



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO



1960

VOLUME LV

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR BRAZ DE
SOUSA ARRUDA PELA COMEMORAÇÃO DO SEU
QUADRAGÉSIMO ANIVERSÁRIO DE CÁTEDRA



Revista
da
Faculdade de Direito

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA

VICE DIRETOR

DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. MIGUEL REALE
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO
DR. LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR
DR. ALFREDO BUZAID
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1869-1944)

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA (1869-1957)
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1953)
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)
DR. CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELO NETO
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA

PROFESSORES JUBILADOS

DR. J. J. CARDOSO DE MELO NETO
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA
DR. ALEXANDRE CORREIA
DR. LINO DE MORAES LEME
DR. ALVINO FERREIRA LIMA

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA de Direito Internacional Público
DR. VICENTE RAO de Direito Civil
DR. MÁRIO MASAGAO de Direito Administrativo
DR. JORGE AMERICANO de Direito Civil
DR. ERNESTO DE MORAES LEME de Direito Comercial.
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO de Direito Comercial
DR. NOÉ AZEVEDO de Direito Penal
DR. JOSÉ SOARES DE MELO de Direito Penal
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR de Legislação Social
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. 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 MOTA FILHO de Direito Constitucional
DR. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado
DR. LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL de Direito Judiciário Civil
DR. GOFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR de Introdução à Ciência do Direito
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial
DR. ALFREDO BUZUID de Direito Judiciário Civil
DR. MOACIR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
DR. NICOLAU NAZO de Direito Civil

DOCENTES LIVRES

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOSO DE MELO de Direito Judiciário Penal
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS de Direito Judiciário Civil
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES de Direito Civil
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil
DR. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal
DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR de Direito Constitucional
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e Economia Política
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Internacional Privado
DR. LUIS ARAÚJO CORRÊA DE BRITO de Direito Internacional Privado
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal
DR. ALBERTO MONIZ DA ROCHA BARROS de Introdução à Ciência do Direito
DR. VICENTE MAROTA RANGEL de Direito Internacional Público
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil
DR. JOSÉ LUIS DE ALMEIDA NOGUEIRA PORTO de Economia Política
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política
DR. CAIO PRADO JÚNIOR de Economia Política
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil
DR. JOSÉ GLÁUCIO VEIGA de Economia Política
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial
DR. FILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA de Direito Administrativo
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil
DR. LUIS AMBRA de Direito Judiciário Civil
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR de Medicina Legal
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil
DR. MANUEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal

SECRETÁRIO

SR. FLÁVIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

1960
VOLUME LV

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR BRAZ DE
SOUSA ARRUDA PELA COMEMORAÇÃO DO SEU
QUADRAGÉSIMO ANIVERSÁRIO DE CÁTEDRA



COMISSÃO DE REDAÇÃO

PROFESSORES:

Dr. Basileu Garcia

Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira

Dr. Miguel Reale

SECRETÁRIA DE REDAÇÃO:

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 PROFESSOR BRAZ DE SOUSA ARRUDA PELA COMEMORAÇÃO DO SEU QUADRAGÉSIMO ANIVERSÁRIO DE CÁTEDRA.

1960

São Paulo



Professor Braz de Sousa Arruda

1 — O professor BRAZ DE SOUSA ARRUDA nasceu aos 3 de fevereiro de 1895, na cidade de Campinas, onde seu pai, o eminente professor JOÃO ARRUDA, era então Juiz de Direito. Na família de que descende, figuram, entre outros nomes ilustres, os de seus tios BRAZ BARBOSA DE OLIVEIRA ARRUDA, LUÍS BARBOSA DA SILVA e ANTÔNIO BARBOSA DA SILVA, o de seu avô dr. BRAZ BARBOSA DA SILVA, seu bisavô comendador ANTÔNIO BARBOSA DA SILVA, bem como os dos desembargadores BARBOSA NOGUEIRA e INÁCIO ARRUDA (do Tribunal de São Paulo), e o do dr. EUZÉBIO BARBOSA DE QUEIRÓS MATOSO, — todos antigos alunos da Faculdade de Direito de São Paulo.

Criado em Ribeirão Preto, fêz exame de admissão ao Ginásio do Estado, cursando, a seguir, o Ginásio Silvio de Almeida, de onde se transferiu para o Ginásio de Ciências e Letras, naquela época dirigido por LUÍS ANTÔNIO DOS SANTOS. Concluídos com brilho os estudos propedêuticos, prestou exame de ingresso à Faculdade de Direito, exame para cujo êxito concorreu, sem dúvida, a orientação que lhe proporcionou, nos seus estudos de Filosofia e Latim, o preclaro mestre JOÃO MENDES JÚNIOR. Êste último, bem como PEDRO LESSA e JOÃO ARRUDA, foram, ao que diz o prof. BRAZ ARRUDA, os seus guias espirituais.

No curso acadêmico, onde teve por colegas de turma AMILCAR DE CASTRO, FLÁVIO GUIMARÃES, CIRO DE FREITAS VALE, JÚLIO DE MESQUITA FILHO, PLÍNIO BALMaceda CARDOSO, MÁRIO DE SOUZA LIMA, PLÍNIO GOMES BARBOSA, JOSÉ DA COSTA SILVA SOBRI-NHO e outros, destacou-se, por seu amor ao estudo, como, aluno sempre distinto e sempre premiado. Colou grau em 1916.

2. Em 1917, logo depois de formado, disputou em concurso, a cátedra de Economia Política, Finanças e Direito

Administrativo. Sua aprovação, unânime, valeu-lhe o título de livre docente da Faculdade.

Apresentou-se de novo a concurso, em 1919, para as cadeiras de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Constitucional. Aprovado e classificado em primeiro lugar, fixou-se, por decreto de 1925, na cadeira de Direito Internacional Público, que rege. Desde então até hoje, tem também ensinado, em caráter interino, quase tôdas as demais disciplinas, inclusive as do curso de doutorado.

3. A política interessou-o desde a vida acadêmica, durante a qual ocupou mesmo o cargo de secretário do Centro Acadêmico Onze de Agôsto. Tomou parte, então, nos diversos movimentos cívicos da época, mormente quando a mocidade se erguia para formar ao lado de RUI BARBOSA. Posteriormente, batalhou com a juventude das escolas superiores paulistas pela candidatura de LUÍS PEREIRA BARRETO. No Partido Democrático, bateu-se ativamente pelo triunfo da revolução de 1930. Em 1932, apesar de doente, manifestou solidariedade para com a revolução constitucionalista. Mais tarde fêz parte do Conselho Administrativo do Estado.

4. Em relação à cadeira de Direito Internacional, que ocupa, o mais importante trabalho do professor BRAZ DE SOUSA ARRUDA é a série de preleções por êle feitas no curso de doutorado, e que, sob o título de “Estrutura do Direito Internacional”, esta Revista publicou no fascículo II do volume 34 (1938), e reeditou no fascículo III do volume 36 (1941). São 138 páginas substanciais, de riquíssima erudição e de aguda crítica. “Limitam-se, geralmente, os professôres de Direito Internacional a ensinar princípios consagrados (diz o A.) e a defender os interesses dos poderosos, não concorrendo em nada para o progresso do ramo do Direito que ensinam. O mestre honesto e consciencioso deve criticar o Direito Internacional existente, e obrigar o aluno a refletir sôbre seus princípios fundamentais.” Fi-

xada assim a sua attitude, examina o A. os tópicos essenciais da disciplina, quer na sua feição didáctica, quer na sua evolução histórica.

5. Outra produção do professor BRAZ DE SOUSA ARRUDA, justamente louvada, é a que versa o problema de “A Mulher na Diplomacia”, com que encerrou os cursos jurídicos da Faculdade de Direito, em 21 de novembro de 1931 (Revista da Faculdade, volume 27). Examina o assunto ajudado por inexgotável erudição, e firma ponto de vista inteiramente a favor da admissão da mulher na função diplomática. “GAMA LOBO (escreve êle), após enumerar casos de mulheres diplomatas, diz que os nossos hábitos e a educação que damos às mulheres, parecem reprovar a admissão destas pessoas para o exercício das funções diplomáticas. Essa objecção é fraquíssima, pois argumentava GAMA LOBO com a educação das mulheres portuguezas de seu tempo, beatas, cheias de preconceitos obsoletos, escravizadas ao homem, esquecendo-se contudo de que há países em que as mulheres são educadas e livres, e outros em que são mais instruídas do que os próprios homens: — haja vista os Estados Unidos.” Mais adiante, declara ainda: “A diplomacia nada mais é do que a aplicação da intelligência e do tacto às relações entre os Estados e a arte de conciliar os interesses do país com os do Estado junto ao qual o agente está acreditado, e com os da sociedade cosmopolita, cultivando um espirito, uma mentalidade internacional. Ora, para realizar esta missão, parece-me, nada falta à mulher: — intelligência e tacto, eis as qualidades essenciais ao diplomata” A êste propósito, assevera mesmo: “Em um ponto, a mulher é superior ao homem, no tacto na habilidade, na astúcia, no que poderíamos chamar — Maquiavelismo, e no seu horror à violência, à brutalidade, no amor profundo à paz: — qualidades fundamentais para a diplomacia.”

6. Neste e em outros trabalhos, toma o professor BRAZ DE SOUSA ARRUDA posição definida contra a guerra. “A

guerra ameaça o mundo, e a guerra futura será o cemitério da civilização”, diz êle em 1931, citando HOOVER quando ainda ninguém pensava na bomba atômica. A seguir, apoiando HENRI LE WITA, afirma, muito antes dos bombardeios de Varsóvia, de Rotterdam, de Londres ou de Colonia: “a luta entre as nações, que era até há pouco feita entre fôrças armadas, será de hoje em diante dirigida contra os não combatentes, contra as populações inermes.” Por isso, “é necessário acabar com a guerra, pô-la fora da lei, e isso só será possível pela aducação e esclarecimento das massas, pelo desenvolvimento de uma opinião pública mundial contra a guerra, pela formação do espírito internacional, pela tríplice aliança dos intelectuais honestos, das mulheres e da mocidade.”

7. Preocupação também frequente no professor BRAZ ARRUDA é a que se relaciona com a educação em todos os níveis, desde o elementar até o universitário. Em “O Problema Universitário”, de 1929, escreve: “Nenhum progresso em matéria de ensino é possível enquanto predominar entre nós o sistema de reformas parciais, mormente feitas por pessoas que desconhecem os mais rudimentares princípios da pedagogia.” E, mais adiante: “E’ preciso difundir o ensino primário, contando-se com uma ação conjunta da união e dos estados, do município e dos particulares.” Tratando da escola secundária, diz: “Na escola secundária vai (o menino) desenvolver o seu espírito e habilitar-se para um ofício (função seletiva).” Nessa escola, “nada de programas formidáveis e indigestos”. “A educação consistirá principalmente em desenvolver a reflexão, o espírito crítico, o raciocínio, o amor ao estudo, à leitura. Nada de preleções.”

Quanto ao grau superior, “seria absurdo para as universidades ficarem isoladas no meio das comoções e transformações que se operam nos povos; não são máquinas de doutorar, mas sim crisol de homens, focos de pensamento renovador e de fôrças espirituais.” “A universidade deve

socializar a cultura e vincular os povos.” Será necessário renovar os processos didáticos: “o seminário significa uma nova orientação, que FICHTE caracterizou dizendo que sua finalidade é formar o espírito científico.” “A importância do seminário é enorme, pois o livro tornou inútil a universidade clássica.”

Nesse mesmo trabalho, mostra-se favorável à participação dos alunos na direção das universidades, e fixa, como uma de suas conclusões: “estabelecer os cursos de seminários, desenvolver a investigação, abolir os exames finais e os concursos.” No ano, ainda, de 1920, relatando um parecer sobre sugestões do Centro Acadêmico Onze de Agosto (parecer que os profs. WALDEMAR FERREIRA, VICENTE RÁO e SAMPAIO DORIA subscreveram), oferece-se, com tôda a comissão, “para, de acôrdo com os estudantes, iniciar desde logo a reorganização da biblioteca e as medidas indispensáveis para a adoção dos novos métodos nesta Academia, por meio de conferências, inquéritos, análises de livros e revistas, da confecção e discussão de teses, etc.”

Além dos trabalhos comentados possui o Prof. BRAZ DE SOUSA ARRUDA extensa bibliografia.

Bibliografia *

LIVROS

- 1 — Concurso de economia política
- 2 — Curso de Direito Internacional na era atômica
- 3 — Deve o salario do operario ser proporcional á renda da terra e ao proveito do capital?
- 4 — Diferença entre direito administrativo e sciencia da administração
- 5 — Discursos academicos
- 6 — Discurso de paranympho proferido na Faculdade de Direito de São Paulo a 11 de dezembro de 1930
- 7 — Jubilação ou disponibilidade
- 8 — Pareceres

* Na redação da bibliografia foi conservada a ortografia dos títulos originaes dos livros e artigos.

- 9 — Preleções de Ciência das Finanças
- 10 — O problema universitario

ARTIGOS

- 1 — O divorcio — Rev./Faculdade de Direito — vol. 23 — 1926 e 1927
- 2 — Apolices de renda perpetua — Rev./Faculdade de Direito vol. 21 — 1913
- 3 — Direito commercial — O Reclamo — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 4 — O reclamo (Direito commercial) — Revista Juridica — vol. 9 — 1918
- 5 — O instituto do Perdão — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 6 — O projeto do senador Herculano de Freitas — vol. 21 — 1913 — Rev./Fac. de Direito
- 7 — Diferença entre direito administrativo e sciencia da administração — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 8 — Empréstimos — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 9 — Estado de sitio e eleições — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 10 — Estado de sitio e eleições (Pareceres) — Revista de Direito — Rio de Janeiro — vol. 49 — 1918
- 11 — Importa à naturalização do pae a do filho menor? — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 12 — A União pôde impôr aos Estados um alistamento para as eleições locais? — Rev./Faculdade de Direito — vol. XXI — 1913
- 13 — Estructura do Direito Internacional (Preleções no Curso de Doutorado) — Rev./Faculdade de Direito — vol. 36 — 1941
- 14 — Crueldade nas guerras — Rev./Faculdade de Direito — vol. 37 — 1942
- 15 — Damnos por operações de guerra — Rev./Faculdade de Direito — vol. 22 — 1914 a 1925
- 16 — Direito internacional publico — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 17 — Discurso proferido ao ser dado á Bibliotheca um exemplar da Conferencia do C. Ruy Barbosa em Buenos Aires — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 18 — A mulher na diplomacia — Rev./Faculdade de Direito — vol. 27 — 1931
- 19 — Pôde o estrangeiro divorciado a vinculo em seu pais contrahir nupcias no Brasil? — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 20 — Progresso e futuro do Direito internacional — Rev./Faculdade de Direito — vol. 23 — 1926 e 1927

- 21 — Repugna ao direito internacional o uso dos submarinos de guerra? — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 22 — Ruy Barbosa e o direito das gentes — Rev./Faculdade de Direito — vol. 40 — 1945
- 23 — Acção social do Estado sobre a instrucção publica — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 24 — A conflagração europea estudada do ponto de vista economico — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 25 — Os crimes e a loucura dos allemães — Conferencia — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 26 — Crises economicas (Economia politica) — Revista Juridica — vol. 9 — 1918
- 27 — A critica de M. Lescure ao meu illustre mestre dr. Almeida Nogueira — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 28 — Da troca, sua noção e definição — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 29 — Deve o salario do operario ser proporcional á renda da terra e ao proveito do capital? — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 30 — Economia politica — Crises economicas — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 31 — Estructura do direito internacional — Prelecções feitas no curso de doutorado — Rev./Faculdade de Direito — vol. 34 — 1938
- 32 — Os grandes problemas economicos — Regeneração economica — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 33 — Guerra civil — Fundamento do direito de revolução — Rev./Faculdade de Direito — vol. 23 — 1926 e 1927
- 34 — O intercambio intellectual com as republicas americanas — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 35 — O interesse economico em relações internacionaes — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 36 — Organização de partidos — Rev./Faculdade de Direito — vol. 23 — 1926 e 1927
- 37 — Papel moeda — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 38 — Post bellum (Economia Politica) — Revista Juridica — Vol. 9 — 1918
- 39 — Post bellum — Dois artigos do professor Gide sobre as condições economicas e financeiras dos aliados após a guerra — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 40 — O projecto do dr. Sampaio Vidal sobre a transformação de nosso systema monetario — vol. 21 — Rev./Faculdade de Direito — 1913
- 41 — Qual o melhor systema tributario — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913

- 42 — Regeneração politica — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 43 — Em relação á parede dos operarios — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 44 — Resumo das preleções de direito internacional publico — Rev./Faculdade de Direito — vol. 23 — 1926 e 1927
- 45 — O socialismo harmonico e a questão social — Rev./Faculdade de Direito — vol. 22 — 1914 a 1925
- 46 — A vida rural na Inglaterra — Rev./Faculdade de Direito — vol. 25 — 1929
- 47 — Antigo São Paulo — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 48 — Uma carta do prof. Braz de Sousa Arruda — Rev./Faculdade de Direito — vol. 53 — 1958
- 49 — O Centenario da Faculdade de Direito de São Paulo — Rev./Faculdade de Direito — vol. 23 — 1926 e 1927
- 50 — O'Connor d'Arlach — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 51 — Diplomacia universitaria academica Argentina no Brasil — Rev./Faculdade de Direito de São Paulo — vol. 21 — 1913
- 52 — Discurso proferido pelo paranympho, na collação de gráu solene a 11 de dezembro de 1940 — Rev./Faculdade de Direito — vol. 26 1930
- 53 — Discurso que deveria ter sido pronunciado na Faculdade de Direito de S. Paulo na recepção do dr. Epitacio Pessoa, e que não o foi por motivo de força maior — Rev./Faculdade de Direito — vol. 22 — 1914 a 1925
- 54 — O estudo do direito no Brasil: as duas Faculdades officiaes — Rev./Faculdade de Direito — 1936
- 55 — A Faculdade de Direito, a Universidade e os problemas do ensino — Rev./Faculdade de Direito — vol. 41 — 1946
- 56 — Homenagens a um jovem escriptor brasileiro — Braz de Sousa Arruda — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 57 — O instituto do perdão — Revista Juridica — vol. 5 — 1917
- 58 — O instituto do perdão — Revista de Direito — Rio de Janeiro — vol. 44 — 1917
- 59 — Intercambio intelectual americano — Revista do Brasil — vol. 17 — 1921
- 60 — João Arruda descreve o sertão paulista — Rev. da Faculdade de Direito — vol. 44 — 1949
- 61 — Manuel Aureliano de Gusmão — Gabriel Monteiro da Silva pinta a vida de um grande mestre — Rev. da Faculdade de Direito — vol. 44 — 1949

- 62 — Parecer sobre as sugestões apresentadas pelo Centro Academico 11 de agosto — Quanto á mudança de horario, abertura e reorganização da Biblioteca — Rev./Faculdade de Direito — vol. 25 — 1929
- 63 — O problema universitario — Rev./Faculdade de Direito — vol. 25 — 1929
- 64 — A Santa Cruzada — Conferencia — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 65 — Os professores Braz de Sousa Arruda, Mota Filho e Gama e Silva agraciados pelo Governo da Espanha — Rev./Faculdade de Direito — vol. 50 — 1955
- 66 — A responsabilidade alleman pela conflagração europea — Rev./Faculdade de Direito — vol. 21 — 1913
- 67 — Três vultos de escol — João Arruda, Manuel Aureliano de Gusmão e Gabriel Monteiro da Silva — Rev./Faculdade de Direito — vol. 44 — 1949
- 68 — O direito internacional e os progressos técnicos — Rev./Faculdade de Direito — vol. 54 — 1959
- 69 — Aula-inaugural do Direito Internacional Público — Rev./Faculdade de Direito — vol. 54-1959
- 70 — Academia Brasileira de Ciências Políticas de Brasília — Rev./Faculdade de Direito — vol. 54 — 1959
- 71 — Recordando os trabalhos de uma comissão — Rev./Faculdade de Direito — vol. 54 — 1959.

8. Em 1949 foi eleito Diretor desta Faculdade tendo sido reeleito em 1952. Sua gestão como diretor foi das mais fecundas tendo o professor Soares de Melo em discurso proferido na Congregação em março de 1954, enumerado e enaltecido suas realizações até essa data. Dêsse discurso, aqui transcrevemos o seguinte trecho:

“O Diretor presidiu durante o ano de 1953 a dezeseite sessões da Congregação e doze do Conselho Técnico Administrativo. Durante o mesmo ano presidiu a sete solenidades conforme vai especificado. (Em 10 de abril aula solene de abertura dos Cursos Jurídicos; em 8 de Junho sessão solene da Congregação, em que foi conferido ao Professor Antônio de Sampaio Dória o título de Professor Emérito, em 11 de Agôsto às solenidades comemorativas do 126.º aniversário da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil; em 17 de Outubro à sessão em que foi conferido o

título de doutor “honoris causa” ao Professor Camilo Barcia Trelles e ao professor Luigi Bagolini, em 10 de novembro sessão em que foi conferido ao Professor José Beleza dos Santos o título de doutor “honoris causa”; em 12 de novembro à sessão solene do encerramento do curso jurídico, em que foi conferido ao Professor J. J. Cardozo de Melo Neto o título de Professor Emérito).

“Durante o ano ainda transato foram realizados nesta Faculdade, com a presidência do Diretor, cinco concursos, dois para a cátedra e três para a livre-docência, conforme relação a seguir. (Cátedra de Direito Internacional Privado no período compreendido entre 28 de abril a 6 de maio; Cátedra de Direito Judiciário Civil, de 8 a 16 de junho; Livre-docência de Direito Judiciário Penal de 3 a 12 de novembro; Livre-docência de Direito Penal de 3 a 12 de novembro e Livre-docência de Direito Administrativo, de 3 a 12 de novembro). (No mesmo ano, de 2 a 12 de outubro, o Diretor presidiu e acompanhou com o maior devotamento e superior descortino a realização do II Congresso Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, de tão larga e extraordinária projeção nos meios culturais pátrio e estrangeiro).

