de Rezende Filho procedeu à leitura do Parecer da Comissão Examinadora, que conclui pela aprovação e indicação do livre-docente Luiz Eulálio de Bueno Vidigal para provimento da Cátedra, pela aprovação do bacharel Moacyr Amaral Santos e pela reprovação do candidato Paulo Leite de Freitas. Submetido a votos, foi o Parecer aprovado unânimemente quanto aos candidatos Luiz Eulálio de Bueno Vidigal e Moacyr Amaral Santos e contra um voto quanto ao candidato Paulo Leite de Freitas. O Snr. Diretor agradeceu a colaboração dos professores Cândido Naves, Luiz Antonio da Costa Carvalho e Pedro Lins Palmeira, aos quais prestou as homenagens da Congregação.

### 8.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 24-6-1953.

Aberta a sessão, o Snr. Diretor comunicou que o Conselho Técnico-Administrativo resolvera trazer ao conhecimento da Congregação que o livre-docente José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos, convidado a comparecer perante o Conselho excusou-se, por seu procurador, de fazê-lo. O professor Miguel Reale propõe então seja nomeada uma Comissão que, conjuntamente com membro do Conselho Universitário, que fôr por êste indicado, promova processo administrativo, nos termos dos artigos 97 e 104 dos Estatutos da Universidade, proposta esta aceita. Em escrutínio secreto foram eleitos os professores Alvinio Lima e Luiz Antonio da Gama e Silva para fazerem parte da referida Comissão.

O professor José Soares de Mello propôs, e foi aprovado, que se consignasse em data um voto de profundo pesar pelo trágico falecimento da esposa e filho do doutor Alfredo Buzaid e que se nomeasse comissão para transmitir ao livre-docente esta deliberação e a máguia da Congregação. Pelo Snr. Diretor foram designados os professores Cardoso de Mello Neto, Alvinio Lima e Soares de Mello para comporem referida comissão.

O professor José Soares de Mello propôs a reforma do Regulamento da Faculdade, o que foi aprovado, sendo encarregado de redigir o ante-projeto de reforma o professor Antonio de Sampaio Dória.

### 9.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 3-8-1953.

Aberta a sessão, o Snr. Diretor comunicou que se encontrava na Sala das Bêcas o livre-docente doutor Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, nomeado professor catedrático de Direito Judiciário Civil, em virtude de aprovação em concurso, sendo mistér empossá-lo. Convidou os professores Cardoso de Mello Neto e Waldemar Ferreira para introduzirem o novo professor no recinto o que foi feito com as formalidades de estilo. Em seguida prestou o professor Luiz Eulálio de Bueno Vidigal o compromisso de praxe, tendo sido assinado o termo de posse, em livro especial, por todos os senhores professores. Saudou em nome da Congregação o novo catedrático o professor Theotônio Monteiro de Barros filho.

### 10.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 17-9-1953.

Do expediente constou o ofício n.º 191-a, da Secretaria de Educação e Cultura da Prefeitura do Município de São Paulo, relativo à transladação dos restos mortais de Alvares de Azevedo para São Paulo, e sôbre a possibilidade de ser erigido nesta Faculdade um mausoleu ao poeta. A Congregação nomeou comissão para dar parecer sôbre o assunto, tendo o Snr. Diretor eleito os professores José Soares de Mello, Cândido Motta Filho e Miguel Reale para comporem referida comissão.

Solicitou o Snr. Diretor autorização para realizar no Salão Nobre as sessões de abertura e encerramento do II Congresso Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, o que foi concedido.

Em seguida foram lidos os processos números 14463/53 e 14464/53, da Reitoria da Universidade, relativos a alterações no curso jurídico e criação da Cadeira de Direito Aeronáutico. A Congregação resolveu mandar cópias dos processos a todos os professores e designou os professores Waldemar Ferreira, Honório Monteiro e Miguel Reale para darem parecer sôbre a matéria.

Logo após o Snr. Diretor procedeu à leitura do requerimento do doutor José Rangel Belfort de Mattos à Congregação, pedindo certidão da ata de Conselho Técnico-Administrativo, da sessão na qual se resolveu fôsse convocado o livre-docente José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos para depôr perante o Conselho. A Congregação resolveu que o pedido de certidão devia ser feito ao Snr. Diretor.

O professor A. F. Cesarino Júnior transmitiu à Congregação as saudações das Faculdades de Direito das Universidades de Wisconsin, Los Angeles e Michigan, por êle visitadas.

Procedeu-se à eleição do representante da Faculdade, o suplente, junto ao Conselho Universitário, em votação secreta, sendo escolhido o professor Honório Monteiro para representante e Basileu Garcia, suplente.

Em seguida foi lido o recurso do Professor Siqueira Ferreira contra deliberação do Conselho Técnico-Administrativo que concluiu pela impossibilidade de autorisar o contrato do livre-docente Almeida Amazonas, para um curso prático do processo, por ter o referido livre-docente ultrapassado o limite de idade. Em votação secreta, por 11 votos contra 6, a Congregação deu provimento ao recurso do professor Siqueira Ferreira.

Foi presente então à Congregação a proposta da concessão do título de Professor Emérito ao Professor José Joaquim Cardoso de



Mello Neto, tendo em vista os serviços de mérito e relevância excepcionais que prestou ao magistério em geral e à Faculdade de Direito. O Snr. Diretor declarou que considerava aprovada a proposta por estar a mesma assinada por 22 professores. A Congregação elegeu o professor Theotonio Monteiro de Barros Filho para saudar o Professor Cardoso de Mello Neto na entrega do título.

Tendo sido proposta a concessão do grau de doutor “honoris causa” ao professor José Beleza dos Santos, da Faculdade de Direito de Coimbra, a Congregação endereçou a proposta ao Conselho Técnico-Administrativo o qual deve dar parecer sôbre a mesma.

### 11.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 24-9-1953.

Durante o expediente o Snr. Diretor deu ciência à Congregação de que fizera ao professor Cardozo de Mello Neto a comunicação do deliberado pela mesma, concedendo-lhe o título de Professor Emérito.

Em seguida, disse o Snr. Diretor que não pudera cumprir a deliberação da Congregação de contratar o livre-docente Almeida Amazonas, por falta de verba, conforme demonstração da Contadoria da Faculdade. O Professor Siqueira Ferreira requereu, e foi concedido, que o contrato fosse feito em 1954.

O Snr. Diretor pediu ainda a atenção da Congregação para o pedido da Assembléia Universitária feito pela Faculdade de Filosofia “para consulta e discussão do conceito daquilo que se tem chamado de Instituto”. Tratando-se de assunto de importância relevante, a Congregação entendeu que se deveria designar uma Comissão para estudar e dar parecer sôbre o mesmo. O Snr. Diretor designou os professores Soares de Mello, Ataliba Nogueira e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal para comporem referida comissão. O professor Soares de Mello pediu sua substituição, o que foi concedido, tendo o Snr. Diretor designado o professor Basileu Garcia para completar a Comissão.

Em seguida foi lido um ofício do Centro de Cultura Popular, filiado ao Centro Acadêmico XI de Agosto, solicitando a cessão do Salão Nobre no dia 25 de setembro, para conferência do ministro Nelson Hungria e para a pösse da diretoria do referido Centro Acadêmico. Resolveu a Congregação ceder o Salão Nobre para a conferência do professor Nelson Hungria.

Passando-se à ordem do dia, o professor Soares de Mello apresentou a proposta para se conceder a dignidade de doutor “honoris causa” ao professor José Beleza dos Santos. Pelo Snr. Diretor foi dito que, achando-se a proposta assinada por 25 senhores pro-

fessores, considerava a mesma aprovada. O professor Siqueira Ferreira requereu fôsse a proposta submetida ao voto da Congregação, na fórmula regulamentar, enquanto o professor Honório Monteiro propõe sejam consideradas as assinaturas lançadas como aprovação da proposta. O professor Soares de Mello requereu votação nominal. Assim se fez. Votaram, aprovando a proposta Honório Monteiro, 11 professores. Rejeitaram a proposta 4 professores, sendo aprovada a referida proposta e concedido o grau de doutor “honoris causa” ao professor José Beleza dos Santos.

O professor Soares de Mello declarou que se reservava o direito de reexaminar a questão da votação sôbre concessão de títulos, oportunamente.

O professor Soares de Mello propôs fôsse designado o professor Nôe Azevedo para saudar o professor José Beleza dos Santos, na entrega do título.

## 12.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 1.<sup>o</sup>-10-1953.

Expôs o Snr. Diretor à Congregação diversos fatos havidos em sessão do Conselho Universitário, relativos ao projeto de lei de fiscalização das autarquias, projeto êste prejudicial à Universidade e seus Institutos. O Conselho Universitário resolvêra dirigir-se ao Snr. Governador, a fim de obter a exclusão da Universidade dentre as autarquias a que se refere aludido projeto de lei, mesmo porque a Universidade já está sob fiscalização financeira do Tribunal de Contas e da Secretaria da Fazenda. Resolveu a Congregação que se designasse comissão para estudar o assunto e dar parecer. O Snr. Diretor designou os professores Basileu Garcia, Miguel Reale e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal para comporem a comissão.

Ainda no expediente o Snr. Diretor comunicou à Congregação que o Conselho Universitário conferiu ao professor José Beleza dos Santos o grau de doutor “honoris causa”.

O Snr. Diretor comunicou ainda as providências do Conselho Universitário sôbre as heranças jacentes, tendo o professor Theotônio Monteiro de Barros Filho, que faz parte da comissão designada pelo Conselho Universitário, esclarecido a Congregação sôbre o andamento do assunto.

O professor Almeida Junior propôs, e foi aprovado unânimeamente: fôsse consignado em ata um voto de profundo pesar pelo falecimento do professor Raul Briquet, oficiando-se nêsse sentido à família enlutada.

O professor Noé Azevedo solicitou autorização para uso das salas da Faculdade e Salão Nobre, durante o Congresso que a Inter-American Bar Association deverá realizar em São Paulo em março de 1954. Por proposta do professor Waldemar Ferreira, aprovada unânimemente, ficou resolvido que a Faculdade cederá todo o seu prédio para o referido Congresso.

O professor Cesarino Júnior requereu autorização para funcionar na Faculdade de 8 a 15 de agosto de 1954 o Congresso Internacional de Direito Social, do qual é presidente, autorização que lhe foi concedida por todos os professores.

Foi igualmente concedida autorização para funcionamento, na Faculdade, do Congresso Internacional de Filosofia, a realizar-se em 1954, autorização esta solicitada pelo professor Miguel Reale.

O professor Gama e Silva reiterou aos senhores professores o convite para comparecerem e tomarem parte no II Congresso Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional.

O professor Theotônio Monteiro de Barros fez um apelo aos componentes das diversas comissões dos referidos Congressos para que estudem a compatibilidade entre os trabalhos dos Congressos e os da Faculdade, a fim de que uns não perturbem os outros.

Passando-se à ordem do dia, foi presente à Congregação a proposta de se encaminhar ao Conselho Universitário o pedido de concessão de grau de doutor "honoris causa" pela Universidade, ao professor Paul Durand, da Faculdade de Direito de Paris. Submetida a referida proposta a votação nominal, conforme requereu o professor Cesarino Junior, verificou-se terem votado a favor da mesma todos os senhores professores presentes.

O professor Waldemar Ferreira apresentou uma proposta de concessão de grau de doutor "honoris causa" ao professor Camillo Barcia Trelles, da Universidade de Santiago de Compostela. Pelo senhor Diretor foi dito que, na forma regulamentar, apresentaria a proposta ao Conselho Técnico-Administrativo, que deve dar parecer sobre a mesma.

Passou então a Congregação a decidir sobre a idoneidade moral dos candidatos inscritos à livre-docência, e a verificar se estavam formalmente preenchidas as condições de inscrição. Em votação separada e secreta para cada candidato, foram aceitas todas as inscrições.

Passou então a Congregação a eleger as comissões examinadoras. Para a livre-docência de Direito Judiciário, Penal e Direito Penal foram designados, para examinar, os professores Gabriel de Rezende Filho, Noé Azevedo, Soares de Mello, Basileu Garcia, Ataliba Nogueira e, como suplente, o professor Siqueira Ferreira.

Em seguida, em votação secreta, foi eleita a seguinte comissão examinadora de Direito Administrativo: professores Mário Masagão, Cândido Motta Filho, Theotonio Monteiro de Barros Filho, Cesarino Junior e Miguel Reale, como suplentes, os professores Waldemar Ferreira e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal.

Resolveu, afinal, a Congregação realizar os concursos na 1.<sup>a</sup> quinzena de novembro de 1953.

### 13.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 16-10-1953.

Durante o expediente o professor Almeida Junior requereu que se consignasse em ata um voto de profundo pesar pelo falecimento do professor emérito Reynaldo Porchat. O Sr. Diretor convidou o professor Waldemar Ferreira para em nome da Congregação falar na sessão fúnebre em homenagem ao professor Reynaldo Porchat.

Em seguida, a Congregação deferiu o pedido do Presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto, de cessão do Salão Nobre para o dia 9 de novembro de 1953, para uma conferência do professor Almeida Junior, sobre os acontecimentos de 9-11-1943.

Passando-se à ordem do dia, foi discutida a proposta do professor Waldemar Ferreira, aprovada pelo Conselho Técnico-Administrativo, de concessão do grau do doutor “honoris causa” pela Faculdade, ao professor Camilo Barcia Trelles. Aberta a discussão sobre a proposta, o professor Siqueira Ferreira levanta uma preliminar sobre se a votação deveria ser por 2/3 ou por simples maioria. Contra 2 votos, entendeu a Congregação que deveria ser por simples maioria. Submetida a votos a proposta, foi a mesma aprovada, contra o voto do professor Siqueira Ferreira, que se declarou favorável à concessão do grau pela Universidade.

Em seguida, foi presente à Congregação a proposta, aprovada pelo Conselho Técnico-Administrativo, da concessão do grau de doutor “honoris causa” ao professor Luigi Bagolini catedrático de Filosofia de Direito da Universidade de Gênova e que pela terceira vez se encontrava em São Paulo, regendo um curso de extensão universitária. Encerrados os debates, foi a proposta submetida a votos e aprovada, contra o voto do professor Siqueira Ferreira que se declarou favorável à concessão do grau pela Universidade.

Passou a Congregação a verificar as inscrições e a decidir sobre a idoneidade moral dos candidatos ao concurso para professor catedrático de Introdução à Ciência de Direito, cujo prazo se

encerrou a 15-10-1953. Em votação separada e secreta para cada concorrente foram aceitas, unânimemente, todas as inscrições. Concorreram à inscrição os bacharéis Alberto Moniz da Rocha Barros, Bertho Antonino Condé, João Rodrigues de Merége, Luiz Silveira Melo e o livre-docente doutor Goffredo da Silva Telles Junior.

Para examinadores do concurso foram eleitos os professores Cândido Motta Filho e Ataliba Nogueira, e suplente o professor Miguel Reale.

Em seguida, foi presente à Congregação o parecer dos professores Soares de Mello, Miguel Reale e Cândido Motta Filho, relativo à trasladação dos restos mortais do poeta Alvares de Azevedo para esta Faculdade. O parecer conclui favoravelmente, salientando que a mesma se deveria efetivar com a pompa e magestade de incomparável ato cívico. Quanto ao local onde se deve erguer o mausoléu ao poeta deve ser o existente entre as salas João Mendes Junior e Barão de Ramalho. Submetido o parecer ao voto da Congregação foi o mesmo aprovado unânimemente.

Em seguida, foi presente à Congregação o parecer relativo ao processo nº 14464/53, da Reitoria, que conclui que a Cadeira de Direito Aeronáutica, a ser criada, só o poderia ser facultativamente, de modo a que se possa adotar prática mais consoante com as peculiaridades locais. Submetido a votos este parecer, foi o mesmo aprovado unânimemente.

Quanto ao processo nº 14463, relativo ao projeto de lei nº 788/51, que visa alterações nos cursos das Faculdades de Direito a Comissão entendeu que deveriam ser ouvidos, previamente, os professores das respectivas disciplinas, o que foi feito, por se acharem os mesmos presentes, entendendo a Congregação que o processo deveria voltar à comissão para que esta desse o seu parecer a respeito.

O professor Ataliba Nogueira propôs fosse consignado em ata um voto de regosijo ao professor Miguel Reale por ter sido este nomeado membro correspondente da Academia do Instituto de Bolonha. A proposta foi aprovada.

#### 14.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 23-10-1953.

Passando-se à ordem do dia, a Congregação organizou os temas para as provas escritas dos concursos à livre-docência de Direito Judiciário Penal, Direito Penal e Direito Administrativo, os quais mandou pôr à disposição dos candidatos.

Em seguida o Snr. Diretor comunicou à Congregação o protesto do Conselho Universitário junto ao Snr. Governador sobre o

parecer do Sr. Armando Guida a respeito da fiscalização das autarquias.

Salientou o Sr. Diretor o enorme aumento de consultas às Bibliotecas da Faculdade. O professor Almeida Junior lembrou a conveniência de o encarregado de serviço fazer uma comparação entre as consultas e o número de estudantes que frequentam as Bibliotecas, pois, o que mais interessa é que os alunos frequentem as mesmas.

### 15.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 11-11-1953.

Aberta a sessão, foi dada a palavra ao professor Gabriel de Rezende Filho, presidente da Comissão Examinadora do concurso à livre-docência de Direito Judiciário Penal, iniciado a 3-11-1953. Procedeu o professor Gabriel de Rezende Filho à leitura do Parecer da Comissão Examinadora, que conclui pela aprovação unânime do doutor José Frederico Marques, com a média geral de 9,7, e pela reprovação, unânime do candidato bacharel Mário Zangari, com a média 4,25

Aberta a discussão e ninguém pedindo a palavra foi o Parecer submetido a votos, separadamente para cada candidato, sendo aprovado unânimemente.

### 16.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 12-11-1953.

Aberta a sessão, foi dada a palavra ao professor Mário Masagão, presidente da Comissão Examinadora do concurso à livre-docência de Direito Administrativo, o qual procedeu à leitura do Parecer da Comissão, que conclui pela reprovação do candidato bacharel José Cretella Junior, por três votos contra dois, com a média geral 6,75.

Aberta a discussão e ninguém pedindo a palavra foi o Parecer submetido a votos e aprovado unânimemente.

O professor Gabriel de Rezende Filho, presidente da Comissão Examinadora do concurso para livre-docente de Direito Penal procedeu à leitura do Parecer da referida Comissão, que conclui pela reprovação do candidato Luiz Ambra, por quatro votos contra um, com a média geral 6,25.

Aberta a discussão e ninguém pedindo a palavra, foi o Parecer submetido a votos e aprovado unânimemente.

O professor José Soares de Mello pediu a palavra para fazer um apêlo aos seus colegas, no sentido de envidarem todos os es-

fôrços durante os exames de 2ª. época e vestibulares, para que as aulas da Faculdade pudessem ter início em março.