“Durante a sua administração, o Doutor Braz de Sousa Arruda tem sido incansável na realização de urgentes obras, não só no plano material como no científico. Reabriu o Curso de Doutorado. Instalou o Curso Noturno. Aumentou consideravelmente a aquisição de obras para a Biblioteca, que foi modernizada. Cuidou de uma nova sala para a Biblioteca Fixa. Criou a Biblioteca Circulante. Cuidou de levar a bom termo contratos com notáveis professôres estrangeiros, tendo sido realizados aqui com o êxito ainda não verificado em cursos anteriores, os dos Professôres Barcia Trelles, Bagolini e Beleza dos Santos. Agitou a questão das heranças jacentes de grande significação para a nossa Faculdade, Ardorosamente tem defendido a necessidade da desapropriação de prédios da ladeira Riachuelo para a instalação de diferentes institutos anexos à Facul-

dade e cursos de seminário, que um dia teremos de realizar. Desenvolveu o intercâmbio cultural com várias Universidades estrangeiras.

“No campo de reformas em salas de aulas ou no prédio da Faculdade cuidou com o mais decidido empenho em de tudo fazer para que a Faculdade ostente o maravilhoso aspecto que provoca justamente os maiores encômios por parte de todos que a visitam. Foi terminado o Salão Nobre. Decorado, mobiliado o Visconde de São Leopoldo. A Sala Crispiniano Soares. A dos Estudantes. O Seminário de Filosofia João Arruda. Foram reformadas as Salas da Secretaria, e João Mendes, a Barão de Ramalho, da Congregação, a Sala das Becas. Foi instalado o Seminário de Direito Internacional. Foram dotados de móveis de aço modernos as Salas Almeida Nogueira e Dino Bueno. Cuidou do Departamento Feminino. Modernizou a Sala das Bedéis. Abriu a Sala do Café.

“Organizou o Museu Acadêmico, cuidando da imprescindível restauração de quadros da nossa valiosíssima galeria artística, em que figuram quadros de grandes artistas nacionais e estrangeiros.

“No tocante aos bens móveis e imóveis incorporados ao patrimônio da Universidade de São Paulo durante a administração do atual Diretor, Professor Braz de Sousa Arruda, damos apenas um resumo segundo as notas que nos foram ministradas pelo Chefe da Contadoria. (Bens Móveis: ano de 1949: Cr\$ 39.500,00; ano de 1950: Cr\$ 465.611,90; ano de 1951: Cr\$ 1.280.129,20; ano de 1952: Cr\$ 2.345.267,40; ano de 1953: Cr\$ 1.056.905,10. Bens Imóveis: ano de 1952: Cr\$ 713.408,00; ano de 1953: Cr\$ 1.086.739,00).

“Quem frequenta com assiduidade a nossa Faculdade e às horas mais diferentes, da manhã, do dia, da noite, sabe, perfeitamente sabe, que aqui sempre encontra na sala de trabalho o Diretor Doutor Braz de Sousa Arruda. Atende a todos. Professôres e alunos, funcionários e estranhos à Casa. É solícito. Rápido nas determinações. Seu dia

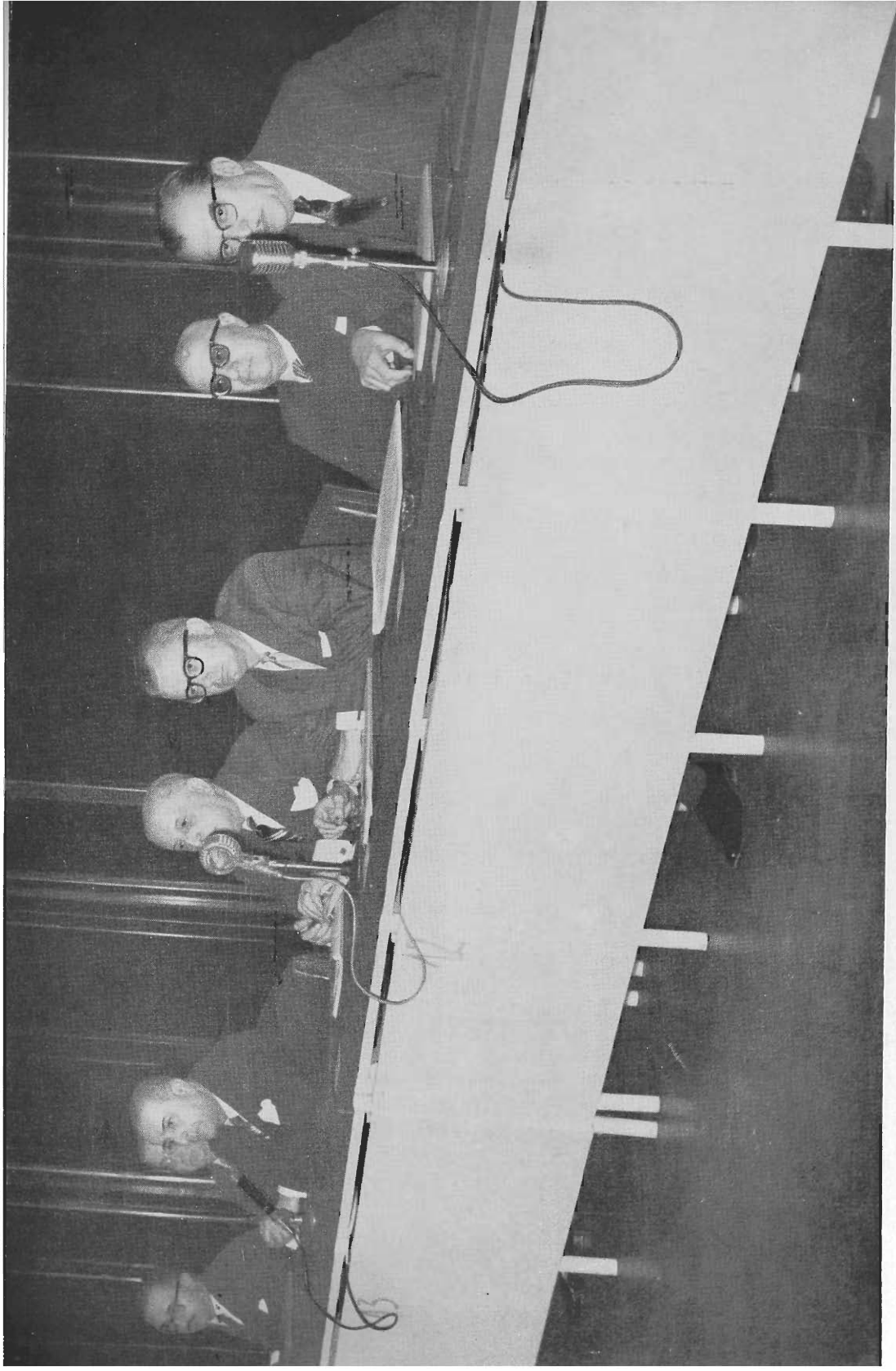
todo inteiro é dedicado à administração da Casa. Devota-se a ela com o mais decidido empenho, com o mais profícuo labor. E quando aqui não se encontra é porque está trabalhando em outros setores, mas ainda e sempre pela Casa que dirige, tratando com desvanecimento do seu maior brilho, do seu mais alto renome.

“Orgulha-se esta Faculdade de ter sido dirigida, no presente e no passado, por figuras de indiscutível valor, cultura, probidade e devotamento. Quando um dia, serena e seguramente se fizer a história definitiva dos diretores da Faculdade de Direito de São Paulo o nome brilhante do atual, há de ser reverenciado como um dos mais fulgurantes e operosos que por ela têm passado.”

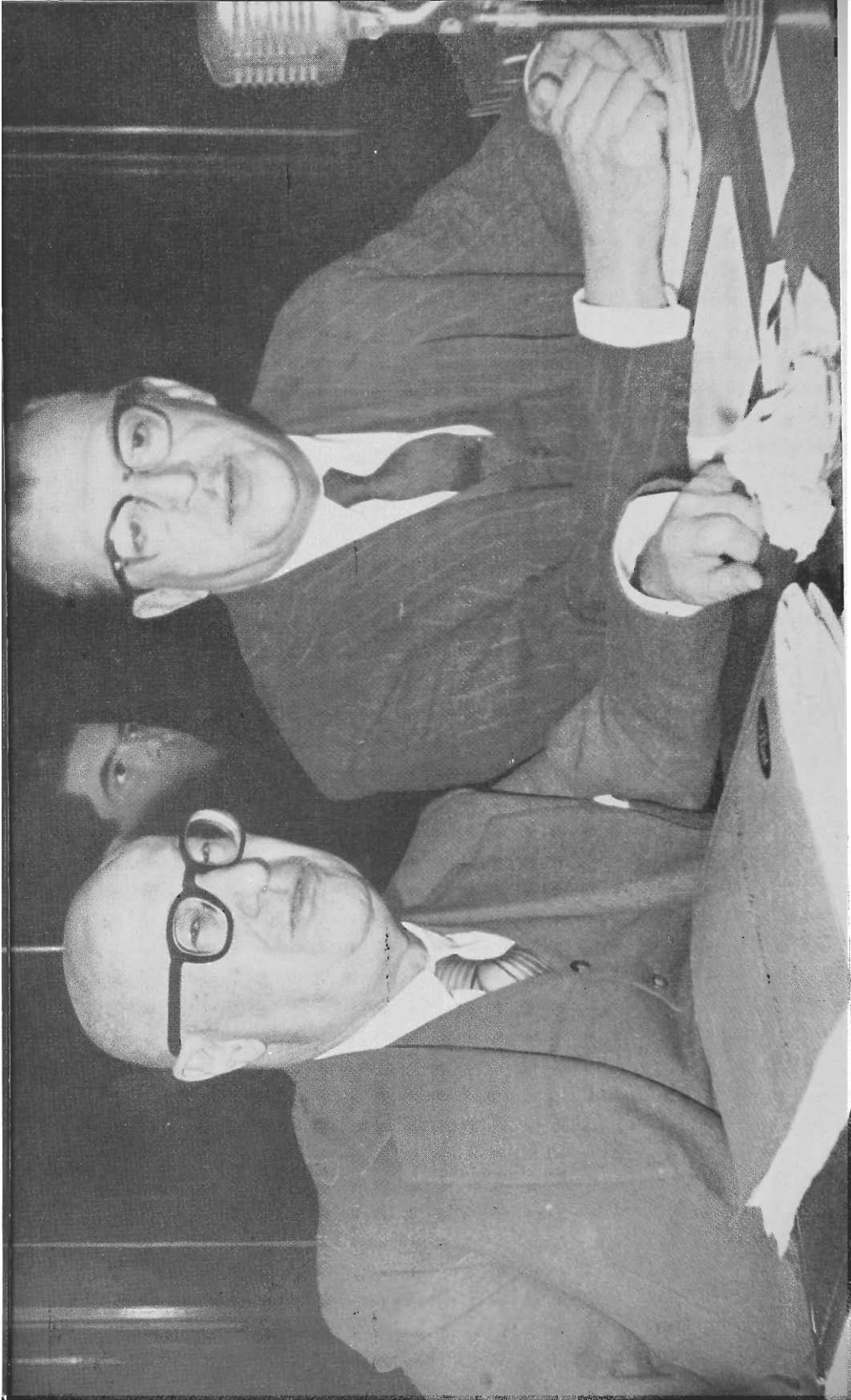
**Professor Braz de Sousa Arruda nas
“Jornadas de Derecho Internacional”**

Realizaram-se em Buenos Aires de 10 a 16 de setembro do corrente ano, promovidas pela Associação Argentina de Derecho Internacional, as “Jornadas de Derecho Internacional” Reuniram-se então os maiores professores de Direito Internacional da América, debatendo temas de extraordinária importância e palpitante atualidade.

Representaram o Brasil nesse Congresso dois únicos Juristas um dos quais o Professor Braz de Sousa Arruda.



Sessão das "Formações Internacionais" em Birminghã. À esquerda: o primeiro-ministro, David Wilson.



Os professores Braz de Sousa Arruda e Lineu de Albuquerque Mello nas "Jornadas Internacionais", em Buenos Aires.

Norma negoziale e paradigma normativo *

Luigi Bagolini

Catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Gênova

Sommario: 1. Problema: come debba essere pensata la norma giuridica perchè si possa coerentemente pensare alla essenza normativa del negozio. 2. Negozio e promessa. L'assurdo inerente al concetto di autolimitazione della volontà: impossibilità di uscirne attraverso la nozione di affidamento. 3. Autolimitazione della volontà ed auto-comando. La critica dell'imperatività della norma giuridica in quanto necessaria alla dottrina normativa del negozio. "Inversione" operata da Kelsen nella rappresentazione tradizionale del paradigma normativo. 4. Inaccettabilità della "inversione" kelseniana. 5. Determinazione di un paradigma della normatività rispetto al quale sia coerente affermare l'essenza normativa dei negozi. 6. Norma e sanzione. Vantaggi offerti dall'ipotesi qui prospettata in confronto con i risultati delle dottrine criticate.

1. Come deve essere pensata in generale la norma giuridica perchè si possa coerentemente pensare alla essenza normativa e quindi al contenuto precettivo del negozio? Il problema espresso da questa domanda non è di certo soltanto apparente. Infatti a seconda dei caratteri che si attribuiscono in generale alla norma giuridica, sarà o non sarà possibile parlare coerentemente di una norma giuridica negoziale. C'è qui una questione di coerenza del lin-

* Relazione presentata al IV congresso nazionale italiano di filosofia del diritto (Pavia, ottobre 1959).

guaggio giuridico in rapporto al paradigma della normatività più o meno esplicitamente presente nel discorso di chi sostenga l'essenza normativa del negozio¹. Il che naturalmente non significa che una concezione normativa del negozio sia utilmente accettabile per il solo fatto della sua coerenza rispetto al paradigma della normatività in essa implicato.

Indubbiamente nel pensiero dei più coerenti e consapevoli assertori della concezione normativa del negozio deve essere presente un modo diverso di concepire — e direi quasi anche di sentire — il paradigma della normatività rispetto ai sostenitori delle concezioni cui essi si oppongono. In definitiva la critica della concezione consensualistica del contratto, la critica della concezione volontaristica del negozio, la critica della volontà come fondamento della obbligatorietà delle promesse, tutte queste critiche² sembrano mosse, rispetto alle concezioni criticate, da tutta una diversa consapevolezza della realtà giuridica nelle sue concrete ed attuali determinazioni, e quindi di conseguenza anche da una diversa rappresentazione del paradigma normativo, la quale si manifesta in varie maniere più o meno evidenti e più o meno chiare a seconda dei diversi autori. D'altra parte — giova appena notare — le variazioni nel modo di concepire il paradigma della normatività sono senza dubbio influenzate dal movimento, dalla trasformazione e dalla insorgenza storica di valori, finalità, interessi,

1. Vedi anche per i riferimenti alla vasta letteratura E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1955; SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

2. Vedi ad esempio in una vasta letteratura G. ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano* in *Annali di storia del diritto*, I, 1957, pp. 13-42. e, fra le più varie prospettive, G. MORIN, *La désagrégation de la théorie contractuelle du code*; M. DJUVARA, *L'idée de convention et ses manifestations juridiques*, F. BATTAGLIA, *Le problème du contrat* in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1940, rispettivamente alle pp. 7-32; 110-158; 174-185. Vedi pure M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique* in *Archives de philosophie du droit*, 1957, pp. 87-98.

ideologie, strutture ambientali sociali ed economiche cui si riconnettono trasformazioni della cosiddetta coscienza giuridica³ sia pure semplicemente intesa come modo di sentire, di vivere e di concepire di volta in volta le funzioni e quindi anche le strutture dei vari ordinamenti giuridici.

2. Per tentare di rispondere alla proposta domanda: come debba essere pensata la norma giuridica perchè si possa coerentemente pensare alla essenza normativa del negozio, bisogna tenere anzitutto presente qualcuna delle ragioni più rilevanti per cui anche agli occhi dei sostenitori più coerenti della concezione normativa, non sembra accettabile una concezione volontaristica del negozio. Ciò proprio per poi determinare come il paradigma normativo debba essere pensato affinché nella concezione normativa del negozio non si ripresentino surrettiziamente quelle medesime difficoltà che siano rilevabili nella concezione volontaristica.

Dai sostenitori della dottrina volontaristica il negozio è concepito come manifestazione od anche come dichiarazione di volontà che mira a produrre effetti giuridici (e ciò nonostante l'interno dissidio fra i sostenitori del così detto dogma della volontà ed i sostenitori del così detto dogma della dichiarazione⁴). L'essenza del negozio è vista

3. Cfr. B. PARADISI, *Le dogme de l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique*, in *Archives de philosophie du droit*, 1959, p. 25 e ss.

4. In sostanza, nonostante le discussioni fra i così detti sostenitori del dogma della volontà ed i sostenitori del dogma della dichiarazione, anche i sostenitori del dogma della dichiarazione possono essere considerati nell'ambito di una concezione volontaristica del negozio intesa in senso lato. Come dice P. ROUBIER, (*Essai sur la responsabilité précontractuelle* Liono, 1911, p. 269 e ss.; *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs* in *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 16), non è necessario negare alla volontà la sua funzione creatrice negli atti giuridici per soddisfare quegli interessi delle relazioni giuridiche i quali esigono che i contraenti possano contare ciascuno rispettivamente sulla volontà dichiarata dall'altro. In effetti è sufficiente dire che la dichiarazione costituisce il modo di espressione della volontà e che non è necessario obbligare ciascuna delle parti a provare la

nella volontà. Alla volontà è attribuito il potere di creare effetti giuridici e quindi anche di far nascere, modificare od estinguere rapporti o situazioni preliminari a rapporti.⁵ Ma come si spiega che alla volontà di obbligarsi giuridicamente la legge positiva faccia seguire un vincolo giuridico?

Riferiamoci agli atti patrimoniali fra vivi, e specificamente agli atti di obbligazione distinti dagli atti di disposizione⁶, e quindi alle promesse. Tutte le volte che in un atto è implicato, in una maniera o nell'altra, il fenomeno

corrispondenza della sua dichiarazione con la sua volontà. Secondo Roubier, questo è del resto il punto di vista del diritto positivo francese il quale non ammette che una nullità relativa in materia di errore, e soltanto, d'altra parte, l'ammette in certi casi di errore.

Secondo E. BETTI (*op. cit.*, pp. 56-57) quando per "volontà" dichiarata non si intenda "statuizione o precetto dell'autonomia privata", si finisce in un equivoco. "O si cade nell'errata opinione che la dichiarazione, anziché servire a costituire e porre in essere un precetto dell'autonomia privata, serva unicamente a rilevare uno stato d'animo, a scoprire un fatto psichico interno — il fatto del volere — e che in questo fatto psichico, per sé incontrollabile, consista e si esaurisca l'essenza del negozio. O comunque si configura la volontà come un'entità a se stante che si contrappone e si abbina alla dichiarazione conservandosi ad essa superiore come l'anima al corpo e, senza perdere la propria netta indipendenza da essa, trova in essa un semplice complemento e un mezzo di rivelazione"

Non essendo qui possibile fare riferimento a tutta la più importante e ben vasta letteratura critica sulla concezione volontaristica, rimando anche per i riferimenti bibliografici, dal punto di vista della concezione precettistica, alla citata opera fondamentale di Betti. Vedi pure il citato libro di L. FERRI su *L'autonomia privata*, in cui la tesi precettistica è sostenuta e dimostrata nelle sue più rilevanti implicazioni.

5. Vedi anche per i riferimenti alla letteratura A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 303 e ss.

6. "Gli atti patrimoniali fra vivi" "si distinguono in atti d'obbligazione (promesse) e atti di disposizione". "Gli atti di obbligazione sono quelli che hanno lo scopo o funzione di dar luogo ad un'obbligazione: in particolare, i contratti. Gli atti di disposizione sono quelli che hanno lo scopo o funzione di disporre di un diritto patrimoniale" Così G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico* in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 21.

della promessa⁷, che cos'è che la legge tutela: la volontà del promittente di autoobbligarsi o l'affidamento del promissario? Questi interrogativi mettono la dottrina volontaristica di fronte a difficoltà che sembrano veramente insuperabili. La volontà del promittente di autoobbligarsi rimanda al concetto di autolimitazione della volontà.

Tale concetto appare da vari punti di vista assurdo. Infatti la volontà presente che si autolimita è una volontà presente che ha come oggetto una volontà futura, è un volere-volere. Ma il volere-volere non è volere concreto e reale, è volontà irreali. La volontà del promittente di autoobbligarsi è quindi un presupposto irreali. Vale qui ciò che il Croce ha dimostrato: che “si vuole soltanto in concreto, ossia in una situazione determinata” ed in modo tale

7. A. REINACH: (*Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Monaco, 1953 — già apparso nel 1913 in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* col titolo: *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* — p. 84) non vuole dare una vera e propria teoria della promessa. La promessa implica di per se stessa un obbligo e una pretesa. Volere spiegare come e perché una promessa sia obbligatoria sarebbe per Reinach come volere spiegare la ragione per cui $1 \times 1 = 1$.

Sotto questo aspetto la posizione di Reinach è assiomaticistica. L'obbligatorietà della promessa è un assioma suscettibile soltanto di essere intuito e che quindi è inutile cercare di spiegare. È escluso il problema concernente il perché e le condizioni di possibilità del costituirsi di un obbligo nei confronti del promittente. È esclusa ogni spiegazione come mediazione in quanto che l'obbligatorietà della promessa resta una verità immediata.

Non ci si può riferire alla particolarità della posizione di Reinach il quale ha voluto utilizzare nel suo studio il metodo fenomenologico (così come si rivela delineato fra l'altro nel suo scritto: “*Was ist Phänomenologie?*”, ristampa, Monaco, 1951) per arrivare a determinare gli elementi fondamentali di una dottrina aprioristica del diritto — in cui si tratta poi di vedere in che cosa chiaramente consista l'apriorità.