### 17.<sup>a</sup> Sessão da Congregação — Em 26-11-1953.

Passando-se à ordem do dia, o Snr. Diretor depois de se referir à ação proposta pelo livre-docente doutor José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos contra a Faculdade, solicitou que a Congregação designasse um professor para encarregar-se da defesa da mesma.

O professor Miguel Reale propôs, e foi aprovado, que o Snr. Diretor escolhesse o professor que deveria defender a Faculdade. Foi escolhido o professor Luiz Eulálio de Bueno Vidigal.

Para deliberação a respeito do programa a ser adotado no concurso para provimento da Cátedra de Introdução à Ciência do Direito, pelo Snr. Diretor foi dito que o convocaria uma reunião do Conselho Técnico-Administrativo.

Pedi o professor Soares de Mello a palavra para transmitir à Congregação os dizeres de um telegrama que acabava de receber do professor José Beleza dos Santos, agradecendo as homenagens e atenções que lhe foram dispensadas pelos professores e pela Faculdade, aos quais o professor Beleza dos Santos se declara profundamente reconhecido. Salientou o professor Soares de Mello que o professor Beleza dos Santos, que levou para Coimbra fardo material sobre São Paulo e a Faculdade, pensa redigir trabalho a respeito, o qual pretende, dedicar à Faculdade.

## CONSELHO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO

### DELIBERAÇÕES

1.<sup>a</sup> Sessão do C.T.A. — Em 12-1-1953

#### *Deliberações:*

— indeferir o requerimento do Snr. Walter Serande por não haver vaga para transferência;

— indeferir os requerimentos dos alunos Angelo De Vita e Paulo Santos Mattos;

— deferir os requerimentos que os alunos, que pertencem ao C.P.O.R., apresentaram, desde que os exames se tenham realizado a partir de 15-12-1952;

— encaminhar à Congregação, com o deferimento do Conselho, o ofício do professor Alvino Lima, relativo à Cadeira de Direito Civil comparado, do Curso de Doutorado.

Em seguida, o Snr. Diretor comunicou que, achando-se vago o cargo de bibliotecário-chefe da Faculdade, devido à nomeação do Snr. Antonio Constantino para outro cargo, resolvera indicar d. Celina Christiano de Sousa, visto como d. Conceição Negrão, bibliotecário auxiliar, que substituiu o Snr. Antonio Constantino, não possuir as condições do art. 35 do decreto-lei 17104, de 12-3-1943, que disciplina a espécie, e, além disso, pelos bons serviços prestados por d. Celina Christiano de Sousa à Biblioteca-Circulante.

O Snr. Diretor propôs ao Conselho a atualização da parte relativa ao pessoal administrativo da Faculdade, constante da lei nº 3023, de 15-7-1937. Discutido o assunto o Conselho resolveu promover a reforma total da lei nº 3023, de 15-7-1937, tendo o Snr. Diretor distribuído aos Snrs. Conselheiros, de acordo com estes, os diversos artigos da lei citada, a fim de ser elaborado o projeto de reforma.

Expôs o professor Miguel Reale ao Conselho os acontecimentos relativos à “Casa do Estudante”, terminando por propôr, uma vez que à Faculdade cabe a administração da mesma (escritura de 23 de fevereiro de 1940, cláusulas 1.<sup>a</sup> e 6.<sup>a</sup>), a desocupação do



prédio em que se acha instalada a referida entidade, para reabri-la sob nova organização, acautelados devidamente os interesses que cumpre resguardar. A proposta foi aprovada unânimemente.

**2.<sup>a</sup> Sessão do C.T.A. — Em 20-2-1953**

*Deliberações:*

— desdobrar as bancas examinadoras de Latim, Inglês e Francês, e tresdobrar as de Português do Curso de Habilitação, devido ao número elevado (976) de inscritos ao mesmo, ficando assim constituídas:

**Latim**

*Professôres:*

Mário Masagão	Lino Leme
Alexandre Correia	Miguel Reale
Odilon de Araujo Grellet	Alfredo Buzaid

**Português**

*Professôres:*

Sampaio Dória	Hilário de Carvalho
Sinésio Rocha	Waldemar Ferreira
Gama e Silva	Alvino Lima
Basileu Garcia	C. Motta Filho
Almeida Amazonas	

**Francês**

*Professôres:*

Gabriel de Rezende Filho	José Soares de Mello
Ataliba Nogueira	T. Monteiro de Barros Filho
Paulo Barbosa Campos Filho	Almeida Junior

**Inglês**

*Professôres:*

Jorge Americano	Noé Azevedo
Siqueira Ferreira	Cesarino Junior
Goffredo da Silva Telles Junior	Pinto Pereira

## Filosofia e História da Civilização

### *Professôres:*

Cesarino Junior  
Miguel Reale  
Odilon de Araujo Grellet

- iniciar os exames vestibulares no dia 23-2-1953;
- indeferir os requerimentos dos Snrs. Henrique Cardoso de Almeida, José Ferreira Carrato, João de Almeida, Nelson Lion Antunes, Newton Hucke e Joaquim Gouveia de Albuquerque;
- determinar aos Snrs. Afonso Guarini, Edno Machado, Fernando de Azevedo Andrade, José Paes Pereira Filho, Luiz Edmundo Corrêa Soares de Sousa, Mauro Fernandes Pagliarini, Paulo Planet Buarque, Vicente de Paulo Pacheco Sousa e Walter Castilho de Barros que juntem folha de serviço aos seus requerimentos de transferência;
- aprovar o programa do livre-docente Alfredo Buzaid para o curso prático de Direito Judiciário Civil da Faculdade em 1952.
- ouvir o professor Siqueira Ferreira sobre a sugestão do Sr. Diretor de se contratar o livre-docente Percival de Oliveira para realizar curso prático de Direito Judiciário Civil;
- aceitar proposta do professor Sampaio Dória sobre modificação no modo de julgar os exames vestibulares, como sugestão a ser incluída na reforma do regulamento da Faculdade.

### 3.ª Sessão do C.T.A. — Em 10-3-1953.

### *Deliberações:*

- aprovar o programa e autorizar a realização de um curso prático de Direito Judiciário Civil pelo livre-docente Percival de Oliveira;
- indicar os nomes dos professôres Costa Carvalho, Cândido Naves, Pedro Palmeira e João Bonumá para examinadores no concurso para professor catedrático de Direito Judiciário Civil;
- deferir os pedidos de transferência dos Snrs. Afonso Guarini e Walter Castilho de Barros, por se tratar de casos excepcionais previstos por leis especiais.
- indeferir os requerimentos dos Snrs. Arnaldo Cardinale, Maria de Lourdes do Valle Delduque, Marina Bertacchi, José Cândido Gomes Pereira, Mário José Furlan, João Bueno de Almeida,

Mauro, Viol, Rafael Bonanata, Gilberto Pompeo de Toledo, Normando Augusto de Mello, Lauro Muniz, Márcio Pamplona Moreira, Nelson Rahuan, Carlos Silveira Franco, Oscar Guilherme Matta, Francisco Roque, Benedito Luiz Pimentel Grecco, Célio de Jesus Lobão Ferreira, Caetano Del Cisppo, Odilon Tavares de Oliveira, Sami Namur, Eduardo Hakimoto, José Rodrigues de Freitas, Mário Bologuesi, Cláudio Roberti, Waldimir José do Amaral Filho, Meimar Wendel Nunes do Amaral, Henrique da Silva, Pawel de Moraes Krivtzott, Silvio Zaffarim e Rui Antonio de Oliveira Pedroso;

— deferir o requerimento do Snr. Elcio Cesar Pitelli;

— exarar o seguinte despacho nos requerimentos dos Snrs. Edno Machado, Luiz Edmundo Corrêa Soares de Sousa e Paulo Planet Buarque: — “Não tendo sido satisfeito o despacho anterior dêste Conselho, provem os requerentes o exercício do cargo anterior e sua nomeação”.

#### 4.<sup>a</sup> Sessão do C.T.A. — Em 13-4-1953.

##### *Deliberações:*

— indeferir os pedidos de transferência dos Snrs. Acácio Ribeiro Cabral, Adir Vilela Ferreira, Clélio de Jesus Lobão Ferreira, Luiz Carlos Castejon Branco e Santana Langbck Corrêa;

— indeferir os pedidos de revisão de provas do concurso de habilitação feitos pelos Snrs. Artur Celso Vasconcelos de Oliveira, José Paiva de Faria e Silvio Zaffarani;

— indeferir, de acôrdo com deliberações anteriores, o requerimento do Snr. Bartholomeu Gavanski exames vestibulares baseado no decreto 8019;

— determinar que os Snrs. Arnaldo Cardinali Zegala e Angelo Villaça Scaglione juntem os seus requerimentos ficha funcional e respectivo histórico;

— encaminhar à Congregação o recurso do estudante Márcio Pamplona Moreira, com a informação de que o Conselho Técnico, indeferindo o pedido, usou de atribuição que lhe é privativa;

— distribuir aos demais Conselheiros o parecer do professor Miguel Reale sobre a lei n.º 1816, de 23-2-1953, ficando a deliberação adiada para a próxima sessão;

— deferir o requerimento do aluno Wilson Salgado e o pedido de transferência do Snr. Jorge Ribeiro;

— que os alunos impedidos de assistir às aulas e prestar exames por motivos militares deverão comunicar à Diretoria o início desse impedimento, sob pena de não poderem alegar tal impedimento posteriormente;

- indeferir o requerimento do Snr. José Paes Pereira Filho;
- admitir à matrícula no 1.º ano os 326 estudantes aprovados no Concurso de Habilitação;
- oficiar ao Presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto sobre os estudantes que ainda não deixaram a Casa do Estudante;
- propôr à Congregação a alteração do art. 126 da lei n.º 3023, de 15-7-1937, o qual passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 126 — A 2.ª chamada para os exames escritos e orais dos alunos desta Faculdade somente será concedida em casos excepcionais, a juízo do Conselho Técnico-Administrativos”.

### 5.ª Sessão do C.T.A. — Em 13-5-1953.

#### *Deliberações:*

- deferir o pedido de transferência do Snr. Arnaldo Gardinali Segala, por se tratar de funcionário público;
- indeferir os requerimentos dos Snrs. Luiz Edgard Ferraz de Andrade Baptista, Vitorino Prata Castelo Branco, Geraldo Pinto Rodrigues, Antonio da Costa Neves Neto, Fernando Montenegro, Antonio José Luiz D'Andréa Neto, Flavio Maria Moreno, Eder Sebastião Guimarães Leme;
- deferir o requerimento de transferência do Snr. Vicente de Paulo Pacheco Sousa, por se tratar de funcionário público;
- determinar que os Snrs. Luiz Gonzaga Coimbra Cintra, Guinaldo de Vasconcellos e José Henrique Marcondes Machado juntem ficha funcional e respectivo histórico aos seus requerimentos;
- determinar que o Snr. José Osório de Azevedo Junior esclareça o seu requerimento e reconheça a firma do documento apresentado;
- admitir à matrícula no curso noturno os matriculados no ano passado, os quais terão preferência; para a matrícula dos demais obdecer-se-á ao critério das notas alcançadas;
- não poder ser marcado nenhum exame sem que a fixação do aviso respectivo seja feita até a ante-véspera da prova, salvos as chamadas em prosseguimento de exames já iniciados;
- deverem os estudantes militares requerer a prestação de exames dentro dos 15 dias seguintes à cessação do impedimento.

**6.<sup>a</sup> Sessão do C.T.A. — Em 1-6-1953.**

*Deliberações:*

— deferir os requerimentos dos estudantes Fernando Montenegro e Antonio da Costa Neves Neto, visto ter sido provado o impedimento militar;

— indeferir o requerimento do Snr. Silvio Saffarini, mantendo a decisão anterior, diante do caráter eliminatório das provas do exame vestibular;

— indeferir o requerimento de transferência do Snr. José Henrique Marcondes Machado;

— abrir processo acadêmico para apurar os fatos denunciados pelo jornal “O Estado de São Paulo”, relativos aos maus tratos sofridos pelo aluno do 1.<sup>o</sup> ano Beraldo Fraga de Toledo Arruda, intimando-se referido aluno para depôr perante o Conselho, em 2-6-53.

**7.<sup>a</sup> Sessão do C.T.A. — Em 2-6-1953.**

*Deliberações:*

— autorizar a renovação do contrato de auxiliar de ensino Caetano Sciascia;

— determinar que o Snr. Luiz Gonzaga Coimbra Cintra junte a seu requerimento ficha funcional anterior a 1952;

— deferir o requerimento de transferência do Snr. Guinaldo Vasconcellos;

— indeferir o requerimento de d. Déa Novaes de Oliveira;

— indeferir o requerimento do Snr. Mário José Furlan.

— Para depôr perante o Conselho compareceu o estudante Beraldo Fraga de Toledo Arruda. Diante das declarações do estudante, incapaz de positivar os fatos e denunciar os seus autores, o Conselho resolveu arquivar o processo.

**8.<sup>a</sup> Sessão do C.T.A. — Em 18-6-1953.**

*Deliberações:*

— levar ao conhecimento da Congregação que o livre-docente doutor José Dalmo Fairbanks Berfort de Mattos se excusou, por seu procurador, de comparecer à convocação para prestar esclarecimentos perante o Conselho Técnico-Administrativo;

— consultar o Ministério da Educação sôbre aplicação da lei n.º 1816, de 23-2-1953;

— indeferir o requerimento de transferência do Snr. Luiz Gonzaga Coimbra Cintra por não ficar provada, devidamente, a transferência de seu emprêgo;

— ficar ciente de que a situação da “Casa do Estudante” está normalizada, conforme comunicação dos professores Basileu Garcia e Miguel Reale;

— indeferir o pedido de transferência do Snr. João Luiz de Carvalho Coelho.

### 9.ª Sessão do C.T.A. — Em 16-8-1953

#### *Deliberações:*

— indeferir os requerimentos dos estudantes Rodolpho Augusto Machado, Vera Leme Dal-Gé, José Resstel e Ralph Lopes Pinheiro;

— deferir quanto ao exame de Direito Comercial o requerimento do aluno Miguel Fernandes Galante;

— indeferir requerimento do Snr. Sílvio Pereira Machado;

— aplicar a comunicação constante da circular n.º 6, de 10-6-1953, à situação dos alunos que requereram os benefícios da lei n.º 1816, de 23-2-1953;

— aprovar o modelo de certificado de conclusão do Curso de Doutorado apresentado pelo professor Miguel Reale;

— comunicar à Reitoria que a Faculdade fica aguardando o requerimento do Snr. Dilerman Buarque de Gusmão, a que se refere o processo n.º 14554/53, da Reitoria;

— autorizar a comissão de redação da Revista da Faculdade a estudar o modo de colocar à venda a Revista, para atender a pedido de bachareis e estudantes.

### 10.ª Sessão do C.T.A. — Em 18-9-1953

O Conselho tomou conhecimento da proposta de concessão do título de doutor “honoris causa” ao professor José Beleza dos Santos, da Faculdade de Direito da Coimbra. O conselho aprovou unanimemente a proposta, mandando remetê-la à Congregação, nos termos regulamentares.

O Snr. Diretor comunicou que resolvera realizar o concurso à livre-docência de Direito Judiciário Penal a partir de 3 de novembro de 1953.

Comunicou o Snr. Diretor que não podia dar cumprimento à deliberação da Congregação, de contratar o livre-docente J. A. de Almeida Amazonas para um curso prático de Direito Judiciário Civil, por não dispôr de verba orçamentária.

### 11.<sup>a</sup> Sessão do C. T. A. — Em 15-10-1953

#### *Deliberações:*

— dar parecer favorável às propostas de concessão do grau de doutor “honoris causa” aos professores Camilo Barcia Telles e Luigi Bagolini;

— autorizar, a título precário, as alunas da Faculdade a usarem o elevador reservado aos Snrs. professores durante o período de 15 minutos antes até 15 minutos depois das aulas;

— deferir o pedido de transferência do Snr. Dilerman Buarque de Gusmão, por se tratar de militar transferido de região;

— determinar que d. Marlene Leite da Cunha Rego junte a seu requerimento de transferência ficha funcional;

— indeferir o requerimento de transferência do Snr. Lourival Fernandes;

— indeferir os pedidos de exame dos alunos Nelson Rodrigues do Lago e Pedro Geraldo Costa.

### 12.<sup>a</sup> Sessão do C. T. A. — Em 15-12-1953

#### *Deliberações:*

— sôbre o processo da Reitoria n.º 17925/53, comunicando queixa do Corpo de Bombeiros, sugerir fôsse enviados autos à policia para os fins de abertura de inquérito policial;

— quanto ao processo n.º 3233/52, da Reitoria, relativo ao professor Antonio Ambrosini, não considerar oportuna a realização de mais um curso de extensão, devido ao acúmulo dos mesmos, durante o ano de 1953, e aos exames de tôdas as séries, em relação;

— solicitar parecer do professor Theotônio Monteiro de Barros Filho sôbre officio do Snr. presidente do Conselho Regional de Economistas Profissionais, a propósito da inscrição de bachareis e doutores em ciências econômicas no concurso para catedrático de Economia Política;

— sôbre o officio n.º 1282, de 1-12-1953, da Reitoria, sôbre expedição da 2.<sup>a</sup> via de diploma, verificou que o caso está previsto no artigo 171, da lei n. 3023, de 15-7-1937; sugere entretanto o maior rigor na expedição de 2.<sup>as</sup> vias de diplomas;

— adotar o programa elaborado pelo professor Miguel Reale para o concurso para professor catedrático de Introdução à Ciência do Direito;

— indeferir o requerimento de transferência do Snr. Luiz Cesar, por ter sido provado o seu impedimento militar;

— indeferir os requerimentos dos estudantes Arylton da Cunha Henriques, Antonio José Fávero Castanho, Paulo Afonso Grisolli, Sebastião Caboto Carretta e Salomão Bernardo Rubinstein;

— indeferir o pedido de transferência do Snr. Romeu Ribeiro Junqueira.