La concezione della obbligatorietà della promessa come verità assiomatica si trova ribadita in altri autori contemporanei di formazione diversa rispetto al Reinach come, ad esempio da D. ROSS in *Foundations of Ethics* (Oxford, 1939, p. 77), secondo cui l'obbligatorietà della promessa è un assioma senza del quale nessun ordine morale sarebbe concepibile.

che il volere “si traduca immediatamente in azione, cioè che sia insieme azione effettiva”⁸.

“L’anno scorso ho promesso e stipulato perchè volevo. Ora non voglio più”. “Perchè” “dev’essere la volontà passata, morta e non più mia” che dispone della mia volontà presente⁹?

Già Hume contro la concezione giusnaturalistica della volontà assunta come fondamento della obbligatorietà delle promesse aveva spiegato molto chiaramente la ragione per cui, secondo il suo modo di esprimersi, “l’atto” “che entra in una promessa e produce la sua obbligatorietà” non può essere né “il desiderio né la volontà” di compiere una particolare azione. Mentre “una promessa si riferisce sempre al futuro”, “la volontà ha soltanto una influenza sulle azioni presenti”¹⁰.

8. B. CROCE, *Filosofia della pratica*⁶ Bari, 1950, p. 33 e ss., p. 328.

9. Cfr. G. RENZI, *Lineamenti di filosofia scettica*.² Bologna, 1921, p. 165 e ss.

10. Vedi D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, III, 2, 5, ediz. a cura di L. A. SELBY-BIGGE (Oxford, 1946), p. 516 e in proposito il mio saggio: *Esperienza giuridica e politica nel pensiero di D. Hume*, estr. dagli *Studi senesi*, 1947-1948 — vol. LX-LXI (vol. XXXV-XXXVI della II serie) —, p. 54 e ss.

Le argomentazioni di Hume sono in parte riprese da W. SCHUPPE (*Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, Breslau 1881, p. 304 e ss.) Anche secondo Schuppe l’obbligatorietà della promessa non può essere fondata sulla volontà poichè, come egli dice, il concetto di volontà — e di dichiarazione del volere — non può comprendere il carattere dell’immutabilità. La parola volontà indica il “movimento” nel “contenuto della coscienza” umana; “nessuno può sapere ciò che vorrà, ma soltanto può sapere ciò che ha voluto e che presentemente vuole” “La volontà segue evidentemente le opinioni e — i sentimenti; e quanto poco questi ultimi sono immutabili, tanto poco può esserlo la volontà”. Ai sentimenti ed alla volontà non si applica in alcun modo il concetto di obbligo (*ib.*, p. 304).

“La irrevocabilità di una volontà manifestata può soltanto essere richiesta a favore della sicurezza della proprietà. La obbligatorietà dei contratti — e delle promesse — non consiste in altro che nel significato della volontà obbiettiva del diritto — positivo — la quale, per l’appunto, vuole la irrevocabilità” (*ib.*, p. 305), Con questa sua soluzione del problema (per la quale si distacca da Hume a cui inizial-

Il concetto di affidamento del promissario alla volontà del promittente non basta, come sembrano credere alcuni autori, a spiegare il fondamento della obbligatorietà di una promessa e la ragione della sua tutela giuridica evitando le difficoltà, ora accennate, inerenti al concetto di autolimitazione. Nel discorso di chi pur sempre presupponga che oggetto dell'affidamento sia la volontà del promittente, si ripresenta necessariamente l'assurdo dell'autolimitazione della volontà. Il promissario cioè può affidarsi — e calcolare sulla — volontà del promittente soltanto in quanto il promittente abbia autolimitato la sua futura possibilità di volere col mettere, per così dire, la sua volontà a disposizione del promissario. La possibilità dell'affidamento

mente si era avvicinato nella parte critica) Schuppe può essere preso come esempio significativo delle conseguenze a cui può portare logicamente l'impostazione volontaristica e cioè l'assunzione iniziale della promessa come essenzialmente riducibile a manifestazione di volontà.

Se nella promessa c'è solo la volontà del promittente, se nella promessa non c'è qualcosa, che, pur essendo posto in essere dalla volontà del promittente, sia inesprimibile attraverso la nozione di volontà del promittente, è logico, come osserva del resto anche REINACH (*Die apriorischen Grundlagen*, cit., pp. 78-79), che la giustificazione dell'obbligatorietà della promessa sia cercata al di fuori della promessa. Inoltre, secondo Reinach (*ibidem*), Schuppe confonde i due concetti di obbligatorietà e di irrevocabilità ed il suo punto di vista, riferendosi soltanto ai rapporti di proprietà, viene ad essere arbitrariamente limitato.

Nel libro di FR. BASSENGE: *Das Versprechen. Ein Beitrag zur Philosophie der Sittlichkeit* (Berlino 1930), si trovano convincenti argomentazioni (p. 27 e ss) contro le varie dottrine per le quali rispettivamente il fondamento dell'obbligatorietà delle promesse è visto nella volontà del promittente, è ricondotto al dovere di dire la verità, è considerato come riducibile al valore di un determinato comportamento indipendentemente dalla considerazione del fatto che tale comportamento sia oggetto di una promessa, è determinato dalla utilità dell'adempimento.

Bassenge accetta in parte l'analisi della promessa fatta da Reinach ma vuole integrarla attraverso la ricerca di un principio metafisico (pp. 7-8). Ebbene il principio metafisico assoluto, ed in un certo senso di per sé evidente, l'interesse sociale e cosmico, "ein kosmisches Interesse", su cui si fonda l'obbligatorietà della promessa, è, secondo l'autore "la libertà dall'illusione", la quale non è a sua volta semplicemente uno dei momenti della libertà morale, ma ne è piuttosto "il momento

del promissario dipende ancora dal fatto che la volontà attuale del promittente si trovi limitata dalla sua volontà passata¹¹. Che poi oggi l'interesse sociale perseguito dal nostro ordinamento giuridico positivo tenda a identificarsi più con la tutela dell'interesse del promissario che con la tutela della volontà del promittente, potrà essere anche una constatazione vera; la quale però servirà a spiegarci, se mai, la ragione politica della tutela e non il suo presupposto e la sua condizione specificamente giuridica.

essenziale" (p. 33). Precisamente nella promessa l'autore vede un elemento essenziale che si trova in tutte le azioni consapevoli e cioè un impegno che l'agente implicitamente assume di fronte agli altri e di fronte a se stesso. Ogni azione implica un impegno di fronte agli altri che bisogna mantenere nel corso stesso dell'azione affinché non siano tradite le altrui aspettative. In questo senso per l'appunto una promessa che non sia mantenuta, equivale alla creazione di una illusione, così come equivale alla creazione di una illusione un comportamento che non sia coerente e fedele rispetto al suo implicito significato. (*ibidem*)

Secondo me ciò che qui dice quest'ultimo autore potrà essere in sé e per sé anche accettabile, ma non ci offre una prospettiva propriamente utile a rischiarare il campo delle concrete possibili relazioni, antinomie ed alternative che si riconnettono alla promessa. Cercando di ricondurre — come hanno fatto vari altri autori in un modo o nell'altro — l'essenza della promessa ad un criterio universale ed assoluto di valutazione dei comportamenti umani, Bassenge finisce col perdere il significato specifico della promessa. Poiché se è vero che ci può essere un "interesse cosmico" ed universale all'adempimento delle promesse, è anche vero che in certi casi all'obbligo di stare ai patti possono contrapporsi interessi altrettanto fondamentali ed irriducibili. La considerazione dell'obbligo del promittente come fondato su di una norma la quale sia in relazione di correlazione e di subordinazione rispetto all'ordinamento sociale, morale o giuridico di cui fa parte, appare più utile ad una comprensione delle situazioni concrete: più utile di una riduzione del fondamento dell'obbligatorietà della promessa ad un principio assoluto di incondizionata validità.

11. Il punto di vista secondo il quale la obbligatorietà della promessa è vista in funzione di una specie di acquisto della volontà del promittente da parte del promissario è assai diffuso e si trova presente, fra gli altri, in maniera diversa in KANT (ai paragrafi 18-19 dei *Metaphysische Anfrangsründe der Rechtslehre*) e in ROSMINI (ai paragrafi 368, 1090 e 1094 della *Filosofia del diritto*).

3. L'assurdo della volontà che vuole se stessa, del voler-volere, della volontà che si autolimita, è l'assurdo stesso di un comando che chi comanda rivolga a se medesimo. Se l'essenza obbligatoria di una promessa fosse costituita dalla volontà del promittente, la promessa implicherebbe in se stessa questo assurdo dell'autocomando. Pertanto, affinché una concezione normativa, e non volontaristica, del negozio non abbia a riprodurre in sé questo assurdo, bisogna che il precetto negoziale possa essere concepito come strutturalmente diverso ed irriducibile rispetto alla volontà di chi lo crea. Bisogna quindi che la norma negoziale possa non essere pensata come imperativo.

— Per la discussione della posizione di questi due autori in un chiaro inquadramento del problema che qui ci interessa, rimando al penetrante saggio di W. CESARINI SFORZA: *Promessa e giuramento in Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, v. I, pp. 225-227.

Il medesimo punto di vista si trova in *Grozio* e nei giusnaturalisti. Per la documentazione relativa vedi il fondamentale studio di GORLA: *Il potere della volontà nella promessa*, cit., pp. 24-27, da considerare in relazione all'opera dell'autore: *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico* (in 2 vol. Milano, 1955). Il Gorla critica con argomenti che mi sembrano molto validi sia il concetto dell'autolimitazione della volontà sia la ridetta tendenza a "parificare" atto di alienazione e promessa (*Il potere della volontà nella promessa*, cit., p. 25 e ss); ma non mi sembra che il concetto di affidamento proposto dal Gorla (*ib.*, p. 45) possa sottrarsi alle difficoltà inerenti alle dottrine criticate se l'affidamento sia pur sempre semplicemente inteso come affidamento del promissario nei confronti della "volontà" del promittente.

Secondo CESARINI SFORZA (*op. cit.*, p. 224) "promettere significa affidare un proprio comportamento possibile (e quindi futuro) alla volontà altrui, ed è la volontà altrui che crea il vincolo obbligatorio, ossia che pone il comportamento possibile in uno stato d'obbligo. Chi accetta la promessa capta, per così dire, l'azione proiettata dal promittente fuori dalla sua sfera volitiva, l'azione che quindi è obiettivata, divenuta un "oggetto" del mondo pratico; e la promessa continua ad obbligare fino a tanto che il destinatario di essa "tiene" nella propria sfera volitiva l'azione obiettivata" La "obbligatorietà sorge solo quando la promessa è accettata, solo cioè dal momento in cui il destinatario di essa comincia a fare affidamento sul verificarsi del com-

Di conseguenza bisogna che dal paradigma generale della normatività necessariamente implicato nel discorso di chi affermi la normatività del negozio, sia possibile escludere il concetto di comando, e quindi di imperatività.

Giustamente, ad esempio, la esclusione della imperatività dal novero dei caratteri essenziali del paradigma normativo, è nel pensiero di Santi Romano¹² condizione imprescindibile per l'attribuzione ai negozi di un carattere precettistico che serva, fra l'altro, a differenziarli dagli atti non negoziali¹³. Anche Kelsen per potere sostenere la concezione precettistica del negozio, deve opporsi alla concezione imperativistica della norma giuridica così come, ad esempio, si presenta nella formulazione di Austin¹⁴.

portamento promesso. Lo stato d'obbligo in altre parole è una creazione dell'obbligante e non dell'obbligato" (*ib.*, p. 225).

Senonché in questo modo, a mio avviso, non si spiega come sia possibile l'obiettivazione della volontà, come sia possibile che la volontà del promittente, pur restando volontà (sia pure volontà voluta) si proietti al di fuori della sfera volitiva del promittente per entrare nella sfera volitiva del promissario; si resta alla fine sul piano di una parificazione di promessa ed atto di alienazione con tutte le difficoltà che tale parificazione comporta. E, per ciò che concerne l'accettazione, ripugna veramente alle regole della logica giuridica il pensiero che la promessa non accettata possa in date circostanze costituire un motivo obbligatorio? Questo pensiero è stato in realtà riconosciuto ed applicato nel diritto moderno? (Tralasciando di riferirmi a tutta una vasta letteratura sull'argomento, rimando ad una vecchia ma sempre vivida nota dell'UNGER: *La promessa quale motivo obbligatorio nel diritto moderno*, trad. F. FORLANI, Trieste, 1874, pp. 7-23. Vedi, anche per i riferimenti alla letteratura, C. A. FUNAIOLI. *Promesse unilaterali*, Siena, 1943.

12. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 3-30, 41-43, 64-74.

13. Intorno al problema della distinzione di atti e negozi — indipendentemente dalla soluzione da me prospettata che più non considero valida —, per la critica ad alcune dottrine più o meno legate alla concezione volontaristica del negozio, rimando al mio: *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Milano, 1942, pp. 153.

14. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*,³ Cambridge-Mass., 1949, p. 30 e ss.; trad. S. COTTA e G. TREVES (Torino, 1952), p. 30 e ss.

Per potere parlare di norma negoziale Kelsen deve de-psicologizzare il paradigma normativo, eliminando da esso il carattere di comando in senso psicologico, cioè nel senso per cui l'attribuzione del carattere di imperatività alla norma giuridica in generale sia connessa alla nozione della norma giuridica come volontà.

Dal punto di vista kelseniano per de-psicologizzare il paradigma normativo, bisogna dunque potere mettere fra parentesi la volontà, eliminando dalla rappresentazione del paradigma normativo l'idea di un rapporto fra la presunta volontà normativa ed i suoi destinatari. Sotto questo aspetto il vecchio problema dei destinatari diventa uno pseudoproblema. Il paradigma normativo si risolve formalmente ed essenzialmente nel concetto di una relazione fra un comportamento presupposto ed una conseguenza. “Se qualcuno ruba” — presupposto —, “sarà punito” — conseguenza —. La rappresentazione della sanzione, come espressione di una minaccia, diventa un termine obbligato della relazione normativa. Il punto di vista tradizionale è *invertito*. Il “non si deve rubare”, ad esempio, non può esprimere il carattere essenziale del paradigma normativo. In una descrizione esatta, formale, razionale scientifica del paradigma normativo, il “non si deve rubare” è una proposizione inessenziale e superflua rispetto al “se qualcuno ruba sarà punito”¹⁵

4. Prescindiamo pure da tutte le difficoltà che la soluzione formale — e l'inversione kelseniana — può fare sorgere e che in essa possano rivelarsi da vari punti di vista. Limitiamoci alle sue ripercussioni per ciò che concerne la possibilità di pensare coerentemente alla essenza normativa del negozio.

Vero è che la soluzione formale elimina dal paradigma normativo quel carattere di imperatività che per le ragioni

15. KELSEN, *op. cit.*, pp. 60-61; traduz. cit., p. 61.

accennate non si addice alla norma giuridica negoziale. Tuttavia anche la esclusiva riduzione del paradigma normativo nei termini di una relazione di comportamento e sanzione non va d'accordo con l'essenza normativa del negozio propugnata dal Kelsen. Le difficoltà che la soluzione formale fa sorgere sembrano proprio sotto quest'ultimo aspetto il contraccolpo teorico di quelle che vuole evitare.

Ammettendo che il paradigma normativo sia realmente riducibile nei termini di una relazione fra comportamento e sanzione, bisogna, come logica conseguenza, ammettere che solo l'organo cui spetta di ordinare la sanzione al verificarsi delle condizioni previste, sia l'effettivo destinatario dell'elemento direttivo necessariamente espresso dalle norme giuridiche¹⁶. Ma proprio in questa conseguenza, che è pur logica rispetto al suo presupposto, consiste evidentemente la ragione principale per cui non è più possibile parlare coerentemente di una norma giuridica negoziale e quindi di una norma giuridica posta in essere, ad esempio, attraverso una promessa. Infatti, pagando ad A il canone d'affitto pattuito, B realizza il significato teorico e pratico della sua promessa. Appare assurdo dire che il significato pratico di una promessa si realizzi mediante l'applicazione di una sanzione conseguente al suo inadempimento, come invece si dovrebbe dire attribuendo coerentemente alla norma giuridica negoziale il paradigma normativo kelseniano.

Come può essere dunque pensato il modello normativo perchè si possa coerentemente pensare ad una norma giuridica negoziale, battendo una terza via fra le posizioni veramente significative che sono rappresentate dalla dottrina dell'autolimitazione e dal formalismo kelseniano? Per rispondere a questa domanda credo sia necessario rifarsi ad

16. KELSEN, *op. cit.*, pp. 137-138; *traduz. cit.*, p. 140. Vedi anche di KELSEN, *La Théorie juridique de la convention in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*", 1940, pp. 33-76.

una analisi del linguaggio precettivo che tenga calcolo di alcuni contributi recenti ¹⁷.

Come regola della condotta e come precetto, una norma giuridica è una valutazione dei comportamenti. Il che non significa ancora nulla se non ci si mette d'accordo sulla differenza che passa fra proposizioni indicative (ad esempio: "l'acqua bolle a 100 gradi") e proposizioni valutative (ad esempio: "non si deve rubare").

Carattere peculiare di una proposizione valutativa è quello di esprimere una tendenza ad influenzare i comportamenti, è quindi, possiamo dire, il suo carattere direttivo. A sua volta però tale carattere direttivo non è riducibile nella forma di una relazione di causa e di effetto ¹⁸.

La norma per cui B deve pagare ad A, pur esprimendo una influenza sul comportamento di B, non è correttamente pensabile come causa del comportamento di B. Al limite

17. Mi riferisco specialmente agli studi di R. M. HARE: *Freedom of the Will* in "Aristotelian Society", Supplementary Vol. XXV, 1951, pp. 201-216; *The Language of Morals*, Oxford, 1952 e ad altri autori da me citati in *Responsabilità e analisi del linguaggio* (Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, pp. 592-597).

18. Anche secondo R. M. HARE (*The Language of Morals*, cit., p. 12 e ss.), la funzione delle valutazioni pratiche di influenzare i comportamenti è concepita come determinazione causale da R. CARNAP (*Philosophy and Logical Syntax*, Londra, 1935, p. 24), da A. J. AYER (*Language, Truth and Logic*² Londra, 1948, p. 108), ed è particolarmente elaborata da CH. L. STEVENSON in *Ethics and Language*,⁵ New Haven, 1950 (I ediz. 1945), e prima in *Ethical Judgments and Avoidability* (*Mind*, 1938, p. 45 e ss.) e in *Persuasive Definitions* (*ib.*, p. 334 e ss.).

Sulle difficoltà suscitate dalla posizione dei ridetti autori, anche in riferimento alla questione che qui interessa, vedi i miei precedenti studi: *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo* in *Riv. int. fil. dir.*, 1950, pp. 235-267 e *La interpretazione del non verificabile* in *Il Saggiatore*, 1954, pp. 69-88.

Per un contrasto ed una incoerenza interna, che si manifesta, a mio avviso, nel discorso di Stevenson, fra la sua analisi della nozione di libertà e la sua analisi delle regole della condotta, rimando alla mia relazione: *Determinismo e imputabilità* in *Atti del II Congresso nazionale italiano di filosofia del diritto*, Milano, 1956, pp. 44-47.

dell'idea di causa, portata sul piano di considerazione dei rapporti fra le azioni umane, c'è forse proprio l'idea di comando, di costrizione, e quindi di una volontà (la volontà di chi ha voluto la norma) che si impone alla volontà dei destinatari della norma per determinarla necessariamente. Una pura determinazione causale, e quindi una influenza sui comportamenti pensata rigorosamente come determinazione costrittiva, riducibile appunto nei termini di una relazione di causa e di effetto, verrebbe ad escludere l'assenso da parte dei destinatari. Un assenso è infatti propriamente pensabile soltanto in quei casi in cui sia possibile un dissenso. La ragione dell'esistenza di norme giuridiche è legata anche alla concreta possibilità della loro violazione.

E' vero che in concreto un comportamento può essere conforme ad una regola della condotta senza che l'agente ne abbia coscienza, senza quindi che al comportamento regolare corrisponda un vero e proprio assenso da parte dell'agente. Ma ciò non toglie che scopo precipuo della formulazione di una regola sia quello di determinare la possibilità di un assenso e quindi di un consapevole comportamento ad essa conforme. Il fatto che una regola possa essere ignorata non esclude che la positiva formulazione di una regola abbia lo scopo di essere presente alla consapevolezza ed alla scelta dei destinatari.

L'assenso nei confronti dell'influenza sui comportamenti espressa da una regola della condotta, e quindi anche da una regola giuridica, è un assenso che possiamo chiamare pratico. L'assenso pratico consiste nel fatto per cui il destinatario sia disposto, nelle circostanze previste dalla regola, ad agire secondo la regola. Questo essere disposto non è un essere costretto perchè si pone come risposta ad una, sia pure implicita, domanda: Cosa devo fare? Agire secondo la direttiva espressa dalla regola, o contro la regola affrontandone le conseguenze? Il che non significa che chi assentisce praticamente debba per ciò stesso riconoscere la bontà o la giustizia di una regola, cioè la corrispondenza di essa ai suoi propri ideali di bene e di giustizia.

A differenza dell'assenso pratico, l'assenso teoretico consiste semplicemente nel credere che una proposizione sia vera. Una proposizione è 1) indicativa, o 2) valutativa rispettivamente a seconda che, considerata nel contesto in cui si trovi espressa, 1) implichi assenso teoretico, oppure 2) implichi assenso pratico.

Una proposizione che sia concepita e posta come causa della volontà altrui indipendentemente dalla implicita postulazione di un assenso pratico, non è norma e quindi non è neanche valutazione pratica, è soltanto un puro voluto, una semplice affermazione di volontà, o una volontà che si impone ad un'altra, o un puro imperativo. Il fatto che nel modello normativo si riveli l'implicita postulazione di un assenso pratico da parte del destinatario, è ciò che ci permette di rappresentarci e di determinare la struttura di una norma come irriducibile in termini di volontà e di comando ¹⁹.

19. Dopo avere scritto la presente relazione ho potuto leggere il recentissimo saggio di E. REDENTI: *Variazioni sul tema del verbo comandare* in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 777-794 che è, fra l'altro, un documento molto significativo di analisi del linguaggio giuridico. Ho avuto il piacere di trovare in esso un valido sostegno al punto di vista qui da me seguito.