## **NOMEAÇÕES, DESIGNAÇÕES, COMISSIONAMENTOS, LICENÇAS REFERENTES A PROFESSORES**

- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR**, de 27-1-1953: nomeando o doutor Silvio Marcondes Machado para, a contar de 2-1-1953, substituir o professor Honório Fernandes Monteiro, enquanto durar o seu impedimento, na regência da Cadeira de Direito Comercial, do 3.º ano do curso de bacharelado.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 24-1-1953: concedendo afastamento por 30 dias, a partir de 26-1-1953, ao professor Miguel Reale para participar dos colóquios filosóficos interamericanos, com realização em Havana.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 19-3-1953: concedendo ao professor Waldemar Martins Ferreira seis meses de licença-prêmio.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR**, de 8-4-1953: aposentando compulsoriamente o professor Antonio de Sampaio Dória, no cargo de professor catedrático, do curso de doutorado.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR**, de 15-4-1953: nomeando o professor José Carlos de Ataliba Nogueira para, cumulativamente com o seu cargo efetivo, reger a Cadeira de Economia e Legislação Social do curso de doutorado, a contar de 28-3-1953.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 15-4-1953: prorrogando por 3 meses o afastamento do professor Honório Fernandes Monteiro, a fim de continuar viagem cultural e de pesquisas pela Europa.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR**, de 29-4-1953: nomeando o doutor Silvio Marcondes Machado para, a contar de 1-4-1953, substituir o professor Waldemar Martins Ferreira, na regência da Cadeira de Direito Comercial do 2.º ano do curso de bacharelado, enquanto durar seu impedimento por licença-prêmio.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 6-5-1953: designando o professor Benedito de Siqueira Ferreira para, a contar de 1-4-1953, substituir, cumulativamente com o seu cargo efetivo, o pro-

- fessor Waldemar Martins Ferreira, no 1.º ano do curso de doutorado.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 15-5-1953: concedendo ao professor José Joaquim Cardozo de Mello Neto 60 dias de licença-prêmio.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 15-5-1953: contratando o doutor Alfredo Buzaid para, no período de 15 de abril a 31 de dezembro, realizar um curso especializado de Direito Judiciário Civil para os alunos do 3.º e 4.º anos do curso de bacharelado, cumulativamente com a regência da Cadeira de Direito Judiciário Civil, do curso noturno.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 15-5-1953: contratando o doutor Percival de Oliveira para, no período de 15 de abril a 31 de dezembro realizar um curso especializado de Direito Judiciário Civil, para os alunos do 3.º e 4.º anos do curso de bacharelado.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 21-5-1953: aposentado o professor Spencer Vampré, no cargo de professor catedrático, a contar de 3 de junho de 1952.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 26-5-1953: designando o doutor Manoel Francisco Pinto Pereira para, a contar de 9-5-1953, substituir o professor Braz de Sousa Arruda, na regência da Cadeira de Direito Internacional Público, do 4.º ano do curso de bacharelado.
- DECRETO DO SNR GOVERNADOR, de 27-5-1953: nomeando o doutor Luiz Antonio da Gama e Silva para exercer, em caráter efetivo, o cargo de professor catedrático, correspondente à Cadeira de Direito Internacional Privado, do 5.º ano do curso de bacharelado, que vinha exercendo interinamente.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 27-5-1953: nomeando o doutor Silvio Marcondes Machado para, a contar de 15-5-1953, cumulativamente com o cargo que vem exercendo em substituição ao professor Waldemar Martins Ferreira, substituir o professor Ernesto de Moraes Leme no cargo de professor catedrático, durante o seu impedimento, ficando, a contar da mesma data, exonerado do cargo que vinha exercendo em substituição ao professor Honório Fernandes Monteiro.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 27-7-1953: dispensando, a contar de 2-5-1953, o professor Lino de Moraes Leme, da regência da Cadeira de Direito Civil Comparado, do 1.º ano o curso de doutorado.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 27-5-1953: designando o professor Alvino Ferreira Lima para, a contar de 2-5-1953, cumula-

- tivamente com seu cargo, reger a Cadeira de Direito Civil Comparado, do 1.º ano do curso de doutorado.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 29-5-1953: designando o professor Lino de Moraes Leme para, cumulativamente, substituir o professor José Joaquim Cardozo de Mello Neto, em igual cargo, correspondente à Cadeira de Economia Política de 1.º ano do curso de bacharelado, durante seu impedimento por licença-prêmio.
- ATO DO MAGNÍFICO REITO**, de 3-6-1953: concedendo ao professor Antonio Ferreira Cesarino Junior afastamento, no período de 18 de junho a 30 de agosto, para empreender viagem aos Estados Unidos da América do Norte e, a convite da Universidade de Wisconsin, em Madison, realizar pesquisas sobre o programa de intercâmbio internacional de professores.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 12-6-1953: designando o professor Cândido Motta Filho para, cumulativamente com seu cargo, substituir, a partir de 1-6-1953, o professor Honório Fernandes Monteiro, na regência da Cadeira de Direito Comercial do 4.º ano do curso de bacharelado, enquanto durar seu afastamento.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 15-6-1953: designando o doutor Odilon de Araujo Grellet para reger, a contar de 1-6-1953, a Cadeira de Direito Comercial do 4.º ano noturno de bacharelado, enquanto durar o afastamento do professor Honório Fernandes Monteiro.
- PORTARIA DO MAGNÍFICO REITOR**, n.º 52, de 17-6-1953: designando o doutor Alfredo Buzaid para colaborar com a Comissão de Tempo Integral do Conselho Universitário, no estudo de um projeto de lei regulando o assunto.
- APOSTILA DO MAGNÍFICO REITOR**, de 16-6-1953: no título de 29, publicado a 30-5-1953, de designação do professor Lino de Moraes Leme, a fim de declarar que a substituição a que se refere o mencionado título é a partir de 17-5-1953.
- PORTARIA DO MAGNÍFICO REITOR**, n.º 53, de 19-6-1953: designando para integrarem, sob sua presidência, a Comissão Executiva do Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, a se realizar em São Paulo em 1954, os professores Waldemar Martins Ferreira, José Soares de Melo, e outros professores, de outras Faculdades.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR**, de 2-7-1953: nomeando o doutor Luiz Eulálio de Bueno Vidigal para exercer, em caráter efetivo, o cargo de professor catedrático, correspondente à Cadeira de Direito Judiciário Civil, cargo esse que vinha exercendo em caráter interino.

- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 2-7-1953:** nomeando o doutor Gofredo da Silva Telles Junior para exercer interinamente, a partir de 3-6-1952, o cargo de professor catedrático da Cadeira de Introdução à Ciência do Direito, na vaga decorrente da aposentadoria do professor Spencer Vampré.
- RETIFICAÇÃO DO MAGNÍFICO REITOR, de 7-7-1953:** no título de 29, publicado a 30-5-1953, de designação do professor Lino De Moraes Leme, a fim de declarar que a substituição a que se refere o mencionado título é a partir de 18-5-53.
- PORTARIA DO MAGNÍFICO REITOR, de 13-7-1953, n.º 58:** designando o professor Jorge Americano para integrar, sob a presidência do professor Vicente Ráo, a comissão organizadora da participação dos juristas brasileiros no IV Congresso Internacional de Direito Comparado, a se realizar em Paris, de 1.º a 7 de agosto de 1954.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 21-7-1953:** prorrogando o contrato de doutor Caetano Sciascia para continuar exercendo as funções de auxiliar de ensino junto à Cadeira de Direito Romano.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 27-7-1953:** prorrogando o prazo da posse do doutor Luiz Eulálio de Bueno Vidigal no cargo de professor catedrático de Direito Judiciário Civil.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 26 de agosto de 1953:** aposentando compulsoriamente o professor José Joaquim Car-doço de Mello Neto no cargo de professor catedrático do Curso de doutorado.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 26-8-1953:** nomeando o doutor Paulo Barbosa Campos Filho para, a contar de 1-8-1953, substituir o Professor Vicente Ráo na regência da Cadeira de Direito Civil do 2.º ano do Curso de Bacharelado.
- DECRETO DO SNR GOVERNADOR, de 1-9-1953:** nomeando o professor Cândido Motta Filho para, cumulativamente com seu cargo, substituir o professor Vicente Ráo, na regência da Cadeira de Direito Público do 1.º ano do Curso de Doutorado.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 14-9-1953:** concedendo ao professor Mário Masagão 30 dias de licença-prêmio.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 22-9-1953:** designando o doutor Alexandre Augusto de Castro Correia para reger, a contar de 1-9-1953, a Cadeira de Direito Romano, do 1.º ano noturno do Curso de Bacharelado.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 28-9-1953:** concedendo 150 dias de afastamento, a partir de 12-9-1953, ao professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a fim de integrar a delegação do Brasil à Organização das Nações Unidas, na qualidade de de-

legado substituto, nomeado que foi pelo Presidente da República.

**ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 1-10-1953: designando o professor Honório Fernandes Monteiro para, a contar de 1-9-1953, cumulativamente com seu cargo, substituir o professor Jorge Americano na regência da Cadeira de Direito Civil do 4.º ano do Curso de Bacharelado.

**ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 2-10-1953: concedendo ao professor Braz de Sousa Arruda afastamento, a partir de 8-9-1953, a fim de tomar parte na banca examinadora do concurso para provimento da Cátedra de Economia, Finanças e Estatística, da Escola de Engenharia da Universidade de Minas Gerais.

**DECRETO DO SNR. GOVERNADOR**, de 7-10-1953, nomeando o doutor Vicente de Paulo Vicente de Azevedo para, a contar de 16-9-1953, substituir o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida na regência da Cadeira de Direito Judiciário Penal, do 5.º ano do Curso de Bacharelado, durante seu afastamento.

**ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 7-10-1953: designando o doutor João de Deus Cardozo de Mello para, a contar de 16-9-1953, reger a Cadeira de Direito Judiciário Penal, do 5.º ano noturno do Curso de Bacharelado, enquanto durar o afastamento do professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

**ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 7-10-1953: designando o professor Benedito de Siqueira Ferreira para, cumulativamente com seu cargo, substituir o professor Mário Masagão, a contar de 17-9-1953, na regência da Cadeira de Direito Administrativo, do 5.º ano do Curso de Bacharelado.

**ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 7-10-1953: concedendo ao professor Braz de Sousa Arruda afastamento, a fim de tomar parte na banca examinadora do concurso para provimento da Cátedra de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito de Florianópolis.

**ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 15-10-1953, designando o doutor Manoel Francisco Pinto Pereira para, a contar de 1-10-53, substituir o professor Braz de Sousa Arruda na regência da Cadeira de Direito Público Internacional, do 4.º ano do Curso de Bacharelado.

**DECRETO DO SNR. GOVERNADOR**, de 14-10-1953, nomeando o professor Liño de Moraes Leme para, a contar de 27-8-1953, cumulativamente com seu cargo, exercer interinamente igual cargo, correspondente à Cadeira de Economia Política, do 1.º ano do Curso de Bacharelado.