“Le leggi in ultima analisi, dice il Redenti, sono fatte dagli uomini per gli uomini e non per mero arbitrio, ma ispirandosi ad esigenze comunemente sentite nella vita sociale, a convinzioni, aspirazioni o tendenze diffuse nella massa. Ora è nella umana natura che quando si voglia ottenere per esempio che non si uccida, non si rubi, ecc., si cominci col rivolgersi prima di tutto alla “generalità di coloro che dovrebbero astenersene. Questo che non può non essere nel pensiero degli organi legislativi, dà necessariamente la sua impronta anche ai loro dettati. Perciò quando si rilevi che questi non possono effettivamente comandare ai cittadini, non si fa e non si può fare questione di indirizzo o di destinazione, ma si constata soltanto la impotenza della legge ad imporsi per via di comando in modo diretto ed immediato. Perciò io direi che i cittadini possono essere destinatari, ma non comandati o “comandabili” direttamente dalla legge. Il che non toglie che l'indirizzarsi programmaticamente a loro possa tuttavia avere una efficacia”.

La postulazione dell'assenso è in sostanza la postulazione di un *elemento* funzionale: precisamente nel senso che la funzione di una norma, a differenza della funzione di un puro comando, non è pensabile senza che si possa pensare a tale elemento. Ciò non toglie che possa esserci assenso da parte del destinatario anche nei confronti di un puro comando. La rilevazione del fatto per cui l'assenso effettivamente ci sia o non ci sia, è una cosa diversa dal problema concernente la necessità di postulare l'assenso come condizione della pensabilità del significato normativo di una proposizione ²⁰.

6. In conclusione, contro la prospettiva formale e l'inversione kelseniana, io credo che l'elemento caratteris-

Questi rilievi del Redenti sono preceduti da tutta una penetrante analisi degli elementi costitutivi del "comando" (nell'ordine giuridico) riducibili schematicamente, secondo la terminologia stessa usata dall'autore, alla "dualità", "programmazione", "intimazione", "subordinazione" (*ib.*, pp. 776-785).

20. Uno dei più noti tentativi di spiegare il fondamento della obbligatorietà della promessa psicologicamente, sulla base del principio della "simpatia riflessa", è quello offerto da TH. LIPPS (*Die ethischen Grundfragen*,² Amburgo e Lipsia, 1905, pp. 152-161; 167-170).

La promessa, secondo Lipps, suscita una aspettativa nel promissario il quale riceve dalle parole del promittente la volontà che il promittente gli manifesta. Il promittente, a sua volta rivive, per così dire, in se stesso l'aspettativa del promissario e con ciò si costituisce nel promittente la coscienza della obbligatorietà della sua promessa. C'è quindi un rapporto riflesso di simpatia per cui la volontà del promittente si riflette nella "coscienza" del promissario e ritorna obiettivata al promittente costituendo in lui la coscienza dell'obbligo (*op. cit.*, p. 167).

Lipps in sostanza parte da una concezione puramente volontaristica della promessa e cerca di spiegare proprio ciò che, dal punto di vista volontaristico, è, secondo me, impossibile spiegare e cioè la presunta obiettivazione della volontà del promittente. Basta proprio che io sappia che un altro ha avuto conoscenza della mia volontà perchè il contenuto della mia volontà acquisti nei miei confronti il significato obiettivo di un obbligo?

Reinach osserva giustamente (*op. cit.*, p. 74-75) che, secondo il punto di vista di Lipps, la promessa fatta a Tizio di agire nell'interesse

tico di una proposizione normativa — in quanto proposizione valutativa, considerata nel contesto di cui fa parte e nelle sue implicazioni d'uso — consista nella espressione di una tendenza ad influenzare e dirigere i comportamenti; ma, contro la prospettiva volontaristica ed imperativistica, escludo che la influenza direttiva della norma sui comportamenti possa essere identificata nei termini di una relazione di causa e di effetto, in quanto che l'assenso pratico è, secondo me, il postulato funzionale di tale influenza ²¹.

di Caio dovrebbe fare sorgere un diritto di Tizio nei confronti del promittente e non di Caio. Il che sarebbe anche in contrasto col fatto per cui Lipps è costretto a riconoscere che la pretesa dell'adempimento è più forte in chi ha l'interesse. Inoltre, contro Lipps, Reinach dimostrò che spesso obblighi, pretese e diritti si costituiscono indipendentemente da ogni situazione psicologica "interna" consistente in volontà e sentimenti.

In conclusione è fallito il tentativo offerto dalla psicologia di Lipps (autore anche di un libro intitolato: *Leitfaden der Psychologie*, Lipsia, 1903) di spiegare il fondamento dell'obbligo attraverso il presunto riflettersi — o "simpatia riflessa" — della volontà del promittente nella coscienza del promissario e della aspettativa del promissario nella coscienza del promittente: questo presunto gioco di riflessioni simpatetiche non serve come spiegazione. Ciò non toglie tuttavia, secondo me, che una diversa nozione di partecipazione simpatetica possa servire ad esprimere la struttura del processo valutativo. Infatti, se, come io cerco di sostenere, ogni norma contiene una valutazione pratica ed ogni valutazione pratica implica una tendenza ad influenzare i comportamenti nella quale — e nel senso ridetto — è postulato l'assenso da parte dei destinatari, ne deriva che l'atto in cui si concreta una valutazione pratica deve potere essere in qualche modo concepibile come atto di partecipazione alla situazione reale od ipotetica dei destinatari. Su ciò rimando ai miei precedenti studi intorno al problema della partecipazione simpatetica intesa come "simpatia indiretta": *La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di A. Smith*. ristampa, Torino, 1958; *Utilità e limiti della sociologia nella valutazione in termini di giustizia distributiva* in *Aut Aut*, 1954, n. 21, pp. 196-203; *Giustizia distributiva e simpatia* in *Riv. int. fil. dir.*, 1954, pp. 712-725.

21. Una discussione adeguata della analisi del linguaggio pre-cettivo compiuta da HARE non può essere fatta qui. Io accetto in par-

Di conseguenza, ripeto, se la volontà del promittente è concepita come creatrice di una norma, non può essere per ciò stesso concepita come causa del comportamento futuro del promittente consistente nell'adempimento della promessa. La volontà dell'adempimento non è causata dalla volontà che ha posto in essere la promessa. La volontà dell'adempimento non è l'effetto della volontà passata del promittente. Si evita così l'assurdo concetto dell'autolimitazione della volontà. Fra la volontà di promettere e la volontà di adempiere c'è la norma creata dalla volontà di promettere. Ed inoltre da un lato la norma posta in essere dalla volontà di promettere e, d'altro lato, la volontà di adempiere non sono a loro volta concepibili come termini di una relazione di causa e di effetto, proprio perché la volontà di adempiere la promessa è una scelta, e non semplicemente un effetto. E' una scelta fra due possibilità: adempimento o inadempimento, implicanti rispettiva-

te il punto di vista dell'autore per ciò che concerne l'"assenso" nella determinazione della differenza fra proposizioni indicative e proposizioni precettive (*The Language of Morals*, cit., p. 18 e ss. e *Freedom of the Will*, cit., p. 215). Ma, fra l'altro, non mi sembra vero ciò che egli cerca di dimostrare contro Carnap, Ayer e Stevenson negando che la funzione di un comando sia quella di determinare il destinatario ad agire nel modo espresso dal comando medesimo (*The Language of Morals*, cit., p. 13). Si può proprio, senza previamente alterare il significato comune della parola "comandare" così come si presenta nei più diversi contesti, parlare, ad esempio, di un volere comandare che non implichi un volere essere obbedito? È corretto parlare di un volere comandare che si ponga come tendenza ad "istruire" e a "guidare" le azioni dei destinatari senza peraltro porsi come tendenza ad influenzare i comportamenti dei destinatari ed a persuaderli ad agire nel senso espresso dal comando (*Freedom of the Will*, cit., p. 214)? Mi sembra che nel pensiero di Hare ci sia un equivoco costituito dal fatto di assumere indebitamente le nozioni di "influenza sui comportamenti" e di "persuasione" come esclusivamente riducibili nei termini di una "determinazione causale". È un equivoco che probabilmente nasce dalla tensione polemica dell'autore nei confronti del punto di vista che egli attribuisce per l'appunto, come, dicevo, a Carnap, Ayer e Stevenson.

mente un atto di assenso o un atto di dissenso nei confronti dell'influenza sui comportamenti espressa dalla norma negoziale.

Come si è visto, secondo l'inversione operata dal Kelsen rispetto al punto di vista tradizionale, le formulazioni del tipo "non si deve rubare" sarebbero superflue ed inessenziali, in una descrittiva scientifica del paradigma normativo, rispetto alle formulazioni del tipo "se qualcuno ruba sarà punito". Perciò la norma per cui un debitore deve pagare, non sarebbe diretta al debitore, ma sarebbe diretta, in maniera condizionata dall'inadempimento del debitore, all'organo che deve applicare la sanzione. Ma così per l'appunto si perde, nel senso che già si è visto, il significato direttivo della norma come valutazione pratica e, a mio avviso, non si può coerentemente parlare di norma giuridica negoziale²².

Perchè sia possibile parlare coerentemente di norma negoziale bisogna invece potere dire — come credo si possa dire se è accettabile il punto di vista qui proposto — che la norma è diretta al debitore e che la sua influenza direttrice è condizionata dalla credenza che la sanzione sarà applicata in caso di inadempimento.

La sanzione è sì evidentemente il mezzo che la regola giuridica presuppone, a differenza di altre regole pratiche, affinché sia esercitata la sua influenza sui comportamenti; ma perchè si possa parlare di norma giuridica negoziale l'influenza direttrice della norma non deve essere identificata con il mezzo con cui si esercita e che pur tuttavia necessariamente implica. (L'influenza direttrice di un precetto giuridico è insomma condizionata dalla credenza che la sanzione sarà applicata o anche forse dal fatto che un

22. A ROSS che pure avendo una sua generale prospettiva teorica personale, sembra accettare l'inversione kelseniana (*On Law and Justice*, Londra, 1958, p. 52) è più coerente del Kelsen quando si astiene da una concezione normativa del negozio (*ib.*, p. 224).

precetto faccia parte di un sistema di precetti per la maggior parte sanzionabili) ²³.

La descrizione di questo rapporto di imprescindibile implicazione fra norma negoziale e sanzione presuppone poi evidentemente la descrizione delle relazioni fra norma negoziale ed altre norme dell'ordinamento giuridico positivo in cui la norma negoziale si trovi inserita.

23. Secondo H. L. A. HART (*Positivism and The Separation of Law and Morals* in *Harvard Law Review*, 1958, p. 621), "vi sono molte cose che non sono vere se vengono riferite alle norme giuridiche considerate separatamente" rispetto al sistema di norme di cui fanno parte, "ma che sono vere ed importanti se riferite in generale al sistema legale di cui fanno parte, considerato come un tutto". Ciò vale anche, secondo l'autore, per la "connessione" fra norme e sanzioni.

Fra le più recenti e vivaci discussioni in tema di sanzione vedi nella letteratura italiana F. ALLORIO, Osservazioni critiche sulla sanzione (estratto da *Studi in onore di F. Messineo*, v. IV), Milano, 1958, pp. 3-50 e D. BARBERO, *Polemiche sulla sanzione* (estr. da Riv. dir. civ., 1956), Padova, pp. 3-24.

O estatuto das sociedades anônimas brasileiras *

Waldemar Ferreira

Professor Emérito da Faculdade de Direito
da Universidade de S. Paulo e Honorário
da Universidade do Rio Grande do Sul.

1. Leis não se improvisam. As por que os povos se regem, ainda quando suas instituições políticas se modifiquem, em regra subsistem e somente se alteram por ação do tempo e das contingências sociais e econômicas. O exemplo da Turquia, tomando de empréstimo os códigos suíços por efeito da revolução política que a ocidentalizou, ainda é impar.

Quando em 1822 a colônia portuguesa da América se proclamou independente, rompendo os laços metropolitanos e convolvando-se no Império do Brasil, o príncipe, que o regia, aclamado Imperador, declarou em vigor no país as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal e pelos quais a nação se governara até 25 de abril de 1821, data em que seu augusto pai, Sua Magestade Fidelíssima D. João VI, se ausentara do Brasil, mais as que, como regente havia até então promulgado, “enquanto se não organizasse um novo Código, ou não fôssem especialmente alteradas”

2. As Ordenações do Reino, promulgadas em 1603 por D. FILIPE III, de Espanha, que detinha a Coroa de Portugal,

* De *La Società per Azioni alla Metà del Secolo XX*, Racolta di scritti in onore di Angelo Sraffa, Milão, 1960.

e ficaram a vigorar no Brasil, eram complexas e abundantes. Compendiaram as leis costumeiras e foralícias implantadas pelos povos invasores da Península Ibérica e os preceitos advindos do Direito Romano e do Direito Canônico, que por cristalização e depuração já se haviam incorporado nas Ordenações Afonsinas de 1446 e nas Ordenações Manoelinas de 1512, mais as leis que ao depois se editaram. Constituíram por isso mesmo código amplo e completo, de singular originalidade desde sua versão primeira, confrontadas com os demais códigos continentais europeus, assim na estrutura formal, como especialmente na material.

Como era da época, as Ordenações Filipinas não distinguiram a matéria comercial da matéria civil, mantendo a unidade do direito privado. Não divisaram dessarte no objetivo não econômico de tais ou quais sociedades, ou no objetivo econômico de outras, constituídas com aspecto e finalidade lucrativa profissional, fundamento para dividi-las em duas categorias, as comerciais ao lado das sociedades civis.

No título XLIV do seu livro IV, as Ordenações disciplinaram o “contrato da sociedade e companhia”; e esta epígrafe poderia originar a perspectiva de que nesta última expressão se houvesse compreendido a sociedade anônima ou por ações, qual se instituíra, um ano antes, em 20 de março de 1602, na Holanda — a Companhia das Índias Orientais. Não teria isso sido possível por duas ordens de argumentos. É o primeiro que as Ordenações em 1602 já se achavam elaboradas pela comissão instituída por D. FILIPE II. É o segundo que a Companhia das Índias Orientais se havia organizado como arma de combate ao poderio da Coroa de Espanha, em guerra com a Holanda¹. Elas desconheciam a sociedade anônima.

Mercê mesmo da formação da palavra *companhia*, esta designava a *sociedade* e a copulativa que as unia no título

1. WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, ed. Max Limonad, vol. III, São Paulo, 1955.

as sinonimizava, de modo que uma e outra exprimiam o contrato que duas pessoas, ou mais, faziam entre si, ajuntando todos os seus bens, ou parte dêles, “para melhor negócio e maior ganho”.

Seria a companhia, com êsse escopo, de dois tipos — a *universal* e a *particular*, aquela quando abrangesse todos os bens que os companheiros tivessem; e esta, quando não fôsse de todos os bens, “mas de parte dêles, assim como de certo trato, ou negócio”.

Quer num, quer noutro tipo societário, os bens dos companheiros se comunicavam, entrando em regime de comunhão. Dizia-o o texto. “Se o contrato de companhia fôr feito entre algumas pessoas de todos os bens, que tiverem, logo o senhorio e posse de tais bens se traspassará reciprocamente nos companheiros, sem ser necessária alguma apreensão corporal, ou ato algum, por que se alcance senhorio, ou posse de alguma coisa. E tudo o que qualquer dos companheiros adquirir, depois de feita a tal companhia de todos os bens, por qualquer título que seja, se comunicará entre todos, e o domínio e posse dêles se traspassará nos ditos companheiros”.

Estabelecia-se dessarte entre os companheiros estado de comunhão geral de bens trazidos para a companhia ou posteriormente adquiridos. Era o estado de comunhão societária. Não se dava o mesmo na companhia particular. Nesta, o estado de comunhão se adstringia aos bens trazidos para a companhia.

“Quando — rezavam as Ordenações — o contrato de companhia não fôr de todos os bens, mas de parte dêles, assim como de certo trato, ou negócio, aquilo sòmente se comunicará entre os companheiros, que cada um dêles houver por seu trabalho, ou indústria no mesmo trato, ou negócio, e não aquilo, que cada um dêles houver por outro modo fora da companhia por respeito de sua pessoa, ou por beneficio particular, que de alguém recebeu, assim como uma herança, ou legado, doação, ou outra coisa semelhante”.

A companhia particular se distinguia da companhia universal, como é de ver, por ajuste expresso, em que se lhe predeterminasse a natureza, de molde a restringir o estado de comunhão societária aos bens e negócios que lhe constituíssem o objeto. Dominava o princípio de que as restrições de direito deveriam ser expressas, a despeito de que as companhias pudessem constituir-se e sua existência comprovar-se até por via de testemunhos.

Não obstante a pobreza dos dispositivos atinentes ao contrato de sociedade e companhia, nos termos expostos, e a despeito de serem sinônimas estas duas expressões, companhias se organizaram em Portugal, incorporadas por cartas ou alvarás de instituição, concedidas pelo govêrno. Assim, houve a Companhia de Comércio da Índia, em 1633; e, em 1649, a Companhia Geral do Comércio do Brasil, e outras ao depois, sendo que esta, que foi a de mais longa duração, não apresentava o organismo da sociedade anônima, pois não era sociedade de acionistas, mas de comanditários².

3. Ao elaborar-se o Código Comercial do Império do Brasil, promulgado pela lei n.º 556, de 25 de junho de 1850, as condições econômicas do país, mal saído do regime colonial que nele vedara a criação de indústrias e fábricas, propiciaram a criação destas. Não poucas houveram de adotar as vestes das sociedade anônimas, a despeito da inexistência de paradigma adequado e de mui sucintamente reguladas naquele código.

Não foram, a respeito destas, necessários mais do que cinco artigos. Preceituou-se no primeiro que aquelas sociedades se designariam pelo objeto ou emprêsa a que se destinassem, sem firma social, administrando-se por mandatários revogáveis; mas sòmente se poderiam estabelecer por tempo determinado e com autorização do govêrno, de-

2. WALDEMAR FERREIRA, *A Companhia Geral do Comércio do Estado do Brasil*, ed. do *Jornal do Fôro*, Lisboa. 1956.

pendente de aprovação do Corpo Legislativo, quando houvessem de gozar de algum privilégio. Provar-se-iam por escritura pública, ou pelos estatutos, e pelo ato do poder público que as houvesse autorizado, inscritos no registro do comércio e publicados pelo Tribunal do Comércio antes que começassem a operar. Desmanchando-lhes a estrutura, os artigos subsequentes disseram que o seu capital se dividiria em ações e estas em frações, podendo ser ao portador, transmissíveis por endosso e por ato lançado nos registros da companhia. Os sócios não responderiam por mais do valor das ações ou interesse por que se houvessem comprometido. Os administradores ou diretores responderiam pessoal e solidariamente a terceiros, que com elas tratassem, até ao momento em que as inscrevessem no registro do comércio; depois disso, só responderiam pela execução do mandato.

Era pouco, evidentemente; mas muito mais do que isso não haviam prescrito os códigos até então promulgados, a começar pelo de França. Em face dêste, como em face do código do Brasil, as sociedades anônimas ficaram na dependência governamental. A propósito daquele, observou GEORGES RIPERT que a autorização do govêrno não era de pura forma, pois o Conselho de Estado devia manifestar-se e tinha fixado estatutos típicos e tornado obrigatória sua adoção. Exigia principalmente que a administração da sociedade se confiasse a mandatários indestituíveis, designados nos estatutos. Era o meio de encarnar a sociedade em seus dirigentes, personalizando-as, de modo que os interessados se viam em palpos de aranha diante da exigência da integralização do capital, a que os subscritores se opunham, antes de obtida a autorização do govêrno, que era suscetível de revogação em caso de violação dos estatutos. Dizia então que as sociedades anônimas se achavam sob a tutela do Estado: a confiança, que despertavam, era a confiança aberta ao Estado³.

3. GEORGES RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, pág. 55, n. 23.

Diferente não era no Brasil. Embora, observou PIMENTA BUENO, “embora uma emprêsa ou sociedade prôjetada em nada contrarie a lei e a boa fé comercial, embora tenha tôdas as probalidades de ser bem sucedida, embora as pessoas dos empresários e subscriptores ministrem tôdas as garantias desejáveis, embora sejam satisfeitas tôdas as condições do decreto de 10 de janeiro de 1849, basta que o Ministério julgue que a pretenção prejudica os interêsses da indústria em geral, ou algum interêsse do Tesouro, que promove a agiotagem, ou que encerra qualquer inconveniente, para impôr o seu veto” Mesmo depois de obtida a autorização se tinha que sofrer “um processo longo e humilhante pela dependência ministerial, que é fatigante e quase fabulosa, que gasta meses e até ano, que desconcerta todos os planos e causa perdas que podem ser consideráveis”⁴.

Eram essas dificuldades decorrência da legislação deficiente das sociedades anônimas, que aumentava a desconfiança que elas inspiravam por não bem conhecidas dos que deviam manifestar-se sôbre seus atos constitutivos, examinando-lhes a estrutura e o objetivo, afim de apreciar-lhes as probabilidades de sucesso, dada a particularidade de ser nelas limitada a responsabilidade de seus fundadores e sócios.

Êsses empecilhos, que legislação esparsa e de efeitos transitórios, mercê de crises financeiras que abalaram o país, não lograram desfazer, nem diminuir, ensejaram movimento entre os homens de negócios, patrocinados pelos juristas, no sentido de libertar as sociedades anônimas da tutela governamental.

4. A campanha libertadora das sociedades anônimas explodiu, em 1882, nos trabalhos parlamentares. Estabeleceu-se então que elas deveriam ter por fundamento uma

4. JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, ed. de J. Villeneuve & Cia., Rio de Janeiro, 1857, pág. 408, n. 558.

trilogia — liberdade, publicidade e responsabilidade, fora da qual não haveria senão restrições injustificáveis ao direito individual. A liberdade permitiria que o espírito de iniciativa tivesse o desenvolvimento de que fôsse capaz, acomodando-se às conveniências e necessidades dos sócios e do bem público. A publicidade do projeto e dos estatutos sociais e das condições de vida e de movimento dos acionistas em busca do objetivo proposto e das particularidades das transações e negócios que o constituiriam, serviria para prevenir e afastar perigos a que pudessem estar sujeitos quantos de boa fé pretendessem aplicar seus capitais. A responsabilidade efetiva dos fundadores e dos diretores que lhes sucedessem na gestão dos negócios da empresa, estabelecida em termos eficazes no civil e no criminal, seria de molde a fornecer a devida garantia ao público em geral e aos acionistas em particular.