PORTARIA DO MAGNÍFICO REITOR, n.º 111, de 24-11-1953, designando o professor Waldemar Martins Ferreira para exercer as funções de Vice-Presidente da Comissão Executiva do Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiro, a se realizar em São Paulo, em 1954.

ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 30-11-1953, concedendo ao professor Alexandre Correia 90 dias de licença-prêmio.

DECRETO O SNR. GOVERNADOR, de 8-12-1953, exonerando a pedido, o professor Ernesto de Moraes Leme do cargo de Reitor da Universidade de São Paulo.

DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 23-12-1953, concedendó ao professor Ernesto de Moraes Leme afastamento por tempo indeterminado, a partir da data em que entrar no exercício das novas funções, a fim de, exercer as funções de Delegado permanente do Brasil Junto à Organização das Nações Unidas e Representante no Conselho de Segurança.

## **CONTRATOS DE PROFESSORES ESTRANGEIROS**

**DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 13-5-1953:** Contratando o Doutor Luigi Bagolini, da Universidade de Gênova, para, durante os meses de agosto a novembro, realizar um curso de extensão universitária de Filosofia do Direito.

**DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 13-5-1953:** Contratando o Doutor Camillo Barcia Trelles, da Universidade de Santiago de Compostela, para, durante os meses de agosto a outubro, realizar um curso de extensão universitária de Direito Público Internacional.

**DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 13-5-1953:** Contratando o Doutor José Beleza dos Santos, da Universidade de Coimbra, para, durante os meses de agosto a outubro, realizar um curso de extensão universitária de Direito Penal.

**DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 27-5-1953.** Contratando o Doutor Paul Durand, da Universidade de Paris, para, num período de 60 dias, ministrar um curso especializado de Direito Social.

## PORTARIAS DO SENHOR DIRETOR

- PORTARIA N.º 1/15 — Este número não foi usado.
- PORTARIA N.º 2/15, de 10-1-1953: — Suspendendo, pelo prazo de cinco dias, dois alunos do 1.º ano do Curso de Bacharelado.
- PORTARIA N.º 2/15-A, de 20-1-1953: — Tornando sem efeito a Portaria N.º 2/15, de 10-1-1953, na parte relativa a um dos alunos, e suspendendo por quinze dias, a partir de 1-3-1953, o outro aluno a que se referiu a mesma Portaria n.º 2/15.
- PORTARIA N.º 3/15, de 24-3-1953: — Exonerando, a pedido, d. Olga Gifoni das funções de servente diarista, a partir de 2-2-53.
- PORTARIA N.º 4/15, de 3-6-1953: — Nomeando o doutor Nicolau Nazo, pelo prazo de dez anos, para o cargo de livre-docente da Cadeira de Direito Internacional Privado, em virtude de sua aprovação no concurso realizado de 28-4-1953 a 6-5-1953.
- PORTARIA N.º 5/15, de 8-6-1953: — Nomeando o doutor Antonio Chaves, pelo prazo de dez anos, para o cargo de livre-docente da Cadeira de Direito Internacional Privado, em virtude de sua aprovação no concurso realizado de 28-4-1953 a 6-5-1953.
- PORTARIA N.º 6/15, de 13-6-1953: — Nomeando o doutor Luiz Araujo Corrêa de Brito, pelo prazo de dez anos, para o cargo de livre-docente da Cadeira de Direito Internacional Privado, em virtude de sua aprovação no concurso realizado de 28-4-53 a 6-5-1953.
- PORTARIA N.º 7/15, de 22-6-1953: — Designando d. Thereza Nazareth para exercer as funções de servente diarista.
- PORTARIA N.º 8/15, de 5-8-1953: — Designando d. Laura de Arruda Lopes para exercer as funções de servente diarista.
- PORTARIA N.º 9/15, de 20-8-1953: — Concedendo ao professor Jorge Americano 180 dias de licença para tratamento de saúde.
- PORTARIA N.º 10/15, de 15-9-1953: — Exonerando, a pedido d. Ida Bottini das funções de servente diarista.
- PORTARIA N.º 10/15-A, de 21-9-1953 — Nomeando o doutor Moacyr Amaral Santos, pelo prazo de dez anos, para o cargo de livre-docente da Cadeira de Direito Judiciário Civil, em virtude de sua aprovação no concurso realizado de 8 a 16 de junho de 1953.



**PORTARIA N.º 11/15, de 1-10-1953** — Designando d. Dirce Aparecida Bottini para as funções de servente diarista.

**PORTARIA N.º 12/15, de 19-11-1953** — Nomeando o doutor José Frederico Marques, pelo prazo de dez anos, para o cargo de livre-docente da Cadeira de Direito Judiciário Penal, em virtude de sua aprovação no concurso realizado de 3 a 12 de novembro de 1953.

**PORTARIA N.º 13/15, de 7-12-1953** — Designando d. Yvone Demetri Banduk para exercer, a partir de 1-12-1953, a chefia da Biblioteca-Circulante, durante o impedimento de d. Regina Célia Porto Macedo.

**CORPO DISCENTE**  
**Curso de bacharelado**

**Curso diurno**

	Sexo masculino	Sexo feminino	TOTAL
1.º ANO: Alunos sem dependência	204	52	256
Alunos dependentes ..	161	22	183
	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>
	365	74	439
2.º ANO: Alunos sem dependência	239	59	298
Alunos dependentes ..	76	5	81
	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>
	315	64	379
3.º ANO: Alunos sem dependência	178	47	225
Alunos dependentes ...	160	20	180
	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>
	338	67	405
4.º ANO: Alunos sem dependência	281	50	331
Alunos dependentes	57	5	62
	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>
	338	55	393
5.º ANO: Alunos matriculados	121	16	137
			<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>
<b>Total geral das Matriculas</b>	<b>Excluindo Dependências</b>	<b>Total de Dependências</b>	
1.º ANO .. .... 439	256	183	
2.º ANO .. .. 379	298	81	
3.º ANO .. .. 405	225	180	
4.º ANO .. .. 393	331	62	
5.º ANO .. .. 137	137	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	
	<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>		
1.753	1.247	1247	506
		506	
		<hr style="width: 50%; margin: 0 auto;"/>	
<u>1.753</u>	<u>1.753</u>		

**Curso noturno**

	Sexo masculino	Sexo feminino	TOTAL
1º ANO: Alunos sem dependência ...	102	17	119
Alunos dependentes .... ..	121	6	127
	<u>123</u>	<u>23</u>	<u>246</u>
2º ANO: Alunos sem dependência	183	14	197
Aunos dependentes	67	1	68
	<u>250</u>	<u>15</u>	<u>265</u>
3º ANO: Alunos sem dependência	143	5	148
Alunos dependentes .....	146	10	156
	<u>289</u>	<u>15</u>	<u>304</u>
4º ANO: Alunos sem dependência	214	24	228
Alunos dependentes .....	78	4	82
	<u>292</u>	<u>18</u>	<u>310</u>
5º ANO: Alunos matriculados	147	7	154

	Total geral das Matriculas	Excluindo Dependências	Total de Dependências
1.º ANO .. ..	246	119	127
2.º ANO .. ..	265	197	68
3.º ANO .. ..	304	148	156
4.º ANO .. ..	310	228	82
5.º ANO	154	154	
	<u>1.279</u>	<u>846</u>	<u>433</u>
		846	433
	<u>1.279</u>	<u>1.279</u>	



**Resultado do concurso de habilitação:**

**Aprovados: 326**

Sexo masculino .....	260
Sexo feminino:	66

**Candidatos reprovados:**

Sexo masculino:	550
Sexo feminino: ...	31

**Candidatos desistentes:**

Sexo masculino: ...	64
Sexo feminino: ...	5

## CURSO DE DOUTORADO

### 1º ANO

<i>Cadeiras</i>	<i>Catedráticos</i>
Direito Publico (Teoria Geral do Estado e Partes Especiais)	Dr. Vicente Ráo
História do Direito Nacional	Dr. Waldemar Ferreira
Direito Civil Comparado	Dr. Alvino Lima
Criminologia	Dr. Basileu Garcia

### 2º ANO

Economia e Legislação Social	Dr. J. C. de Ataliba Nogueira
Direito Público Internacional	Dr. Braz de S. Arruda
Filosofia do Direito	Dr. Miguel Reale

### Matrículas no Curso de Doutorado

#### 1º ANO

Sexo masculino: . . . . .	156
Sexo feminino: . . . . .	15
<b>TOTAL DE MATRÍCULAS:</b>	<b>171</b>

#### 2º ANO

Sexo masculino: .. . . .	7
Sexo feminino: ... . . . .	2
<b>TOTAL DE MATRÍCULAS: ..</b>	<b>9</b>

## COMEMORAÇÕES E SOLENIDADES

- 10 DE ABRIL — Aula de abertura dos cursos jurídicos proferida pelo professor J. J. Cardozo de Mello Neto, que discorreu sobre o tema “Almeida Nogueira e a Cadeira de Economia Política na Faculdade de Direito”.
- 8 DE JUNHO — Sessão solene da Congregação, em que foi conferido ao professor A. de Sampaio Dória o título de professor emérito, tendo sido saudado pelo professor José Soares de Mello.
- 11 DE AGOSTO — Solenidades comemorativas do 126º aniversário da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil:  
— às 10,00 horas — missa.  
— às 21,00 horas — sessão solene da Congregação.
- 17 DE OUTUBRO — Sessão em que foi conferido o título de doutor “honoris causa” ao professor Camilo Barcia Trelles, da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, e ao professor Luigi Bagolini, da Faculdade de Direito da Universidade de Gênova.
- 10 DE NOVEMBRO — Sessão em que foi conferido ao professor Belezza dos Santos, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra o Título de doutor “honoris causa”.
- 12 DE NOVEMBRO — Homenagem à memória do professor Reynaldo Porchat:  
— às 10,00 horas — missa;  
— às 11,00 horas — sessão solene, tendo feito o elogio fúnebre o professor Waldemar Ferreira.
- 14 DE NOVEMBRO — Sessão solene de encerramento do curso jurídico, em que foi conferido ao professor José Joaquim Cardozo de Mello Neto o título de Professor Emérito, sendo saudado pelo professor Theotônio Monteiro de Barros Filho.