Sob a égide desses princípios, chegou-se à lei n.º 3.150, de 4 de novembro de 1882, a que deu regulamento o decreto n.º 8.821, de 30 de dezembro de 1882, estabelecendo que as companhias ou sociedades anônimas, quer seu objeto fôsse comercial, quer civil, se poderiam estabelecer sem autorização do governo. Não se constituiriam sem esta todavia, dada legislativamente, os bancos de circulação. Dela careceriam as sociedades anônimas que tivessem por objeto o comércio ou fornecimento de gêneros ou substâncias alimentares e as sociedades anônimas estrangeiras que pretendessem funcionar no país.

5. Distinguir-se-iam as sociedades anônimas das demais espécies de sociedades:

- a) pelo concurso de, ao menos, sete sócios;
- b) pela divisão de seu capital em ações e destas em frações;
- c) pela responsabilidade limitada dos acionistas.

I. Pretendeu-se, na elaboração parlamentar da lei, admitir que as sociedades anônimas se pudessem constituir com qualquer número de sócios, dois no mínimo. Prevaleceu no entanto o número mínimo de sete subscritores do

capital social. Só depois dêste assim subscrito e de depositada a sua décima parte em dinheiro do valor de cada ação, elas poderiam constituir-se, por escritura pública, lavrada por notário, ou por deliberação dos subscritores em assembléia geral.

O número mínimo de sete sócios ou acionistas dever-se-ia manter durante tôda a vida das sociedades anônimas, sob pena de dissolução, se dentro do prazo de seis meses não se preenchesse o setenato. Êsse semestre de convalescimento se contaria, se tôdas as ações fôsem nominativas, da data em que, pela publicação das transferências, se verificasse a redução dos acionistas a menos de sete; e, se ao portador ou transferíveis por endôso, do dia da assembléia geral em que se verificasse aquela redução.

Sociedades anônimas, devidamente constituídas, não poderiam entrar em funções e praticar válidamente ato algum senão depois de arquivar na Junta Comercial e, onde inexistisse, no Registro de Hipotecas da comarca, os seus atos constitutivos, a saber:

- a) os estatutos ou a escritura contendo o contrato social e a constituição da sociedade;
- b) a lista nominativa dos subscritores, indicando o número de ações e as entradas de cada um;
- c) a certidão do conhecimento de depósito da décima parte do capital social;
- d) a ata da constituição da sociedade.

Não se arquivariam os atos constitutivos de sociedades cujo objeto fôsse contrário à lei, à moral e aos bons costumes.

Publicar-se-iam nos jornais do têrmo ou lugar mais próximo e no *Diário Oficial* da Província os estatutos ou a escritura do contrato social, declarando a data de seu arquivamento e os nomes, profissões e moradas dos administradores; e o jornal oficial se arquivaria no Registro de Hipotecas da comarca.

II. Dividir-se-ia o capital social em ações de igual valor, e cada ação poder-se-ia dividir em frações, caso em

que as frações, reunidas em número que desse valor equivalente ao de uma ação, se considerariam como ação, conferindo aos respectivos portadores, em conjunto, os direitos que tinham a ação por base e unidade.

As ações poderiam ser ao portador, desde que integralizadas, e nominativas, ou transferíveis por endôssô. A propriedade das nominativas se estabeleceria pela inscrição no livro do registro e se transferiria por t rmo nesse mesmo livro; das ao portador, pela tradição manual; e a das por end ss , por via dêste, lançado no verso de cada título.

Firmou-se o princípio de que às sociedades anônimas não seria lícito negociar as próprias a es, adquirindo-as ou vendendo-as, nem recebê-las em penhor, salvo em cau o das responsabilidades de seus diretores. Penhoráveis seriam no entanto suas a es pelos próprios acionistas em garantia de obriga es próprias, se nominativas por via de t rmo nos livros da companhia, se ao portador ou endoss veis pela forma comum do penhor.  ste não inibiria aos acionistas no entanto do exercício dos direitos que lhes eram próprios, quais os da participa o nos dividendos sociais e os de participa o e voto nas delibera es das assembléias gerais.

III. Se desenvolve não se mostrou a lei no disciplinar os direitos e obriga es dos acionistas, acentuou todavia que não responderiam pelas obriga es sociais além do valor nominal das a es que subscrevessem ou viessem a adquirir.

6. Estruturando os órgãos sociais, tripartiu-os a lei, criando o administrativo, o deliberativo e o fiscalizador e dando-lhe dessarte organismo democrático.

I. A administra o social caberia a dois ou mais diretores, acionistas ou não, gratuitos ou assalariados, eleitos pela assembléia geral por tempo não superior a seis anos, reeleg veis, mas destituíveis a qualquer tempo sem necessidade de justifica o de causa.

O número, modo e condições eletivas dos diretores, seus vencimentos, prazo de mandato, destituição e substituição, regular-se-iam nos estatutos ou contrato social. Adotaria cada sociedade o regime administrativo que lhe parecesse mais conveniente. Em caso de omissão estatutária, reputar-se-iam os administradores investidos de poderes para a prática dos atos de gestão e de representação da sociedade em Juízo, ativa e passivamente; e para a nomeação dos que os auxiliassem na gestão diária dos negócios, respondendo pelos atos destes, como se fôsem próprios.

Sem especiais poderes vedados se achariam os administradores de transigir, renunciar direitos, hipotecar ou empenhar bens sociais; ou contrair obrigações e alienar bens e direitos, salvo quanto aos atos e contratos constituintes do objeto social.

Nessas condições, os diretores não responderiam pessoal, individual ou solidariamente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade. Esta se obrigaria pelo ministério deles, como seus órgãos estatutários; mas ao revêz, responderiam êles para com ela quando agissem com negligência, culpa ou dolo; para com ela terceiros prejudicados, pelo excesso de mandato; e, solidariamente, a ela e a êstes, pelos prejuízos e danos decorrentes da infringência da lei e dos estatutos.

II. A assembléia geral dos acionistas, como órgão supremo da vontade social, fruía de poderes para a resolução de todos os negócios sociais e para a tomada de decisões de qualquer natureza, condizentes com o seu interêsse, inclusive a alteração ou reforma dos estatutos ou contrato social.

Traçou a lei as regras para sua convocação, instalação, funcionamento, poder deliberante dos votos dos acionistas; mas nos estatutos se determinaria a ordem a observar-se nelas, bem assim o número de ações que deveria possuir cada acionista para exercer o direito de voto em razão do número de ações, que possuísse, sem prejuízo do direito de comparecimento e de discussão da matéria da ordem do dia.

III. Tôda sociedade anônima deveria ter um conselho composto de três ou mais fiscais, eleitos pela assembléia geral ordinária, que se realizaria anualmente. Os fiscais teriam direito para, durante o semestre precedente à assembléia geral ordinária, examinar os livros da companhia, verificar o estado de caixa e exigir informações dos diretores, a fim de apresentar àquela assembléia parecer sôbre os negócios e operações sociais, tomando por base o inventário, o balanço e as contas dos administradores.

7 Afastou a lei as sociedades anônimas, da falência instituindo para elas, em caso de insolvabilidade, de cessação de pagamento das dívidas e da perda de três quartos de seu capital, processo especial: o de liquidação forçada. Insujeitas dessa forma à falência as companhias, seus administradores e sócios responderiam no entanto pelos crimes que, como tais, cometessem contra a própria sociedade ou contra terceiros.

Criou-se dessarte processo especial para a falência das sociedades anônimas, sem que como tal se chamasse, mas no qual a decisão declaratória da liquidação forçada produziria efeitos idênticos aos da sentença falimentar; e, ademais, naquele processo, seria possível até a apresentação de proposta de concordata, desde que autorizáda por acionistas que representassem no mínimo dois terços do capital social.

Constituía isso particularidade digna de nota, logo depois desaparecida, com a submissão das sociedades anônimas à falência, com a só restrição, mui recente, das destinadas ao comércio bancário, suscetíveis de liquidação extrajudicial, na órbita administrativa.

8. Eis, em sùmula, como, há setenta e quatro anos, se estabeleceu o estatuto das sociedades anônimas brasileiras, em regime de liberdade de constituição e de funcionamento. Não se predeterminou sequer quantia mínima para o capital de tais sociedades ou para o valor nominal das

ações em que se dividisse. A escolha do tipo e das vestes societárias das emprêsas ficou ao inteiro arbítrio de seus fundadores; e os atos constitutivos ficaram sobremodo facilitados, sobretudo para as companhias que viessem a organizar-se sem a subscrição pública de seu capital.

Em decurso de tempo de alguma longura, como o escoado de 1882 até agora, aquela lei de 1882 sofreu alterações e acréscimos requeridos pelas contingências da vida econômica e financeira do país, ao compasso dos eventos políticos de tão variado rumo nos últimos tempos, que impuseram modificações ao anonimato, sem quebra todavia de seu organismo naquele tempo delineado.

Se, estruturalmente, a sociedade anônima é sempre a mesma, onde quer que ela se forme, tem ela estatuto específico, que as diversas leis, que últimamente a disciplinaram em vários países, não deformaram. Foi o que aconteceu no Brasil com a reforma levada a efeito pelo decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, ainda agora vigente, com pequenas alterações introduzidas por leis posteriores. É que êsse diploma legislativo foi tradicionalista e sòmente modificou o que demandava alteração.

São consideráveis realmente as modificações que se tem procurado infiltrar no anonimato, em tôda a parte, a começar pelo conceito do acionista. A lei brasileira via nele mais que o titular da ação, o sócio; e assim o qualificava, por não dever ser estranho à sociedade anônima a *affectio societatis*, por serem todos os que nela intervêm, em regra, ligados por laços de negócios, quando não de parentesco, verdadeiramente, sociedade de família. Há, certamente, no Brasil, inúmeras sociedades que escapam a essa contingência; mas a verdade é que proliferam as sociedades anônimas, que se dizem sociedades fechadas, por pertencentes a certos e determinados grupos, as ações, senão em totalidade, em grande maioria. Acionistas preponderantes delas se apoderam e nelas exercem sua vontade. Gerem-nas ao seu talante, quer existindo acionistas reais, quer servindo-se de acionistas fictícios, empregados ou amigos.

De resto, reconhecendo a constância da prática, a lei transigiu com ela e consagrou a existência da sociedade de um só acionista sem perda de sua personalidade jurídica. Dissolve-se realmente a que tenha menos de sete acionistas, seis ou apenas um; mas essa dissolução se dá, “pela redução do número de acionistas a menos de sete, verificada em assembléia geral ordinária, e caso êsse mínimo não seja preenchido até a seguinte assembléia geral ordinária”.

Reduzindo-se a um o número de acionistas no dia subsequente ao da assembléia geral ordinária, êsse fato somente produzirá efeito depois de constatado na subsequente assembléia geral ordinária a realizar-se daí a um ano; e como mais um ano decorrerá para o convalhecimento da sociedade, esta entrará então em período agônico, sem que todavia sua personalidade jurídica desapareça, o que acontecerá de pleno direito se o número mínimo não se preencher.

Fácil será preenchê-lo e dar a impressão de restauração da sociedade; mas é de imaginar quão graves problemas poderão surgir nesse entretempo.

9. De qualquer modo que seja, é evidente que sete sócios poderão constituir a sociedade e mantê-la, pouco importando sua nacionalidade. Brasileiros e estrangeiros os acionistas, ainda assim como brasileira se reputará a sociedade. São nacionais, ao dizer da lei, as sociedades organizadas na conformidade de seus dispositivos, que no país tenham a sede de sua administração. Pouco importa a nacionalidade de seus acionistas: sete estrangeiros podem constituir no Brasil uma sociedade anônima brasileira, pela regra de que, mercê de sua personalidade jurídica, as sociedades são distintas de seus componentes.

De resto, e diga-se de passagem, a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a igualdade perante a lei, pela inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Sendo a todos dessarte livre a formação de associação, a própria Constituição estabeleceu casos

particulares de restrições a direitos dos estrangeiros domiciliados no país, nesse particular. E são poucos. As concessões ou autorizações para o aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica se conferirão exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país, assegurado ao proprietário preferência para explorá-los. A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública; e os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros natos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo êstes a serviço de seu país, ou filhos de brasileiros ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil; ou, não o estando, se vierem a residir no país e optarem pela nacionalidade brasileira dentro em quatro anos. É vedado a estrangeiros a propriedade de empresas jornalísticas, sejam políticas ou simplesmente noticiosas, assim como as radiodifusoras. Nem êsses, nem pessoas jurídicas, excetuados os partidos políticos, poderão ser acionistas de sociedades anônimas proprietárias dessas empresas; e as ações não poderão ser ao portador. A brasileiros natos caberá exclusivamente a responsabilidade principal delas e a sua orientação intelectual.

Afora em casos tais, a estrangeiros é lícito coparticipar de sociedades anônimas brasileiras, sendo que algumas carecerão de autorização governamental de autorização e funcionamento, ainda que constituídas exclusivamente de acionistas brasileiros. Não se podem constituir, sem que previamente autorizadas, sociedades, agências ou estabelecimentos de seguros, montepio, caixas econômicas, salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais legalmente organizados; as de navegação de cabotagem e aérea; as de energia hidráulica; as de gêneros ou substâncias alimentares; e as de viagens e turismo.

Carecem de autorização de funcionamento no Brasil as sociedades anônimas estrangeiras: elas não podem, sem autorização do govêrno federal, funcionar no país, por si

mesmas, ou por filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos que as representem. Podem porém ser acionistas de sociedades anônimas brasileiras.

As sociedades anônimas estrangeiras autorizadas a funcionar ficarão sujeitas às leis e tribunais brasileiros quanto aos atos ou operações que praticarem no Brasil; e qualquer alteração que elas, em seu país de origem, fizerem nos seus estatutos dependerão de aprovação do governo federal para que produzam efeitos em território brasileiro.

10. No atinente às ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que conferem a seus titulares, dividiu-as a lei em ordinárias ou comuns e em preferenciais, estas de uma ou mais classes, e as de gôzo ou fruição.

A preferência pode consistir na prioridade na distribuição de dividendos, mesmo fixos e cumulativos, e no reembolso do capital, com prêmio ou sem êle; ou, então, na acumulação dessas prioridades.

As ações de gôzo ou de fruição são as que substituem as ações amortizadas com fundos disponíveis e sem diminuição do capital.

Podem criar-se, a qualquer tempo, partes beneficiárias, títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital social, conferindo aos seus proprietários direito de crédito eventual contra a sociedade, consistente em participação nos lucros líquidos anuais, que, segundo a lei e os estatutos, devam ser distribuídos pelos acionistas.

11. No capítulo das relações entre a sociedade anônima e seus acionistas, a lei fez a declaração dos direitos próprios dos acionistas, em termos precisos.

Nem os estatutos sociais, nem a assembléa geral poderão privar qualquer acionista do direito:

a) de participar dos lucros sociais, observada a regra da igualdade de tratamento para todos os acionistas da mesma classe ou categoria;

b) de compartilhar, nas mesmas condições, do acervo social, no caso de liquidação da sociedade;

c) de fiscalizar, pela forma estabelecida na lei, a gestão dos negócios sociais;

d) de preferência para a subscrição de ações novas, no caso de aumento do capital social, ou de ceder êsse direito a outro acionista, ou a terceiro;

e) de retirar-se da sociedade, quando vencido, nas deliberações da assembléia geral, na aprovação das matérias discriminadas na lei.

Com isso, deu-se garantia aos acionistas contra as deliberações de maiorias facciosas; e mais eficiente se tornou essa garantia com assegurar-se-lhes o dividendo mínimo de 6% dos lucros anuais e a proibição das importâncias dos fundos de reserva criados pelos estatutos em caso algum ultrapassarem a cifra do capital social realizado. Atingido êsse total, a assembléia geral aplicará parte daquelas importâncias na integralização do capital, se fôr caso, ou no seu aumento, distribuindo as ações correspondentes pelos acionistas; ou partilhando-as a êstes, em dinheiro, a título de bonificação.

Com o mesmo objetivo, a lei padronizou o balanço anual da companhia, estabelecendo regras para a estimação do ativo, quer quanto aos bens destinados à exploração do objeto social, quer quanto aos valores mobiliários, matéria prima, bens destinados à alienação ou que constituam produtos ou artigos da indústria ou comércio da sociedade.

Nas sociedades fechadas, como a generalidade das sociedades anônimas brasileiras, a preocupação de quantos detêm a maioria das ações, é a da retenção dos lucros sob os mais variados títulos contabilísticos, evitando o pagamento dos dividendos aos acionistas em minoria a fim de forçá-los a abrir mão de suas ações. Aliás, prática é essa generalizada em todo o mundo, como demonstram as recentes leis sôbre o anonimato, sem que logrem seu objetivo.

Sempre haverá como justificar a política da retenção dos lucros sob a forma de reservas explícitas e de reservas ocultas, a despeito da constante diligência nesse sentido dos agentes do fisco para a efetiva cobrança do imposto de renda.

12. Ponto digno de relevância é que a lei brasileira se apresentou excessivamente regulamentária.

Evitou com isso a legislação dos diretores por via dos estatutos sociais, em que se estabeleciam dispositivos draconianos para os acionistas em maioria; e assim é que toda a matéria atinente às assembléias gerais, desde sua convocação até suas deliberações, se acha regulada pormenorizadamente. Constitui isso inequívoca garantia para os acionistas que efetivamente se interessem pela marcha dos negócios sociais. Nem todos são dessa categoria, senão meros aplicadores de capitais, desinteressados do sucesso industrial ou mercantil do empreendimento, mas preocupados apenas com a regularidade no pagamento dos dividendos semestrais ou de fim de ano.

Para evitar a concessão, pelos estatutos, de poderes excessivos à diretoria, em detrimento dos acionistas, teve a lei o cuidado de estabelecer a matéria de exclusiva competência da assembléia geral. Com isso, abusos constantes se evitaram, de molde a assegurar aos acionistas minoritários o direito de defender seus direitos com os da própria coletividade societária. Ação têm eles para anular a constituição da sociedade por vícios ou defeitos verificados naquele ato ou para anular as deliberações tomadas em assembléia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo ou simulação; ou, ainda, para responsabilizar fundadores, diretores, fiscais ou liquidantes por atos culposos ou dolosos ou violadores da lei ou dos estatutos.

O exercício desses direitos no entanto ficou adstrito a prazos curtos, de um a três anos, pela predominância do preconceito de que sobreleva a existência da sociedade, do ponto de vista do interesse público, ao seu desaparecimento. Daí o ser lícito à sociedade, por deliberação da assembléia geral, providenciar para que saneie o vício ou defeito originário da ação destinada a anulá-la; e, em caso de dissolução e liquidação da sociedade, o poder a mesma assembléia, pelo voto de acionistas representando a metade,

no mínimo, do capital social, fazer cessar o estado de liquidação, a fim de repôr a sociedade em sua vida normal.

E isso é a ressurreição.

13. Outros e diversos aspectos da lei brasileira sôbre o estatuto das sociedades anônimas poderiam ser trazidos à sumariiedade dêste estudo, que se acha limitado pela natureza desta publicação; e o debate poderia alongar-se sobremodo diante da deficiênciã das leis no atendimento das necessidades do comércio e da indústria, que se avantajam com o desenvolvimento de um e de outro, sob a égide das invenções e descobrimentos dos últimos tempos.

Direito Civil Comparado

Ernesto Leme

Catedrático de Direito Comercial na
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

I

Sumário: Importância do estudo do Direito Comparado. O Direito Comparado como disciplina auxiliar. O Direito Comparado como simples método. O Direito Comparado como ciência autônoma. Suas divisões.

Importância do estudo do Direito Comparado. — O interesse dos povos pelo conhecimento do direito estrangeiro remonta à antiguidade. Assinala-o Mario Sarfatti, (*Le Droit Comparé dans son essence et dans son application*), apresentando como exemplo a colheita de materiais constante da *Lex Dei* ou *Collatio legum Romanarum et Mosaicarum*, que surgiu no ano 400 da Era Cristã.

Fôrça é reconhecer, todavia, com Giorgio del Vecchio, (*Sull'Idea di una Scienza del Diritto Universale Comparato*, 2.^a edição, p. 24), que foi Anselm Feuerbach (1775-1833), quem lançou de fato os fundamentos da ciência do Direito Comparado.

Feuerbach era um criminalista. Publicou, aos vinte e cinco anos de idade, o *Ensaio de uma Ciência Criminal do Corão*. E o seu interesse esteve sempre voltado para o estudo do direito em outros povos. A sua obra, porém, inédita na maior parte por dilatados anos, só recentemente foi revelada, após os trabalhos de Gustav Radbruch, professor da Universidade de Heidelberg, que lhe traçou a biografia.

O legado científico de Feuerbach abrange estudos, alguns inacabados, sobre as normas vigentes na Sibéria, na Mandchúria, na Mongólia, na China, na América. Os dados de que dispunha eram contudo bem modestos. Compunham-se, em sua maior parte, de narrativas dos viajantes, sem formação jurídica, os quais preferiam descrever “os costumes, a alimentação, as bebidas e aquilo que chama a atenção do vulgo, a falar de assuntos concernentes à organização jurídica, os quais, embora mais ocultos, solucionam, entretanto, mais que êsses aspectos exteriores, o enigma da humanidade”, (*apud* Gustav Radbruch, *Anselm Feuerbach, précurseur du Droit Comparé*).

Proclamava Montesquieu, em 1748, no seu *Esprit des lois*, Livro I, capítulo 1.º, que “La loi en général est la raison humaine, en tant qu’elle gouverne tous les peuples de la terre, et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s’applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles ont été faites que c’est un très grand hasard si celles d’une nation peuvent convenir à une autre”.

Fundada em tal concepção nasceu a escola histórica, para a qual o direito decorria do “Volksgeist”, do espírito do povo, isto é, das particularidades da vida de cada nação. Sem negar, contudo, essa verdade: “Todo povo traz no seu coração, com o seu sentimento humano e sua particularidade étnica, o gérmen de sua legislação, Feurbach acrescentava: “A legislação, como parte essencial da cultura do espírito, propaga-se de um povo a outro”.

E’ o que assinalam Arminjon, Nolde e Wolff, (*Traité de Droit Comparé*, I, 12), ao afirmarem existir normas puramente arbitrárias, que poderiam, sem inconveniente, ou injustiça, ser substituídas por outras, como as concernentes à idade em que a pessoa atinge à maioridade, ou as referentes aos prazos da prescrição. “Quando um legislador elabora uma lei, êle não se inspira apenas na justiça abstracta, mas, sobretudo na utilidade, êle considera aquilo que pode razoavelmente fazer, êle toma, ou deve tomar em consideração os costumes, os hábitos, as tradições e mesmo

os prejuízos da população. Demais, a mesma finalidade pode ser obtida por diversos meios. Como em tôdas as ciências applicadas, a atuação do direito pode operar-se por processos muito diversos, seguindo métodos práticos que parecem differir completamente e que todavia atingem o mesmo escôpo através caminhos mais ou menos curtos e mais ou menos diretos e apropriados”.

A semelhança, ou identidade das leis que governam os povos diversos decorre de vários fatôres. Nasce da conquista, da colonização, da imitação. Simples influência de leis estrangeiras, em dados casos, adoção integral de textos legais alienígenas em outros.

O Código Comercial Francês, de 1807, vigorou na Península Itálica até 1814, no Cantão de Genebra até 1883, na Holanda e na Bélgica, por largo tempo. Aproveitou-se, no Haiti, o seu conteúdo, em 1826, dando-se embora outra disposição à matéria e diversa numeração aos artigos. Adotou a Turquia, há cêrca de trinta anos, o Código Civil e o Código das Obrigações da Suissa; seu Código de Processo é o do Cantão de Neuchâtel...

Tivemos no Brasil, no concernente à matéria, um eloquente exemplo. Havendo a lei de 20 de outubro de 1823 mandado vigorar no Império, “em quanto se não organizar hum novo Codigo, ou não fôrem especialmente alteradas”, as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgados pelos reis de Portugal e pelos quais o país se governou até 25 de abril de 1821, “em que S.M. Fidelissima, actual Rey de Portugal e Algarves se ausentou desta Côrte”, — revalidou a vigência entre nós da lei de 18 de agôsto de 1769. E havendo tal lei recomendado que se recorresse, como legislação subsidiária, às “Leis das Nações Christãs, illuminadas e polidas, que com ellas estão resplandecendo em boa, depurada e sã Jurisprudência”, vimos por vêzes applicadas, até 1850, por juizes e tribunais, as normas do Código de Comércio Francês.

Foi a França que, reconhecendo a importância do estudo do Direito Comparado, inaugurou no Colégio de França, em 1839, a primeira cadeira dessa disciplina. E,

em 1869, fundava-se em Paris a primeira Sociedade de Direito Comparado.

A esta, outras notáveis instituições se juntaram, recolhendo documentação, ou favorecendo os estudos do Direito Comparado. Assim na Alemanha a Associação Internacional de Direito e Economia Política Comparados, (*Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*), fundada em Berlim em 1894, pelo juiz Felix Meyer; na Itália, o Instituto de Direito Comercial Comparado, da Universidade Bocconi, de Milão e o Instituto de Estudos Legislativos, de Roma; na Bélgica, o Instituto Belga de Direito Comparado; na França, o Instituto de Direito Comparado, de Lyon; no Brasil, a Sociedade de Direito Comparado, do Rio de Janeiro.

Cumprе assinalar, outrossim, o esforço desenvolvido pela UNESCO, no sentido de incrementar os estudos jurídicos no campo do Direito Comparado assim como, dentro de sua esfera especial, a atividade desenvolvida pela Organização Internacional do Trabalho, sita em Genebra.

Cresce dia a dia a atenção que merecem os estudos do Direito Comparado, quando vemos se intensificarem as relações entre os países, mais próximos ou mais remotos, graças às facilidades de comunicação, propiciadas pelo progresso. O conhecimento do direito de um e outro Estado leva-nos a uma compreensão mais perfeita de sua índole e de sua civilização. E' assim um precioso contributo para a paz entre todos os povos.

E' o que muito bem exprimiu Tullio Ascarelli, (*Saggi Giuridici*, p. 5), ao escrever que “o direito comparado representa o instrumento para a formação de uma “linguagem” jurídica internacional. Reforçar e desenvolver no direito uma linguagem ideal, internacionalmente uniforme, significa, ao mesmo tempo, contribuir para uma compreensão sempre maior e, dessa maneira, a uma cooperação internacional sempre crescente”

Eis como René David, (*Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, p. 33), proclama que, “em todos os domínios

o método comparativo pode, em numerosas hipóteses, ser empregado com resultado. O jurista que não está apto a empregá-lo e que não se dá conta da utilidade dêste método, está privado de um meio, frequentemente essencial, com a ajuda do qual poderia melhor desempenhar sua tarefa; êle não conhece senão imperfeitamente seu mister, não sendo para êle uma excusa dizer que não é comparatista: todo jurista que visa estar à altura de sua tarefa deve ser um comparatista”.

O Direito Comparado como disciplina auxiliar. — As noções expostas até agora valem como um ligeiro esboço, através da História, para demonstrar o interêsse sempre manifestado pelo estudo do Direito Comparado.

Não obstante instituída no Colégio de França, em 1839, a cadeira de *História Geral e Filosofia da Legislação Comparada* e haver a reforma Benjamin Constant criado no Brasil, em 1891, nas Faculdades de Direito, a cadeira de *Legislação Comparada*, entende Naojiro Sugiyama, (*Essai d'une conception synthétique du Droit Comparé*), que o nascimento efetivo dêsse direito apenas ocorreu após o Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Paris em 1900.

Confiara-se nesse ano a Edouard Lambert a cátedra de *História Geral do Direito*, na Faculdade de Direito de Lyon. E apresentava êle no Congresso de Paris o trabalho intitulado — *Conception générale, définition, méthode et histoire du Droit Comparé*..

Foi êsse eminente jurista na Europa, a partir dêsse instante, um dos mais devotados apóstolos, no culto dessa disciplina jurídica. Fundou, a princípio, o Seminário Oriental de Estudos Jurídicos e Sociais, que se transformou, após a guerra de 1914-1918, no Instituto de Direito Comparado, da Faculdade de Direito da Universidade de Lyon. E a sua Faculdade, no momento da aposentadoria do eminente mestre, prestou-lhe a mais significativa das homenagens, reunindo, em três alentados volumes, os estudos elaborados pelos mais notáveis especialistas do mundo, sôbre

os problemas do Direito Comparado. (Vêde *Introduction à l'étude du Droit Comparé — Recueil d'Études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Librairie de la Société Anonyme du Recueil Sirey, 1938).

Toma o estudo do Direito Comparado um largo desenvolvimento nos vários continentes. Separam-se os juristas em sua conceituação — como mera disciplina auxiliar, como simples método, como ciência autônoma.

Relativamente ao objetivo do Direito Comparado, reúne Sugiyama as diversas escolas, ou tendências, em três categorias: a) as que visam estabelecer a essência fundamental do direito, ou seja, as leis, ou ritmos de sua evolução; b) as que têm por escôpo investigar o direito positivo; c) as que porfiam em realizar o progresso do direito positivo.

O professor Lino de Moraes Leme reúne as tendências assim expostas em quatro grupos: a científica, a legislativa, a subsidiária do direito nacional e do direito internacional privado, a teórica e prática. A nós nos parece que, guardando as bases da classificação de Sugiyama, poder-se-ia dizer que tais escolas, ou tendências, se orientam por estas diretrizes: a) científica; b) legislativa; c) evolutiva.

Em seu interessante estudo, o eminente professor da Faculdade de Direito da Universidade Imperial de Tóquio desce a uma análise mais profunda, subdividindo essas várias escolas em diferentes matizes.

Da síntese admirável de Sugiyama bem se apercebe o estudioso do direito da complexidade da matéria. Nem sempre é fácil classificar êste ou aquê jurista em uma e outra categoria. Baste assinalar que o próprio mestre japonês coloca Lévy-Ullmann, ao mesmo tempo, na escola da jurisprudência comparativa dos diversos grupos do direito, da primeira categoria e na escola da ciência universal relativa do direito comparado, da terceira.

Surge, todavia, a primeira e mais importante divergência entre os autores, quando se trata de conceituar o Direito Comparado como disciplina auxiliar, como simples método, como ciência autônoma.

No estudo dos vários ramos do direito invocamos, a cada passo, para ilustração do curso, as leis, a jurisprudência, a doutrina de outros povos. No conflito de leis que se defrontam, no campo do Direito Internacional Privado, aplicam os tribunais continuamente a legislação estrangeira. Busca o legislador muitas vezes inspiração em normas alienígenas, para a formulação de novos estatutos jurídicos. O Direito Comparado surge, assim, como *disciplina auxiliar*.

Mas, aí, seu campo de ação fica limitado pelo próprio problema que se investiga. Não há dúvida que a simples comparação de dois sistemas jurídicos seja do âmbito do Direito Comparado, assinalam Arminjon, Nolde e Wolff, (*op. cit.*, I, 23). “Kaden anota: “A’ vista da noção do Direito Comparado pouco importa que o número dos sistemas jurídicos postos em confronto seja grande ou pequeno”.

E continuam os mesmos autores: “Não é menos certo que o Direito Comparado, limitado ao estudo de um número restrito de sistemas jurídicos, não seria mais que uma *disciplina auxiliar*. Servirá para compreender melhor os sistemas que fazem objeto da comparação, mas, não poderá senão muito parcialmente, caracterizar a vida jurídica da humanidade tomada em seu conjunto”.

O Direito Comparado como simples método. — Notáveis escritores sustentam que o Direito Comparado nada mais é senão o método comparativo posto ao serviço do direito. Dessa opinião participam Kaden, De Francisci, René David, Lino de Moraes Leme.

Kaden assim expressa o seu ponto de vista: “A noção do Direito Comparado. . não compreende outra coisa além de um método de pesquisas jurídicas. O Direito Comparado em nosso entendimento não pode, como tal, pretender ser definido como uma ciência; seu objetivo não passa da comparação das regras dos diferentes sistemas jurídicos; ela não mostra diretamente senão a similitude ou a diversidade das diferentes soluções que um só e mesmo problema recebeu na maioria dos sistemas jurídicos. Isso

indica, de um lado, que o Direito Comparado depende da matéria que faz objeto de seu estudo e, de outro lado, que êle não colima extrair um sistema de concepções de valor objetivo das regras jurídicas que êle compara e de as construir”, (*apud* Arminjon, Nolde e Wolff, *op. cit.*, I, *ibidem*). E’ o mesmo conceito de De Francisci, para quem “um método comparativo existe. mas, uma ciência particular de Direito Comparado não existe, nem poderia existir”...

Êsse é também o pensamento de René David, (*op. cit.*, p. 3), que assim se pronuncia: “A expressão Direito Comparado, porque ela evoca uma analogia com diferentes ramos do direito positivo, que constituem tantos ramos da ciência jurídica, é uma expressão infeliz, que teria valído e que seria melhor evitar. Muitas discussões inúteis teriam sido evitadas se, em vez de Direito Comparado, se tivesse falado com certos autores, seja de comparação de direitos, seja de método comparativo. O Direito Comparado não é outra coisa com efeito que a comparação dos direitos, é o método comparativo aplicado no domínio das ciências jurídicas”.

Nessa corrente se inscreve Lino de Moraes Leme que desta forma expressa o seu ponto de vista: “A função técnica do Direito Comparado é a de procurar a constância e a variedade nas regras de direito e nos institutos jurídicos. Com êsse escôpo o Direito Comparado constitui o processo fundamental da ciência do direito, que é a de procurar a constância e a variedade nas regras do direito e nos institutos jurídicos, concorrendo para a descoberta dos princípios reguladores da evolução jurídica”, (*Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 47/181).

O Direito Comparado como ciência autônoma. — Não obstante o pronunciamento de juristas tão eminentes, entendemos que o Direito Comparado erige-se em disciplina autônoma, constituindo o ramo das ciências jurídicas que, da investigação, análise e crítica das instituições e sistemas jurídicos dos vários povos, procura extrair os princípios fundamentais comuns, que informam tais legislações e terão assim possibilidade de aplicação universal. É em tal

sentido que Lévy Ullmann considera o Direito Comparado o ramo da ciência jurídica que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições dos países civilizados.

Impossível nos será, sem dúvida, estudar pormenorizadamente cada uma das escolas e tendências que surgiram no campo do Direito Comparado. Limitar-nos-emos, pois, a aludir, embora com brevidade, às doutrinas sustentadas por dois grandes mestres do direito francês: Raymond Saleilles e Édouard Lambert.

Para Saleilles, o Direito Comparado, como ciência autônoma, tem por objeto: *primo*, o estudo das diversas legislações, pelo seu aspecto social; *secundo*, dadas as semelhanças orgânicas de certos grupos, a aproximação das construções jurídicas e práticas reveladas pelo estudo isolado das instituições; *tertio*, a apresentação de um, ou vários tipos jurídicos resultantes desta crítica comparativa e destinados à orientação progressiva das legislações particulares, sob reserva das formas tradicionais e das diversidades históricas que as distinguem” (Conf. *Conception et objet de la science du droit comparé*, apud Arminjon, Nolde et Wolff, *op. cit.*, I, 37).

Reconhece Saleilles a impossibilidade de se chegar a um tipo único de legislação, para o qual deve tender o progresso da humanidade. Visando a formação de um *direito comum* aos vários países tem como evidente a impossibilidade de se atingir a um *direito único* para todos os povos. “Onde quer que exista uma unidade forçada, há imobilização e entrave no progresso: a diversidade é produto da vida e a concorrência é a norma da vida”, (*ibidem*).

As idéias desse autor defluem de seu conceito do direito natural. Para êle, o direito natural existe, os legisladores e magistrados devem considerar seus preceitos, mas seu conteúdo é variável: é um ideal relativo, correspondente ao estado social e às aspirações de uma determinada sociedade.

O pensamento de Lambert, contido na exposição por êle apresentada no Congresso Internacional de Direito Com-

parado de 1900, foi depois desenvolvido em seu livro — *Études de Droit commun législatif. La fonction du Droit Civil Comparé*, publicado em 1903.

Entende Lambert que é mister distinguir no Direito Comparado duas ciências distintas: a *História Comparativa* e a *Legislação Comparada*. “E’ necessário opôr uma à outra”, escreve, “duas ciências distintas, que se confundem sob a expressão Direito Comparado. A primeira é a ciência dos fenômenos jurídicos, ela tem por objeto o conhecimento das leis da vida jurídica, compreende tôdas as legislações, mortas ou vivas, as que se adaptam aos tipos inferiores de civilização, como as que se aplicam aos tipos superiores. A segunda, elemento do direito positivo, deve, sob pena de improdutividade, seriar sua ação e limitá-la a um certo número de direitos vivos e ligados por um laço de parentesco. A matéria prima sôbre a qual ela trabalha varia segundo o tempo e os lugares” Chega Lambert a preferir à denominação *Legislação Comparada* uma outra: *Direito Internacional Privado* ou *Civil*.

Reduzindo o Direito Comparado, sob êste aspecto, à Legislação Comparada, chega o eminente professor de Lyon a proclamar ser esta uma simples arte. “Ce n’est plus une science, c’est un art” .

Examinando êste ponto de vista, escreve Alexandre Otetelisanu, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Bucarest: “Acreditamos que a opinião na qual se considera o Direito Comparado como uma arte e não como uma ciência explica-se sômente pela idéia de considerar o Direito Comparado sob o ângulo das aplicações práticas, e não também sob o ângulo da elaboração das verdades jurídicas que o Direito Comparado nos dá a possibilidade de estabelecer”. E, após outras considerações referentes à matéria, acentua: “Tôda ciência e tôda arte possuem sua técnica. O Direito Comparado também possui a sua, que nós chamamos “política jurídica”, mas, além desta técnica, o Direito Comparado permanece sempre uma ciência. E’ uma ciência pela qual se descobre o aspecto unitário de uma instituição jurídica ou as tendências co-

muns desta instituição, estudando-a nas diferentes legislações pertencentes a povos de uma civilização idêntica ou similar. Uma vez estabelecidas estas verdades, a técnica, a arte, ou a política jurídica — o nome pouco importa — intervém para fazer as *aplicações práticas*". (*Conceptions d'Édouard Lambert sur le Droit Comparé, in Recueil d'Études cit., I, 41*).

Chamar-se Direito Internacional Privado ou Civil, de outro lado, à Legislação Comparada, seria estabelecer *a priori* a unificação do Direito Privado e confundir também matérias de conteúdo tão diverso, como o Direito Internacional Privado e o Direito Comparado.

Reconhecendo, embora, haver Édouard Lambert realizado uma obra imensa, em sua cátedra de Lyon, na fixação dos princípios fundamentais que formam o arcabouço do Direito Comparado, dêle divergimos quando sustenta haver nesse direito duas disciplinas distintas — a História Comparativa e a Legislação Comparada. Os elementos dessas duas disciplinas se fundem para formar o ramo da ciência jurídica que ora estamos a estudar. Não é possível, em verdade, compreender o Direito Comparado sem investigar, no passado, as instituições existentes e seguir-lhes a evolução através dos tempos.

Ficariamos exclusivamente no campo da História do Direito se nos detivéssemos, nessa investigação, sem buscar nos sistemas jurídicos vigentes os elementos de estudo imprescindíveis para descobrir os princípios comuns que os informam, demonstrando uma tendência universal de atitudes entre os povos que atingiram igual estágio de civilização. O Direito Comparado não é, assim, na expressão de Arminjon, Nolde et Wolff (*op. cit., I, 30*), "um simples meio de compreender melhor as instituições jurídicas e as leis nacionais e estrangeiras. Em virtude de seu caráter normativo, é uma disciplina autônoma, da mesma forma que a história e a filosofia".

Tendo em conta quanto expuzemos até agora, poderemos dizer que o *Direito Comparado é o ramo da ciência jurídica que tem por objeto, através da investigação his-*

tórica e do estudo das várias legislações, estabelecer os princípios comuns que devem nortear a vida jurídica dos povos, inspirando, por êsses conhecimentos, o desenvolvimento do direito em tôdos êles”.

Suas divisões. — E’ clássica a divisão do direito vinda dos romanos, segundo a norma de Ulpiano, (Digesto, Livro I, *De Just. et jure*, Tit. 1.º: “*Hujus studii duoe sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem*” Por êsse conceito, inscrevem-se geralmente no campo do Direito Público o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Penal, o Direito Judiciário Civil, o Direito Judiciário Penal; o Direito Privado compreende o Direito Civil e o Direito Comercial.

Com as últimas conquistas da ciência, vencendo os limites do espaço aéreo, em relação ao qual se haviam estabelecido normas jurídicas geralmente aceitas pelos povos, outras disciplinas jurídicas vão surgindo, as quais fogem do dístico estabelecido desde o tempo dos romanos.

Os foguetes, que ultrapassaram a atmosfera terrestre, os satélites artificiais, que se movem no espaço, na órbita da Terra, ou na órbita do Sol, impuseram a formação de novas disciplinas jurídicas, que não podem ser compreendidas na área do Direito Privado, ou do Direito Público, mas, requerem para si uma categoria especial. Daí haveremos imaginado um novo tronco, em que se articulariam os novos ramos: o *Direito Espacial*, compreendendo o *Direito Astronáutico* e o *Direito Interplanetário*.

Por certo que não temos algo a comparar no campo dêsses direitos em formação. Mas, o Direito Comparado, no âmbito de suas investigações, abrange a variedade dos direitos vigentes nos vários países. Haverá, de tal arte, um Direito Constitucional Comparado, um Direito Administrativo Comparado, um Direito Penal Comparado, um Direito Processual Comparado, entre as disciplinas jurídicas filia-das ao Direito Público, da mesma sorte que existe um Direito Civil Comparado, um Direito Comercial Comparado, entre as que compõem o Direito Privado.

O Direito muçulmano

Lino de Morais Leme

Catedrático jubilado da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

1. Organização política das tribus árabes

1. As tribus da Arábia estavam divididas em “gentes”, recordando a antiga organização de Roma. A tribo do Khoreichitas, que povoava a região de Meca, compreendia várias “gentes”, entre as quais a de Ebou-Hachims e a de Ebou-Sofiani. Meca era o centro religioso em que era adorada a Kaaba (pedra preta) ¹.

Os antepassados de Mahomet, o Profeta, (em árabe Mohammed, o “Louvado”); nascido em 571 e falecido em 632, em consequência de uma febre que apanhou na pere-

1. Segundo a tradição, primitivamente fixada no Céu, onde os anjos, conduzidos pelo arcanjo Gabriel, iam fazer procissão em torno dela. A mesquita santa (Masdjid-el-Haron), construída por Seth, filho de Adão, destruída pelo dilúvio, foi reedificada por Abrahão, no próprio lugar em que esteve prestes a sacrificar, a Jehovah, seu filho Isaac, e no mesmo local em que se elevava a mesquita de Seth. O arcanjo Gabriel trouxe a Abrahão a pedra da Kaaba, que foi colocada no recinto da nova mesquita.

Como cada uma das tribus árabes tinha os seus deuses, e sendo o templo da Kaaba o grande santuário, achavam-se aí representados por estátuas ou imagens, um grande número de divindades. Segundo os historiadores muçulmanos, aí se encontraram 360 imagens, entre as quais as de Cristo e da Virgem Maria, explicável porque diversas tribus árabes se tinham convertido ao Cristianismo.