## NOMEAÇÕES E DESIGNAÇÕES DE FUNCIONARIOS

- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 24-1-1953, publicado em 27-1-1953, nomeando d. Celina Christiana de Sousa para, em estágio probatório, exercer o cargo de bibliotecário-chefe.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 10-2-1953, publicado em 12-2-1953, admitindo d. Drinadir Coelho para as funções de auxiliar de documentação, extranumerário mensalista.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 22-5-1953, publicado em 23-5-1953, admitindo d. Vera Ana Maria Centin para as funções de bibliotecário-auxiliar, extranumerário mensalista.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 5-6-1953, publicado em 7-6-1953, admitindo d. Rosmunda Angeli Barbosa Correia para as funções de auxiliar técnico, extranumerário mensalista.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 10-6-1953, publicado em 12-6-1953, admitindo d. Regina Célia Porto Macedo para as funções de bibliotecário-auxiliar, extranumerário mensalista.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 17-6-1953, publicado em 19-6-1953, designando d. Eunice Rheinfranck Ribeiro Costa para as funções de bibliotecário-auxiliar, extranumerário mensalista.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 17-6-1953, publicado em 19-6-1953, designando d. Mathilde Wendel Nunes de Amaral para as funções de bibliotecário-auxiliar, extranumerário mensalista.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 31-7-1953, publicado em 9-8-1953, designando d. Maria Thereza Motta para as funções de auxiliar de documentação, extranumerário mensalista.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 3-9-1953, publicado em 9-9-1953, admitindo d. Odila Jahyr de Oliveira para as funções de auxiliar-técnico, extranumerário mensalista.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR, de 15-9-1953, publicado em 17-9-1953, nomeando o Snr. Geraldo de Castro Arantes para exercer, em estágio probatório, o cargo de contínuo.



## LICENÇAS, AFASTAMENTOS E EXONERAÇÕES DE FUNCIONÁRIOS

- DECRETO DO SR. GOVERNADOR, de 3-1-1953, publicado a 4-1-1953, exonerando o Snr. Antonio Constantino do cargo de bibliotecário-chefe.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 25-2-1953, publicado a 26-2-1953, concedendo 730 dias de licença a d. Cloris Della Corte, es-  
criturário classe "F".
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 18-3-1953, publicado a 19-3-1953, concedendo 730 dias de licença a d. Célia Souza Queiroz do Amaral, funcionária do Hospital das Clinicas em exercício nesta Faculdade.
- PORTARIA DO MAGNÍFICO REITOR, de 18-3-1953, publicado a 19-3-1953, prorrogando pelo prazo de 1 ano o afastamento de d. Maria Rita Franco Fonseca, funcionária da Reitoria da Universidade de São Paulo, a fim de continuar à disposição desta Faculdade.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 25-3-1953, publicado a 27-3-1953, concedendo 90 dias de licença-prêmio ao Snr. Manoel Ribeiro de Almeida, servente Classe "D".
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 15-4-1953, publicado a 18-4-1953, concedendo 90 dias de licença-prêmio ao Snr. Edgard Silvestre da Penha, inspetor de alunos classe "G".
- ATO DO SNR. GOVERNADOR, de 3-6-1953, publicado a 6-6-1953, prorrogando o afastamento do Snr. Guilherme de Almeida do cargo de secretário, lotado na Secretaria de Estado dos Negócios do Governo, até 31-12-1953, para prestar serviços junto a esta Faculdade.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 16-7-1953, publicado a 18-7-1953, concedendo 90 dias de licença-prêmio ao Snr. Edgard Silvestre da Penha, inspetor de alunos classe "G".
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR, de 17-7-1953, publicado a 21-7-1953, rescindindo, a pedido, o contrato de d. Maria das Dores de Carvalho Collet e Silva, levado a efeito por ato de 21, publicado a 23-2-1952, a fim de prestar serviços técnicos junto a esta Faculdade.

- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 27-8-1953, publicado a 1º-9-1953, concedendo 30 dias de licença a d. Vera de Almeida Sampaio, auxiliar técnico.
- DECRETO DO SNR. GOVERNADOR**, de 2-9-1953, publicado a 3-9-1953, tornando sem efeito o decreto de 28, publicado a 29-11-1950, que concedeu a d. Neusenice de Azevedo Barreto, escriturário classe “E”, afastamento por 2 meses, a fim de ficar à disposição da Secretaria da Justiça e Negócios do Interior, declarando, outrossim, sem efeito o decreto de 16, publicado a 17-1-1951, que prorrogou por mais 2 meses o afastamento supra mencionado.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 3-9-1953, publicado a 9-9-1953, concedendo 90 dias de licença-prêmio a d. Conceição Negrão, bibliotecário-auxiliar, padrão “M”.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 28-9-1953, publicado a 2-10-1953, concedendo ao Sr. Jerônimo Teixeira da Silva, inspetor de alunos, chaste “K” 180 dias de licença-prêmio e determinando o pagamento da importância relativa ao padrão de vencimentos do mesmo funcionário, correspondente a igual período.
- PORTARIA DO VICE-REITOR**, n.º 91, de 14-10-1953, publicada a 17-10-1953, prorrogando pelo prazo de 1 ano o afastamento em que se encontra d. Enedina Lisboa, auxiliar de documentação, padrão “L”, a fim de continuar à disposição da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 30-11-1953, publicado a 2-12-1953, concedendo 90 dias de licença-prêmio ao Sr. Edgard Silvestre da Penha, inspetor de alunos classe “J”.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 30-11-1953, publicado a 2-12-1953, concedendo 60 dias de licença a d. Maria José da Luz Vaz, extranumerário contratado.
- ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 20-11-1953, publicado a 3-12-1953, concedendo a d. Lourdes Negrão, extranumerário contratado, 19 dias de licença.
- PORTARIA DO MAGNÍFICO REITOR**, n.º 118, de 4-12-1953, publicada a 5-12-1953, pondo à disposição desta Faculdade o Sr. Waldemar Guilherme, funcionário da Reitoria da Universidade de São Paulo.
- PORTARIA DO MAGNÍFICO REITOR**, de 3-12-1953, publicada a 6-12-1953, pondo à disposição desta Faculdade, até 31-12-1953, o Sr. Breno Silveira, extranumerário contratado da Reitoria da Universidade de São Paulo.

**ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 16-12-1953, publicado a 19-12-1953, concedendo 30 dias de licença ao Snr. Manoel Ribeiro de Almeida, continuo classe "H".

**ATO DO MAGNÍFICO REITOR**, de 17-12-1953, publicado a 19-12-1953, tornando sem efeito o ato de 30-11-1953, publicado a 3-12-1953, que concedeu a d. Lourdes Negrão, extranumerário contratado, 19 dias de licença.

**PORTARIA DE VICE-REITOR**, n.º 21, de 4-3-1953, publicada a 20-3-1953, pondo à disposição desta Faculdade o Snr. Henrique Scalfi, contador, lotado na Reitoria da Universidade de São Paulo.

## BIBLIOTECA CIRCULANTE

### Relatório

Durante o ano de 1.953 o movimento da Biblioteca Circulante foi o seguinte:

**ACERVO:** Foram registrados 2.794 livros e revistas, atingindo o número de 8.632 o total de obras registradas.

Foram adquiridas por compra 367 volumes e 352 por doação. As demais obras entradas eram duplicatas da Biblioteca fixa.

Entre os doadores merecem destaque especial o senhor doutor Prof. Braz de Souza Arruda, Centro Acadêmico XI de Agosto e Biblioteca Central da Universidade de São Paulo.

**PREPARO DE LIVROS:** A classificação e o preparo de livros para empréstimo acha-se perfeitamente em dia, estando em circulação todo o acervo da Biblioteca.

A catalogação foi iniciada, contando a Biblioteca com 1.300 livros catalogados. Para catálogo do público foram feitas 1.088 fichas.

**INSCRIÇÕES:** Inscreveram-se 518 leitores, subindo a 2.030 o número de leitores inscritos.

**EMPRÉSTIMOS:** O total de obras emprestadas foi de 19.885, assim distribuídos:

Por língua:

	Port.	Ing.	Fr.	Cast.	Ital.	Alem.	Outras	Total
DIREITO	12.406	52	724	186	116	2	5	13.491
GERAL	17.494	346	1392	391	205	2	55	19.885

Por assunto:

### Direito

Direito em geral ...	319
Filosofia de Direito .. ..	427
Medicina Legal	257

Direito Internacional Pub. .. .	362
Direito Internacional Priv. ....	323
Direito Constitucional .	1097
Processo Penal .. ..	1180
Direito Penal ..	1703
Jurisprudência .... ..	81
Direito Civil ..	2534
Direito Comercial .. ..	1729
Processo Civil e Comercial ..	1772
Direito Romano . .. .	475
Direito Administrativo	214
Direito Social ..	1018
<hr/>	
Total .. . . . .	13491

**Geral**

Obras Gerais ..	30
Filosofia .	937
Religião .. ..	51
Ciências Sociais (incl. dir.)	15304
Filologia .. ..	696
Ciências Puras ..	12
Ciências Aplicadas	7
Belas Artes .. ..	6
Literatura ..	2201
História, Geografia, Biografia	641
<hr/>	
Total .. . . . .	19885

Por mês:

**Direito**

Janeiro	541	790
Fevereiro ..	256	375
Março	832	1215
Abril ..	938	1345
Maió .... .	1357	1994
Junho ....	1795	2432
Julho .. ..	—	—
Agosto .	1536	2372

Setembro ..	1654	2578
Outubro	1474	2269
Novembro	1817	2513
Dezembro	1291	2002
	<hr/>	<hr/>
Totais	13491	19885
	<hr/>	<hr/>

A Bibliotéca permaneceu fechada de 24 de janeiro a 18 de fevereiro e durante o mês de Julho.