Essa pedra não é senão um dos números *betiles*, que em todos os tempos foram adorados como divindades, pelos semitas.

grinação a Meca, tinham aí dominado desde Qoussa (4.º avô de Mahomet), que, após uma luta sangrenta, tomou posse das chaves do Keabé, num tempo em que o recinto respeitado — a extensão do terreno que veio a formar depois a cidade de Meca — era ainda deshabitada. Qoussa fundou e povoou Meca. Abd-ul-Montaleb, o avô do Profeta, não tinha senão a administração da água do poço de Zem-Zem e a guarda das chaves do Keabé.

O pai de Mahomet, Abd-Allah, que fazia o comércio de caravana com a Síria, morreu antes do nascimento do filho; e a mãe Amina Mottaleb, pouco tempo depois. A educação do Profeta foi iniciada pelo avô; após a morte do mesmo, foi continuada por seu tio Abou-Taleb, que também fazia o comércio de caravanas.

Deixando o serviço do tio para tomar a direção dos negócios de rica viuva de Meca, Khadija. Mahomet com ela se casou; tinha êle, então 25 anos.

2. A missão de Mahomet

Aos 40 anos, ele teve sua primeira revelação: o anjo Gabriel lhe apareceu numa gruta em que êle costumava retirar-se, e, anunciando-lhe sua missão, revelou-lhe os seus primeiros versículos do 96.º capítulo (surate) do Corão, em que estão dispostos não na ordem cronológica, mas na da extensão.

A missão do Profeta foi aceita imediatamente por sua mulher, por Ali, filho de Abou-Taleb, que Mahboet recolhera, por Abou-Behr e por Osman. O Profeta lhes deu o nome de mouslim (“devotado a Deus”); do plural dessa palavra resultou *muçulmano*. *Islamismo* vem de Islam, palavra árabe que significa “resignação”.

Em 621, Medina se converteu espontâneamente ao Islamismo. E os Ehou-Sofians, aproveitando-se da circunstância, declararam guerra a Mahomet, que, no entanto, protegido por seu tio, Abou-Taleb, que sucedera a Abdu-el-

Mutaleb, como chefe da *gens*, continuou a exercer sua missão na cidade santa da Arábia idólatra. Morrendo o tio, o Profeta teve de emigrar; a cidade de Iatreb lhe abriu as portas, e, após a hegira (em árabe *hidjret* “fuga”) se chamou Medina, a cidade do Profeta (Medinétoul-Nebi).

Conquistada Meca, Mahomet fez destruir todos os ídolos. Em breve, dominou toda a Arábia e se decidiu a empreender a conquista do Egito, da Grécia e da Pérsia. Um dos sucessores imediatos do Profeta, Omar Faruk, estendeu, em dez anos, o domínio do islamismo, dos confins da China ao estreito de Gibraltar. Hoje, o número dos islamitas é de mais ou menos 300.000.000.

3. A religião muçulmana

A religião cristã tem em vista apenas a moral: “Dai a Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus”, disse Jesus Cristo. A religião muçulmana, porém, reúne o espiritual e o temporal, pois contém uma legislação completa, fundada na revelação; é o *Corão*, dividido em 132 capítulos (sureta), subdivididos em versículos (ayets). Foi ditado em vida de Mahomet. Escreveram-nos sobre papiros, ossos de ombros de carneiros e peles de camelos. No califado de Abou-Behr, sucessor imediato do Profeta, foi feita uma edição completa desse livro.

4. As fontes de legislação muçulmana

As fontes da legislação muçulmana são: a) o Corão; b) a conduta do Profeta (*Sunna*) (ou *Jadis* = tradição); c) a opinião unânime dos sucessores imediatos do Profeta, a qual foi dada em concílio (Idjimâ), tendo importância capital a das tres primeiras gerações islamitas: a dos companheiros do Profeta (Ashab); a dos adeptos (*Tabün*) os que conheceram os companheiros; a dos seguidores (*ta-*

basi), que conheceram os adeptos; d) a analogia admitida pelos juristas (*Kiyassifrgħa*).

A conduta do Profeta (*unnat*) era representada por suas palavras e atos e a aprovação explícita ou tácita que êle dava às palavras e atos de outrem. Dela ha seis repositórios autênticos. O califa Omar Faruk, por exemplo, não distribuira, aos guerreiros do Islam, as terras da Síria: confirmou-as aos antigos proprietários e sujeitou-as a um imposto superior ao dízimo. Levantando-se murmúrios, o califa reuniu o concílio e perguntou, aos “companheiros”, se tinham conhecimento da forma pela qual o Profeta tinha disposto das terras pertencentes aos israelitas de Haïber. Êles responderam que Mahomet confirmara os antigos proprietários na posse das terras, impondo, porém um imposto maior do que o dízimo e proporcional à fertilidade do solo. E assim foi reconhecido que as disposições tomadas pelo califa eram perfeitamente legais.

A analogia admitida pelos juristas consistia em aplicar, a um fato novo ou conhecido, porém não ainda juridicamente apreciado, a norma referente a um outro fato já legalmente qualificado. A aguardente, por exemplo, era desconhecida no Hedjaz, e não se encontra, nas fontes primeiras, nenhuma disposição, proibindo-lhe o uso. Os juristas do Islam lhe applicaram as disposições legais contidas no Corão, sobre o vinho, admitindo analogia, com o mesmo, dos efeitos tóxicos da nova bebida.

5. A lei muçulmana

A lei é o conjunto de ordens que o legislador dirige ao homem.

Os deveres que ella impõe comprehendem os para com o Criador e os para com os semelhantes, todos resultantes dos direitos de Deus sobre os homens.

Os deveres do homem para com Deus são designados como “imposições piedosas” (*teúelufati ibadéyé*), e comprehendem quatro seções: a) a primeira abrange aqueles

cuja omissão cria, neste mundo, um dano que afeta apenas a sociedade — a contribuição da esmola, o dízimo e o dízimo aumentado (Também o muçulmano deve pagá-lo, quando adquire terras ao mesmo sujeitas); b) a segunda, aqueles cuja omissão acarreta dano para a sociedade e para o individuo — a peregrinação, a guerra santa; c) a terceira, aqueles que, não cumpridos, não acarretam, neste mundo, nenhum dano, quer à sociedade quer ao individuo — a purificação, a prece, o jejum; d) a quarta, aqueles que incumbem a toda a sociedade islamita, mas que basta sejam cumpridas por alguns — o enterro dos mortos, a prece pelo repouso de suas almas.

6. Partes constitutivas da legislação muçulmana

As partes constitutivas da legislação muçulmana (*merchâuat* = *cousas da lei*) são em número de cinco: 1) as crenças (*itigadat*); 2) as práticas religiosas (*ibadat*); 3) as obrigações e contratos (*melat*); 4) as ações puníveis (*uquabát*), 5) as expiações (*keferat*).

As crenças são em número de cinco: 1) em Deus (*Allahuiman*); 2) nos anjos (*Meliאיkeyeiman*); 3) nos livros santos (*Kitaba iman*); 4) no Profeta (*Ressoulé iman*); 5) no Juízo final (*Yeomul-ah-reté iman*).

As práticas religiosas são em número de cinco, divididas em tres categorias: a) os atos de piedade exclusivamente corpóreos: 1) a prece (*selint*); 2) o jejum (*savm*); 3) a guerra santa (*djehad*); b) os atos de piedade exclusivamente pecuniários; 4) a contribuição da esmola (*zekate*), à qual se liga o dízimo (*ouckre*); c) os atos de piedade, de carácter mixto (corpóreos e pecuniários); 5) a peregrinação (*Hadje*).

As obrigações e contratos são em número de cinco: 1) os com equivalência (*mauavazat*); 2) os casamentos (*munakadat*); 3) o parentesco (*mouhassemat*); 4) os depósitos (*amanat*); 5) as associações (*cherekat*).

As ações puníveis com penas graves são em número de cinco; 1) o assassinio com premeditação (*gatli gasdi*), punível com a pena de talião (*gisses*); 2) o roubo qualificado (*Sirgat*), punido com perda da mão (*Gat Yed*); 3) o adultério (*Zina*), punido segundo as condições dos culpados, pela lapidação (*Redjm*) ou a bastonada (*djeldè*); 4) o insulto à honra das mulheres (*gagf*), punido com oitenta bastonadas; 5) a abjuração (*irtidad*), punido com a morte (*gatl*).

As expiações são em número de cinco: 1) a pelo assassinato (*kefareti — gatl*); 2) pelo insulto à mulher legítima, empregando-se expressões que assimilam a esposa a uma parenta próxima, tal como a mãe (*kefareti — kahar*) — é uma renúncia às relações legais do homem com a esposa; 3) a pela ruptura irregular do jejum (*kefareti iftar*); 4) a pelo juramento islado (*kefareti jemin*); 5) a pelos erros cometidos durante a peregrinação (*kefareti-khatiati-hadje*)

7. Concepções religiosas e éticas

Deus é o juiz do homem. Ele ordena as ações belas. “As ações feias” são proibidas.

A beleza e a feiura são o efeito das apreciações e juízos da razão humana, ou o resultado das apreciações do Juiz (Deus), expressas pela lei que os profetas revelaram aos povos? Diversas opiniões foram manifestadas, entre as quais a de Hassan el Basri, o chefe da escola ultra-conservadora, para quem a beleza e a feiura são os efeitos (*assars*), da ordem do legislador, isto é, uma ação é bela porque Deus a recomendou, feia, porque é proibida.

Nos primeiros tempos, as funções de juiz foram exercidas pelo próprio Profeta e pelos quatro califas que lhe sucederam. O califa delega seus direitos judicantes a um homem sábio, experimentado e de uma conduta ilibada, cuja consciência foi formada segundo os preceitos da religião e da moral.

O sábio que exerce as funções de pretor (*mufti*), e que por suas opiniões doutrinárias (*fetava = fórmulas*), guia o juiz no cumprimento de suas funções, deve ter conhecimento profundo da língua árabe, que é a língua do direito, além de outros conhecimentos especificados.

8. Divisão do mundo muçulmano

O mundo muçulmano está dividido entre os Sunnitas e os Chiitas ou Imamitas: os primeiros reconhecem os califas, na ordem de sua sucessão histórica, enquanto que os segundos somente admitem, como califas legítimos, o genro e primo do Profeta, Ali, quarto califa, e seus descendentes.

A Sunna se divide em quatro escolas ou ritos, assim chamadas do nome de seus fundadores ou *imann* (beirá do templo, chefe ou guia) — 1.º) hanefita ou janefita, por Abou Hanifa (702-772), que domina no antigo império otomano, na Asia Central, no Pakistão, e entre os muçulmanos da India; 2.º) malekita, por Malek (722-795), na África do Norte francesa, 3.º) chafeita, por Mhafei (772-826), na Insulindia; e 4.º) hambalita, por Hambal (786-863), na Arábia central e oriental e no Alfganistão.

Entre as seitas que os sunnitas consideram heréticas, estão os chiitas ou xiitas, sectários de Ali, no Irã e nos estabelecimentos franceses da Índia; os nahabitas, na Arábia saudita, que não admitem como fontes do direito apenas o Corão e a Sunnah, e os abaditas, ou harigitas, estreitamente ligados aos vahabitas, na costa da África Oriental, no Zanzibar e em parte da África do Norte francesa (Mzab e Djerba).

9. Aplicação do direito muçulmano

Aos muçulmanos exclusivamente, nos países em que dominem, se aplica o direito muçulmano; aos não muçulmanos, o direito positivo, devendo eles pagar um im-

posto de capitação, em sinal de submissão, ou dependência, não podendo ter propriedade, mas apenas posse, embora hereditária e transmissível, e ocupando uma posição diversa no direito criminal, quanto à pena e ao testemunho. Perde-se a qualidade de muçulmano pela apostasia, mas readquire-se pela volta aos cultos muçulmanos. Um prazo de tres dias é concedido ao apóstata, para retratar-se. Findo êsse prazo, sem retratação, êle é morto, e seus bens passam para o Tesouro Público, exceto se for escravo, em cujo caso pertencem a seu senhor.

O direito muçulmano admite a poligamia: o homem pode ter quatro mulheres legítimas, com certos direitos e honras, além das concubinas, se êle não se comprometeu a ficar monógamo, bigamo ou trígamo. Os homens são constrangidos ao casamento por meio da prisão e da chibata, quando impúberes. Sendo púberes e são de corpo e de espírito, é mister o consentimento. A consumação do casamento dos impúberes é diferida para a puberdade. É proibido o casamento entre um muçulmano e um não muçulmano, cessando a proibição, para as mulheres muçulmanas, após a morte do marido, ou o divórcio. Os impedimentos matrimoniais são: a) na linha reta, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo; b) entre os criados pela mesma ama e esta, assim como entre seus ascendentes e descendentes; c) entre sogra e genro, sogro e nora, madrasta e genro, padrasto e nora, os quais prevalecem mesmo após a morte ou o divórcio; d) na linha colateral, até o 3.º grau; e) o fato de um homem ter quatro esposas, e o de a mulher ter sido pejada por outro, que não o futuro marido.

Se o marido tem mais de uma mulher, cada uma tem direito a uma habitação separada.

O único regime de bens admitido é o da separação.

O casamento é nulo, se existe algum dos impedimentos apontados. E é anulável se não foi livremente consentido, se contraído com pessoa de condição inferior, se devia ser autorizado, e não foi, se foram feitas estipulações contrárias ao fim do casamento, etc.

O casamento se dissolve pela morte, apostasia, repúdio (*talak*), pelo divórcio por mútuo consentimento, e por decisão judicial.

A mulher não se pode divorciar senão com autorização de seu marido, ou do juiz, ou ainda com um resgate aceito pelo marido.

O pai pode reconhecer o filho. Basta o reconhecimento para se estabelecer a filiação, se ratificado pelo filho, sendo êle capaz. O reconhecimento pode ser tácito, resultando da conduta do pai para com o filho. A mulher pode reconhecer um filho, sem pai nem mãe conhecidos.

O menor púbere pode dispôr de sua pessoa, mas somente aos 25 anos pode gerir seus bens, salvo sendo reconhecido apto. A puberdade é presumida aos 15 anos, para ambos os sexos, no rito hanefita; aos 18 anos, no malekita; aos 15 anos para os homens e aos 9 anos para as mulheres, no rito chiita.

O direito de sucessões é muito complicado, compreendendo tres categorias de herdeiros, cada uma subdividida em ordens ou classes. O varão tem um quinhão igual ao de duas mulheres. Não ha o direito de representação. Não se admite a sucessão contratual. Pode a pessoa dispôr de seus bens, por atos *inter vivos*, mesmo em beneficio de quem pertença a religião diferente, salvo se por doação com o fim de fraudar a proibição de legar a um estrangeiro mais do que a terça parte dos bens da herança. A vocação hereditária e estabelecida em favor dos parentes, do cônjuge sobrevivente, do senhor em relação ao liberto, e, na ausência de herdeiros, ao Tesouro Público (Beit al hal). O direito de um herdeiro eventual pode ser reduzido ou suprimido pela existência de outro herdeiro, mas não podem ser excluídos completamente os pais, os filhos e o cônjuge. O testador não pode modificar a ordem da sucessão, nem testar em favor de algum herdeiro que tiver no momento de sua morte; e o legado, em havendo herdeiros, não pode exceder a terça parte da herança.

O direito das obrigações, amplamente desenvolvido pelos jurisconsultos, não está no Corão. Recomenda-se que

os contratos sejam por escrito e com testemunhas, equivalendo o testemunho de duas mulheres ao de um varão. O casamento, o wafh (corresponde a uma fundação), o testamento, figuram entre os contratos. É proibido o empréstimo a juros. É vedada qualquer cláusula que vise fraudar a interdição da usura, do jôgo, da especulação ou mesmo própria a encorajar litígios, desvendar a fraude, a se obrigar levemente, a assumir-se obrigação estranha ao contrato ou sem causa, ou que permita o não cumprimento da obrigação. São ilícitas as estipulações que impõem uma obrigação sem interêsse para um dos contratantes, como a de não revender o animal, a de emancipar o escravo adquirido ou executar uma obrigação em proveito de terceiro, bem assim as que conferem vantagem, sem equivalente, as que são estranhas à natureza do contrato no qual figuram (Por ex., compra de fazenda, sob a condição de que o vendedor fará um manto, pois combina o contrato de locação de serviços com o de venda; mas a venda da fechadura pode ser subordinada à sua colocação pelo vendedor, por isso que se trata de cláusula conforme à natureza do contrato).

O Corão e o Sunnah reconhecem a plena propriedade das terras mortas (*aadia*), que o trabalho faz voltarem à vida: “Se alguém restituir à vida uma terra, diz Mahomet, ela lhe pertence”¹.

Ha os bens Wakouf² — móveis ou imóveis, atribuídos gratuitamente, durante um período determinado ou perpetuamente, por um ou mais muçulmanos maiores, a um ou mais muçulmanos maiores, a um ou mais muçulmanos, ou a família muçulmana e a seus descendentes, ou a uma tribu muçulmana, ou a uma fundação pia do culto muçulmano, ou a uma obra qualquer de interêsse geral para o culto muçulmano. Esses bens são inalienáveis e os beneficiários

1. Terras mortas são as rurais, que não pertencem a particulares, nem ao conjunto dos súditos do soberano. Essas terras pertencem a Deus.

2. Singular, *wakf*. Na África do Norte são chamados habbous.

não tem senão o gôso, salvo cláusula contrária. Entre os direitos reais figuram a superfície e o direito de retenção. O penhor se aplica também aos imóveis (não têm a hipoteca, nem o privilégio do vendedor, que substituem pela cláusula de retrovenda (não admitida no direito chiita).

A lei islamita não é exclusiva em suas aplicações; ela aceita todas as verdades. Assim, o direito natural e as leis romanas, nada tendo de contrário ao Corão, são aceitas.

Sendo os países muçulmanos muito diferentes quanto à sua civilização e situação econômica, devem apresentar variações costumeiras e jurisprudenciais, o que foi verificado por Morand e Melliott, nas coleções desses direitos, que descobriram.

10. O método para o estudo do direito

Imami-Azam (Numan) foi o primeiro criador do método para o estudo do direito muçulmano. Ele distingue as ciências da revelação das nascidas da razão, representando estas os conhecimentos que por ela se adquirem, independentemente da revelação.

As ciências da revelação compreendem: a) Ciência da linguagem, ou instrumentária, e b) as Ciências da legislação.

As ciências da legislação¹ compreendem: 1) Ciência das fontes: a) Ciência do Corão (Ciência da leitura do Corão e Ciência dos comentários do Corão); b) Ciência da conduta do Profeta; II) Ciências deduzidas das fontes: a) Ciência das crenças e das convicções religiosas—Ciência da unidade de Deus e Ciência dos atributos de Deus; b) Ciências das legislações (fiqh): aa) teoria do direito; bb) aplicações do direito.

1. Legislação, diz Imame-Azam, é o conhecimento pelo homem, de seus direitos e deveres. *Manifet* é o conhecimento aprofundado, exato, e que se obtém — segundo a escola dos juriconsultos hanefitas — pelo estudo da ciência do direito.

As aplicações do direito se referem às ações humanas: a) tendo um caráter religioso ou social (prece, jejum, contribuição da esmola, guerra santa, direito de paz e de guerra, peregrinação; b) tendo um caráter privado: aa) relativas aos vivos (casamento, obrigações e contratos (direito civil e comercial), penas (direito penal); bb) relativas aos mortos (direito das sucessões); c) tendo um caráter mixto (o dízimo).

Imami-Azam introduziu, no ensino do direito, a filosofia e a moral. A primeira (metafísica) ensina a conhecer as relações entre o homem e Deus e as entre o homem e os outros seres. A moral faz conhecer as relações regulares e corretas que devem existir quer entre os que vivem em sociedade, quer entre o indivíduo e a sociedade: ela forma a consciência do homem e a do juiz e a fortifica, de forma que uma e outra se tornem capazes de distinguir a beleza (legalidade) da feiura (ilegalidade).

11. Importância do estudo do direito

O profeta, em vida, deu a mais alta importância ao estudo do direito, estabelecendo disposições em favor dos que a êle se dedicam, dispensando-os de participar da guerra santa (*djehad*) e procurando prestigiá-los no seio da sociedade, como se vê pelos dois *hadis*: “Deus, quando quer favorecer um dos seus escravos, o faz apreender o direito” — (Palavra por palavra — “faz dele um jurisconsulto (*feqih*); “Um jurisconsulto é mais forte contra Satanás, do que mil ignorantes, em ato de prece”.

12. Fechada a porta da interpretação

No século X, naturalmente para evitar a formação de novos ritos, foi fechada a porta da interpretação. Desde então o direito muçulmano vem sendo ensinado de acôrdo

com as obras escritas no século XIV. Como diz Seignette.¹ “O islamismo voltou as costas ao futuro e a face ao passado”.

Espíritos cultos têm encarecido a necessidade de se permitirem novos desenvolvimentos ao direito, com as cautelas aconselháveis, lembrando que a interpretação já admitira que, através da letra da lei, se procurasse o seu espírito, bem assim reconhecendo princípios, como o da necessidade e o do bem público.

13. Código nos países muçulmanos

Em alguns países muçulmanos, já se organizaram Códigos Civis gerais ou parciais: na Turquia e na Pérsia, Código geral; na Albânia foi adotado, em 1927, o projeto franco-italiano do *Código único das Obrigações*; no Líbano, um *Código de Obrigações e Contratos, estabelecido* em 1932, por M. Jossierand; e um *Código de Propriedade Imobiliária* (aplicável também à Síria), em 1939, e um *Código de Comércio*, em 1946; em Marrocos, quanto ao *Direito das Obrigações*; no Egito, em 1948, um *Código Civil novo*, adotado igualmente pela Síria.

O que interessa, porém, não é conhecer os Códigos, com roupagens ocidentais, mas o direito muçulmano, que tem caracteres originais como se viu, e que requer estudo, para se poder comparar a orientação diversa seguida quanto ao Direito, no mundo muçulmano.

1. Na introdução de sua tradução de Lidi Khalil.

Codificação das Leis Sociais no Brasil *

A. F. Cesarino Júnior

Presidente Honorário da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social (Genebra) — Professor Honorário da Universidade Central da Venezuela (Caracas) — Professor Catedrático da Universidade Estadual (São Paulo).