O total de volumes emprestados passou de 10.508 volumes em 1952, para 19.885 neste ano, o que representa um aumento de 90%; outrossim o empréstimo de obras de direito aumentou de 81%, passando de 7.472 em 1952, para 13.491 volumes emprestados. O quadro abaixo discrimina, mês por mês, o movimento de empréstimos da Bibliotéca nos anos de 1952 e 1953.

Mês	Direito		Geral	
	1952	1953	1952	1953
Janeiro	354	541	437	790
Fevereiro	231	256	327	375
Março	507	832	704	1215
Abril	655	938	874	1345
Maio	739	1357	1042	1994
Junho	850	1795	1106	2432
Julho	—	—	—	—
Agosto	682	1536	1025	2372
Setembro	888	1654	1362	2578
Outubro	776	1474	1186	2269
Novembro	989	1817	1314	2513
Dezembro	801	1291	1131	2002
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
Totais	7472	13491	10508	19885
	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>

**ENCADERNAÇÃO:** Foram encadernados 538 volumes, sendo 505 por meio de concorrência pública, e 33 nas oficinas da Bibliotéca.

**HORÁRIO:** A Bibliotéca Circulante funciona todos os dias úteis das 8 às 19 horas, ininterruptamente. Aos sábados o horário é de 9 às 12 horas.

### Correspondência expedida

A Reitoria da Universidade .. .. .	298	ofícios
A Diversos .. .. .	149	ofícios
Aos Professôres e Funcionários da Faculdade	255	ofícios
Ao Governo do Estado .. .. .	45	ofícios
Ao Governo Federal .. .. .	81	ofícios
Aos alunos e Centro Acadêmico XI de Agôsto	38	ofícios
As Faculdades .. .. .	43	ofícios
<b>TOTAL</b> .. .. .	<b>909</b>	<b>ofícios</b>

### Correspondência recebida

Da Reitoria da Universidade .. .. .	232	ofícios
De Diversos .. .. .	281	ofícios
Do Governo do Estado .. .. .	19	ofícios
Do Governo Federal .. .. .	52	ofícios
Dos Professôres e Funcionários da Faculdade	34	ofícios
Dos alunos e Centro Acadêmico XI de Agôsto .. .. .	10	ofícios
Da Biblioteca da Faculdade .. .. .	3	ofícios
Das Faculdades .. .. .	59	ofícios
<b>TOTAL</b> .. .. .	<b>690</b>	<b>ofícios</b>

### Diversos

Editais .. .. .	14
Noticias aos Jornais .. .. .	14
Portarias do Snr. Diretor .. .. .	12
Históricos escolares .. .. .	317
Requerimentos protocolados	3831

• • •

## **Biblioteca Fixa**

### **Relatório**

#### **Frequência e consultas**

##### **Período diurno**

Registraram-se 12.410 consultas, tendo sido 9.427 estudantes e 2.983 estranhos, conforme discrimina o mapa em anexo.

##### **Período noturno**

Registraram-se 5.974 consultas, tendo sido 4.542 estudantes e 1.432 estranhos.

##### **Funcionamento da consulta**

Foi o seguinte o horário da consulta no período diurno: Dias úteis das 9 às 12 e das 14 às 17 horas, sendo as 2 horas de interrupção, correspondentes ao período do almoço. Aos sábados, das 9 às 12 horas.

##### **Período noturno**

O horário da consulta foi das 19 às 22 horas, não funcionando aos sábados.

##### **Catálogos**

Continuaram intensivamente os trabalhos de catalogação, classificação e fichagem dos volumes entrados.

##### **Obras entradas**

Entraram 4.631 obras, das quais 1.390 por compra, 2881 por doação e 360 por permuta.

##### **Encadernação**

Foram executadas na oficina anéxa à Biblioteca, 492 encadernações. Foram encadernados fóra, mediante concorrência, 815 volumes.



**Seção bibliátrica**

Continuaram regularmente a desinfeção e a conservação dos volumes aqui existentes.

**Assinaturas de revistas nacionais e estrangeiras**

Para o ano de 1953 tomaram-se as seguintes assinaturas, mediante autorização da Diretoria da Faculdade:

- “Annales de Médecine Légale” — Paris — França.
- “Annales de l'Université de Paris” — Paris — França.
- “Archivio Giuridico Filippo Serafini” — Pisa — Italia.
- “Direito, Doutrina, Legislação, Jurisprudencia, de Clovis Beviláqua”  
— Rio de Janeiro.
- “Il Diritto del Lavoro” — Roma — Italia.
- “Esprit” — Paris — França.
- “Europe” — Paris — França.
- “Journal de Droit International” — Paris — França.
- “Mercure de France” — Paris — França.
- “Nuova Antologia” — Roma — Italia.
- “Recueil des Cours” — Paris — França.
- “Revue Critique de Droit International Privé” — Paris — França.
- “Revue des Deux Mondes” — Paris — França.
- “Revue de Droit Public et de la Science Politique” — Paris —  
França.
- “Revue d'Economie Politique” — Paris — França.
- “Revue Générale de Droit International Public” — Paris — França.
- “Revue Internationale du Travail” — Genève — Suissa.
- “Revue de Métaphysique et de Morale” — Paris — França.
- “Revue Philosophique” — Paris — França.
- “Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé” — Paris.
- “Revue Trimstriele de Droit Commercial” — Paris — França.
- “Rivista de Diritto Commerciale” — Milano — Italia.
- “Rivista de Diritto Processuale Civile” — Padova — Italia.
- “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto” — Roma — Italia.
- “Revista Fiscal e de Legislação da Fazenda” — Rio de Janeiro.
- “Scuola Positiva” — Rivista di Diritto e Prozedura Penale —  
Milano — Italia.
- “Trabalho e Seguro Social” — Rio de Janeiro.

**Assinaturas de jornais nacionais e estrangeiros**

“Le Figaro — Paris — França.

“Le Figaro Litteraire” — Paris — França.

“Jornal do Comércio” — Rio de Janeiro.

“Correio da Manhã” — Rio de Janeiro.

“Diário Oficial da União” — Seções I, II, III e IV.

“Diário da Justiça” — Rio de Janeiro.

“Diário do Congresso Nacional” — Rio de Janeiro.





## Í N D I C E



### HOMENAGEM

Prof. Dr. Gabriel de Rezende Filho .....	9
Prof. Dr. Mário Masagão .....	13
Prof. Dr. Lino de Moraes Leme .....	17
Prof. Dr. Noé Azevedo .....	19
Prof. Dr. Honório Fernandes Monteiro .....	23
Prof. Dr. Antônio Ferreira de Almeida Júnior .....	25
Prof. Emérito Dr. Reynaldo Porchat .....	37
Prof. Dr. Gofredo da Silva Teles Júnior .....	45

### DOCTRINA

Curso de Direito Comercial — <b>Brasílio Machado</b> .....	51
A administração de Sociedades por Quotas Constituídas ou de que Outros Sociedades Participem — <b>Waldemar Ferreira</b> .....	151
As Transformações do Direito da Família — <b>Lino de Moraes Leme</b> .....	166
O Ensino do Direito — <b>Cesarino Júnior</b> .....	180
Concreção de Fato, Valor e Norma — <b>Miguel Reale</b> .....	190
A Verificação da Periculosidade — <b>A. Almeida Júnior</b> .....	221
Liberdade de Radiofusão — <b>José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos</b> .....	259
Prova — <b>Vicente de Azevedo</b> .....	285
O Direito Romano Vivo — <b>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</b> .....	297
Da Fiança e de Alguns dos Benefícios do Fiador — <b>Moacir Amaral Santos</b> .....	309

<b>José Luís de Almeida Nogueira, A Academia de São Paulo. Tradições e Reminiscências... — Waldemar Ferreira .....</b>	<b>516</b>
<b>Agustin Diaz Biolet — El Derecho Romano en la Obra de Velez Sarsfield — Alexandre Augusto de Castro Correia .....</b>	<b>517</b>
<b>Agustin Diaz Biolet — Fas, Jus Gentium y Jus Naturale — Alexandre Augusto de Castro Correia .....</b>	<b>520</b>

#### **RELATÓRIO DAS ATIVIDADES DA FACULDADE**

Congregação — Resoluções .....	529
Conselho Técnico-Administrativo — Deliberações .....	542
Nomeações, Designações, Comissionamentos, Licenças Referentes a Professôres .....	551
Contratos de Professôres Estrangeiros .....	557
Portarias do Senhor Diretor .....	558
Corpo Discente .....	560
Curso de Doutorado .....	564
Comemorações e Solenidades .....	565
Nomeações e Designações de Funcionários .....	566
Licenças, Afastamentos e Exonerações de Funcionários .....	567
Biblioteca Circulante — Relatório .....	570
Biblioteca Fixa — Relatório .....	574







## 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)).