SUMÁRIO — 1 — *Codificação das Leis Sociais no Brasil.* 2 — *Os primeiros projetos de Código do Trabalho. Razão de sua não aprovação.* 3 — *O desenvolvimento da legislação social brasileira.* 4 — *A Consolidação das Leis do Trabalho. Sua elaboração. Crítica. Razão de ser de sua permanência.* 5 — *Legislação posterior à CLT.* 6 — *Comissões nomeadas pelo Ministro do Trabalho. Código do Trabalho. Código de Processo Civil do Trabalho.* 7 — *Os novos projetos do Código do Trabalho.* 8 — *Projeto SEGADAS VIANA.* 9 — *Projeto CARLOS LACERDA.* 10 — *Projeto da Comissão Mista de Revisão da CLT. — A Codificação das Leis de Seguro Social.* 12 — *O Instituto de Serviços Sociais do Brasil.* 13 — *O projeto da Comissão do Bem Estar Social.* 14 — *A Lei Orgânica de Previdência Social.* 15 — *Conclusões.*

1. A codificação das leis sociais no Brasil ainda é um problema. Com efeito, a vigente Consolidação das Leis do Trabalho não é ainda o Código do Trabalho, por motivos que adiante exporemos. Ademais, no seu art. 12 declara

* Tese apresentada ao I Congresso Nacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social realizado de 25 a 30 de abril de 1960, em Tucuman, República Argentina.

ela expressamente que os preceitos concernentes ao regimen de seguro social são objeto de lei especial. E a Lei Orgânica da Previdência Social ainda não existe entre nós, apesar de bem adiantada a sua tramitação parlamentar, como se mostrará oportunamente.

2. A primeira tentativa de se estabelecer um *Código do Trabalho* no Brasil foi feita em 1917, pelo deputado MAURÍCIO DE LACERDA, que apenas sugeriu a apresentação do respectivo projeto. Este foi elaborado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, reunindo vários projetos de lei em andamento, inclusive um datado de 1904. O *Código de Trabalho* compreendia nada menos de 107 artigos em 6 títulos, distribuída a matéria do seguinte modo: *disposições preliminares; do contrato de trabalho; do dia de trabalho; dos acidentes do trabalho; disposições gerais e disposições finais.*

Conforme lembra JARBAS PEIXOTO, não teve êxito porque, não somente inexistia uma legislação social anterior, que se pudesse ao menos consolidar, como também diante da resistência encontrada. Deveu-se ela ao caráter rigorosamente privatista da formação jurídica das elites culturais e governativas do país. O Código do Trabalho foi qualificado de “aberração legislativa”, que cerceava a liberdade de contratar serviços e violava o art. 72, § 24, da Constituição Federal, que garantia a liberdade de profissão. Assim venceu o ponto de vista contrário à intervenção do poder público no sistema das relações de trabalho entre operários e patrões, salvaguardando a intangibilidade contratual de uns e de outros.

O projeto foi reduzido a simples *Lei Operária* e finalmente a *Lei de Acidentes do Trabalho*, a primeira que tivemos, de n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919¹.

1. Cf. JARBAS PEIXOTO, *Código do Trabalho*, Rio, 1945, pgs. 66 a 71, ns. 43 a 46.

3. Posteriormente a essa tentativa, com a vitória da Revolução de 1930, as leis sociais se desenvolvem extraordinariamente no Brasil. Basta lembrar que, de acôrdo com um trabalho elaborado por alunos em nosso Seminário de Legislação Social, da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo,² havia no Brasil 492 diplomas legais relativos ao Direito Social³.

Êsse grande número de leis tornava difícil a sua aplicação, já de si complicada pelo fato de se tratar de um direito novo, que, como vimos, repugnava à mentalidade civilista da quase totalidade dos nossos juristas daquela época.

4. Tão grande número de leis impôs a necessidade de sua consolidação, o que foi realizado pelo decreto-lei n. 5.452, de 1.º de maio de 1943. É êle não apenas uma compilação ordenada da legislação em vigor nessa data, mas contém várias alterações à margem. Não compreende, porém, tôda a legislação social vigente, por isso que não inclui a de previdência social, nem a de acidentes do trabalho, para citar sòmente os assuntos mais importantes não consolidados.

Divide-se a Consolidação das Leis do Trabalho em onze títulos, relativos a *Introdução, Normas Gerais de Tutela do Trabalho, Normas Especiais de Tutela do Trabalho, Contrato Individual de Trabalho, Organização Sindical, Contrato Coletivo de Trabalho, Processo de Multas Administra-*

2. PÉRSIO FURQUIM REBOUÇAS e JÚLIO HORST ZADROZNY, *Elenco Geral da Legislação Social Brasileira, de 1903 a 1940*, in revista "Legislação do Trabalho", São Paulo, 1940, vol. IV, pgs. 465 a 499.

3. O número exato é um pouco menor, pois a redação da revista pediu aos AA., a inclusão no elenco de disposições concernentes a funcionários públicos, estranhas, portanto, à legislação social. Mais tarde publicaram êles um suplemento com mais 122 diplomas legais (cit. revista, vol. V, pgs. 64 a 71). SOUZA NETO organizou uma compilação das mesmas leis, que compreendia, em 1941, 3 vols., com 2.137 pgs. (Cf. *Legislação Trabalhista*, São Paulo, 1939; suplemento, 1940; 2.º suplemento, 1941).

tivas, Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho. Processo Judiciário do Trabalho e Disposições Finais e Transitórias. O primeiro compreende normas sôbre o campo de aplicação da Consolidação e respectivas exclusões, a definição de empregador e empregado, a de serviço efetivo, as fontes do direito do trabalho, a prescrição e a afirmação dos princípios de salário igual para trabalho igual e de continuidade do contrato individual de trabalho. O segundo título versa sôbre identificação profissional, duração do trabalho, salário mínimo, férias, higiene e segurança do trabalho. O terceiro trata das disposições especiais sôbre duração e condições de trabalho, nacionalização do trabalho, proteção do trabalho da mulher e proteção do trabalho do menor. O quarto sôbre disposições gerais, relativas ao contrato individual de trabalho, remuneração, alteração, suspensão e interrupção, rescisão, aviso prévio, estabilidade, força maior e disposições especiais. O quinto versa sôbre instituição sindical, enquadramento sindical e imposto sindical. O título sexto versa sôbre contrato coletivo de trabalho. O título sétimo sôbre fiscalização, autuação e imposição de multas, recursos, depósitos, inscrição e cobrança. O título oitavo sôbre introdução, Juntas de Conciliação e Julgamento, Juizes de Direito, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho, serviços auxiliares da Justiça do Trabalho, penalidades e disposições gerais. O título nono trata de disposições gerais, Procuradoria da Justiça do Trabalho e Procuradoria da Previdência Social. O título décimo versa sôbre disposições preliminares, processo em geral, dissídios individuais, dissídios coletivos, execução, recursos, aplicação das penalidades e disposições finais. O título décimo primeiro trata das disposições finais e transitórias.

Numa apreciação geral da Consolidação das Leis do Trabalho é fácil apontar desde logo alguns defeitos, sem embargo do grande benefício que ela veio trazer ao ordenamento jurídico-social brasileiro, livrando-nos do *mare magnum* de leis em que nos submergimos.

Assim é que, preliminarmente, pelo motivo apontado, a Consolidação não é apenas uma Consolidação, pois inovou no direito vigente. Assim, o decreto-lei n. 5.452, de 1.º de maio de 1943, declara expressamente: “Fica aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho... *com as alterações por ela introduzidas na legislação vigente*” A exposição de motivos do Sr. Ministro do Trabalho diz expressamente: “Não é a Consolidação exclusivamente, a reunião sistematizada de leis esparsas. Ponderou a comissão a definição dos rumos políticos traçados pela Constituição de 10 de novembro de 1937, a ela subordinando as leis consolidadas. Ainda em cumprimento aos preceitos constitucionais foram preenchidas algumas lacunas e excluídos dispositivos que com aquelas colidiam”. E se refere ainda a que: “O regimen de férias foi estendido aos trabalhadores rurais” E o mesmo diz a exposição de motivos da Comissão. Ademais disto, excluiu do campo de sua aplicação os empregados domésticos, estabeleceu a obrigatoriedade da carteira profissional, suprimiu a limitação das férias aos que apenas trabalhassem para um só empregador, renovou inteiramente o capítulo “versando os fundamentos da proteção ao trabalho da mulher”, fixou as responsabilidades do subempreiteiro perante os empregados, dando a estes direito de reclamar contra o empreiteiro, declarou as gorjetas incluídas no conceito de salário, criou o direito a uma indenização reduzida em certos casos assemelhados, à força maior, conceituando a esta diversamente do disposto no Código Civil (art. 1.058, parágrafo único), aprimorou o contrôlle da gestão financeira dos sindicatos, restabeleceu a competência da autoridade político-administrativa para extensão dos contratos coletivos de trabalho, deu às Juntas e Juizes de Direito competência não só para processarem, mas também para julgarem os inquéritos contra empregados garantidos com estabilidade, inovou em matéria processual do trabalho, introduziu o recurso extraordinário por violação expressa do Direito e criou o instituto do prejudgado, etc., etc.. Assim sendo, não se limitou a consolidar, fêz obra de codificação, isto é, aproveitou os elementos sadios

já existentes, substituiu ou suprimiu os que julgou imprimeáveis e decadentes e preencheu lacunas. Logo, elaborou — embora incompleto — um código e não uma consolidação das leis do trabalho. Embora aprovemos essa atuação, não podemos deixar de perguntar: Por quê, então, dar-lhe um nome impróprio? Por outro lado, devido aos seus graves defeitos de sistemática não chega a ser um Código.

O período atual de vigência da Consolidação das Leis do Trabalho, já nos permite aventar a oportunidade de outras reformas não contempladas nas modificações que acabamos de passar em revista.

Assim é que, em primeiro lugar cumpre adaptar a Consolidação das Leis do Trabalho às novas diretrizes traçadas pela Constituição de 1946. Ademais disto, o progresso do Direito Social Brasileiro está a impor a sua codificação e é necessário dar à nossa legislação social orientação mais democrática, havendo, notadamente três problemas sobre os quais se faz mister ponderar mais demoradamente: os da estabilidade, sindicalização e organização da Justiça do Trabalho. Iremos examinar sinteticamente tais questões.

Já criticamos a falta de método na ordenação do material legislativo consolidado na Consolidação das Leis do Trabalho. Os seus elaboradores até certo ponto se perderam em meio ao cipoal da legislação esparsa com que tiveram de defrontar-se (*“quasi per medium profundum euntes.”*) e daí talvez decorra essa carência de orientação segura nela verificada, consequência também do regimen de improvisação que tem caracterizado as nossas leis sociais.

Dai é fácil deduzir-se, máxime tendo-se em vista a importante repercussão das leis sociais na economia de um país, quanto será benéfico um Código do Trabalho que viesse fixar, de maneira obviamente não imutável, mas, pelo menos com uma certa e indispensável permanência, os princípios informadores de nossas leis trabalhistas, com maior amplitude que os poucos preceitos constantes da Consolidação, mas também com menos prolixidade que as nossas

por demais numerosas leis de proteção ao trabalho (*Plurimae leges, pessima respublica*). Ademais disto, um Código, de certo modo, imporá mais respeito aos próprios legisladores, amortecendo o afã reformador, que como vimos, nem por incidir quase sempre sôbre minúcias, deixa de perturbar menos os aplicadores das leis.

Esta legislação, entretanto, em muitos casos exagerou a intervenção estatal, dispondo sôbre assuntos que seria melhor deixar à livre estipulação das partes (no caso, os sindicatos), através dos contratos coletivos de trabalho. Outras medidas ainda, em lugar de ficarem sob a exclusiva e direta responsabilidade dos empregadores, melhormente seriam realizadas pelas instituições de previdência social.

5. Muito embora promulgada em data relativamente recente (1.º de maio de 1943), a Consolidação das Leis do Trabalho, já passou por numerosas alterações. Depois do Decreto-lei n. 5.452, de 1-5-43, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, várias outras disposições legais foram aparecendo introduzindo modificações na legislação vigente, à medida em que tais modificações se iam patentando necessárias. Entre 1-5-43 (data da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho), até 18-9-46 (data da publicação da atual Constituição Federal Brasileira), nada menos de 28 decretos-leis modificaram dispositivos da Consolidação, dos quais 21 ainda continuam em vigor e sete foram revogados. E, posteriormente, foi promulgada a lei n. 605, de 5-1-49, que veio estabelecer o descanso semanal remunerado. É verdade que não são modificações de importância, pois em sua quase totalidade versam sôbre questões de pormenor. Não sofreu, portanto, nenhuma reforma, pôsto que esta deveria ser orientada por um plano, o que não acontece em relação às modificações até agora havidas.

As alterações sofridas pela Consolidação das Leis do Trabalho podem agrupar-se em duas classes: a) as decorrentes do estado de guerra que o Brasil atravessou de 1942 a 1945 e relativas a medidas tendentes a garantir a segu-

rança nacional e a incentivar a produção e que, conseqüentemente, foram tôdas medidas de caráter transitório, cuja vigência cessou algum tempo depois do advento da paz; b) modificações de caráter permanente, votadas quase tôdas a facilitar a aplicação das normas a que se referiam, verdadeiras medidas de adaptação, portanto.

A nossa Carta Constitucional, no seu art. 157 contém vários dispositivos que alteram a legislação social vigente e dependem de regulamentação pela lei ordinária. Já acenamos a alguns dêles, estando mesmo um já regulamentado (o repouso remunerado, regulado pela lei n. 605, de 5-1-49), enquanto outros estão em estudos no Parlamento, tais como os referentes ao salário mínimo familiar, à participação dos empregados nos lucros das emprêsas e ao reconhecimento do direito de greve.

6. Em 1949, o Ministro do Trabalho, Professor HONÓRIO MONTEIRO, nomeou duas Comissões para prepararem, uma, de que fazíamos parte, o anteprojeto de um Código do Trabalho e outra, para elaborar o anteprojeto do Código de Processo do Trabalho.

A Comissão do Código do Trabalho, depois de realizar várias reuniões, suspendeu os seus trabalhos, em abril de 1951, devido a mudanças no Govêrno Federal, inclusive na Pasta do Trabalho.

A Comissão do Código Processual do Trabalho conseguiu terminar o anteprojeto, apresentando-o ao Ministro do Trabalho, em 5 de maio de 1952. Declarou ela que procurou dar cabal auto-suficiência ao Código Processual do Trabalho, tornando o mais possível excepcional a remissão ao Código Processual Civil, embora aproveitando muitas normas dêste e mantendo quanto às provas o princípio inquisitivo, de acôrdo com o sistema constante da CLT⁴. O anteprojeto contém 307 artigos, classificados em seis livros:

4. *Anteprojeto de Código Processual do Trabalho— Exposição de Motivos*, in revista "Trabalho e Seguro Social", ns. 113 e 114, de 1952, pgs. 106 a 114. O texto do anteprojeto consta da mesma revista, ns. 119 e 120, de 1952, pgs. 236 a 257.

I — Disposições Gerais; II — Do processo em geral; III — Processo de competência originária dos tribunais; IV — Dos recursos; V — Da Execução e VI — Disposições finais e transitórias. Encaminhando-o ao Presidente da República, o Ministro da Justiça o condenou, acusando-o de ter aceito, sem maior crítica “o presente judiciarismo da Justiça do Trabalho”, que considerava incompatível com a missão da Magistratura do Trabalho, concluindo que a Justiça do Trabalho carece de uma revisão quanto às suas finalidades e ao seu enquadramento, revisão esta que deverá ser feita ao elaborar-se o Código do Trabalho⁵, não sendo imprescindível o Código de Processo do Trabalho.

Pela Portaria n. 38, de 13 de abril de 1956, o Ministro do Trabalho nomeou nova Comissão para elaborar um anteprojeto de Código do Trabalho. E o Diretor da Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, do Ministério do Trabalho, pela Portaria n. 3, de 24 de janeiro de 1956, nomeou outra Comissão para elaborar o anteprojeto do Código de Segurança do Trabalho.

7. Posteriormente à vigência da CLT, foram apresentados ao Parlamento brasileiro dois projetos de Código do Trabalho; o do deputado JOSÉ DE SEGADAS VIANA, antigo Ministro do Trabalho e o do deputado CARLOS LACERDA, que passaremos a examinar sucintamente.

8. O projeto n. 606, de 1950, do deputado trabalhista SEGADAS VIANA, instituiu o Código do Trabalho. Objetiva êle adaptar a legislação do trabalho vigente à Constituição de 1946, aproveitando, para tanto, não somente as leis já promulgadas após ela, como também os projetos de lei sobre participação direta dos empregados nos lucros das empresas (Projeto deputado PAULO SARAZATE), os que regulam o direito de greve e o de organização sindical (com

5. *Em torno do anteprojeto do Código Processual do Trabalho — Exposição do Ministro da Justiça contrária a aprovação dessa obra, in Trabalho e Seguro Social*”, ns. 127-128, de 1953, pgs. 238 a 241.

elementos inclusive o projeto do deputado JOÃO MANGABEIRA), incluindo dispositivos sôbre o salário mínimo familiar e sôbre empregados domésticos, corretores de publicidade, radialistas e motoristas profissionais.

Sua estrutura, salvo algumas alterações quãnto à ordem de colocação de certos institutos, é fundamentalmente a mesma da CLT, sendo, portanto, em nossa opinião passível das mesmas críticas que aquela. Exclui os dispositivos referentes à organização da Justiça do Trabalho, por estar em curso a seu respeito um projeto de Lei Orgânica e ao processo nos tribunais trabalhistas, que o Autor do projeto considera dever constar de lei especial.

Este projeto praticamente não teve andamento na Câmara dos Deputados, razão pela qual não nos estenderemos a seu respeito.

9. Em 1955, o deputado udenista (conservador) CARLOS LACERDA, apresentou novo projeto, o de n. 429-1955, instituindo o Código do Trabalho. Além dos objetivos já visados pelo projeto anterior, pretende notadamente suprimir os dispositivos tipicamente regulamentares, incabíveis em lei, deixando em anexo ao Código a regulamentação especial das profissões. Inova principalmente estendendo a legislação do trabalho ao empregado rural, instituindo indenização de caráter creditório em caso de despedida injusta, aposentadoria ou morte do empregado, estendendo a garantia da estabilidade a todos os empregados e aumentando a indenização de antiguidade de certos empregados e tornando completamente livre a constituição e funcionamento das associações profissionais e dos sindicatos, abolindo o enquadramento sindical e o impôsto sindical, tornando obrigatório o regulamento interno em emprêsas com mais de 100 empregados, atribuindo à Justiça do Trabalho a extensão das convenções coletivas de trabalho. Exclui do Código a organização judiciária, o processo e o seguro social, que, na opinião do Autor do projeto, devem constar de leis ou códigos à parte. A orientação geral do

projeto foi “conservar todos os direitos já existentes, aprimorar os incertos e criar novos”. Adota confessadamente a tese estatutária ou institucional da “relação de emprêgo”, denominação esta que substitui à de “contrato individual de trabalho”, constante da CLT no Título IV.

Como o anterior, salvo as exclusões feitas, mantém praticamente a mesma estrutura da CLT. Contém 412 artigos, enquanto o projeto SEGADAS VIANA encerra 657 e a CLT 922 artigos. Deve-se isto às supressões feitas de dispositivos considerados regulamentares, notadamente muitos dos concernentes à higiene e segurança do trabalho.

É um trabalho notável que em sua publicação oficial⁶ coloca lado a lado os seus dispositivos e os da CLT, facilitando o seu confronto. Ao pé dos dispositivos, contendo inovações, há numerosas notas justificativas, com substanciosos fundamentos doutrinários. Entretanto, também êle não teve andamento parlamentar, sendo remetido em 1956 à Comissão de que nos ocuparemos no parágrafo seguinte.

10. Em 1955, foi criada no Congresso Brasileiro uma Comissão Mista de 9 senadores e 9 deputados para proceder à revisão da CLT. Esta Comissão, instalada em 30 de abril de 1956, tem tido o seu mandato sucessivamente prorrogado. A ela foram incorporados, em 1957, como assessôres, três Procuradores do Ministério do Trabalho, Drs. ARNALDO LOPES SUSSEKIND, EVARISTO DE MORAES FILHO e BRÍGIDO TINOCO. Elaboraram êles um esquema de projeto de Código do Trabalho, tendo em vista que a revisão da CLT e leis subseqüentes objetiva a elaboração daquêle projeto. Tomaram como diretrizes manter os princípios doutrinários da CLT, salvo em caso de incompatibilidade com a Constituição de 1946. Incluem no seu texto normas de Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, Direito Administrativo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, deixando para leis especiais a Organização Ju-

6. *Diário do Congresso Nacional*, Capital Federal, Secção I, Suplemento ao n. 99, de 15-7-55.

diciária do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho e colocando como anexos ao Código as regulamentações profissionais específicas.

É a seguinte a estrutura proposta para o projeto do Código do Trabalho: “TÍTULO I — *Introdução*; TÍTULO II — *Direito Individual do Trabalho*, com os seguintes Capítulos: I — Da Relação de emprêgo, com as seguintes Secções: I — Do Contrato individual de trabalho; II — Da Remuneração; III — Da Alteração; IV — Da Suspensão e interrupção; V — Da Rescisão; VI — Do Aviso Prévio; VII — Da Estabilidade; VIII — Da Fôrça Maior; IX — Da Participação nos lucros; II — Das Relações especiais de emprêgo, com as seguintes Secções: I — Do Contrato de prova; II — Do Contrato de aprendizagem; III — Do Trabalho em domicilio; Capítulo III — Do Regulamento de emprêsa; Capítulo IV — Da Tutela do trabalho, com as seguintes Secções: I — Da Identificação Profissional; II — Da Jornada do Trabalho; III — Do Repouso semanal e em feriados; IV — Das Férias anuais; V — Do Salário Mínimo; VI — Da Higiene e Segurança do Trabalho; VII — Da Nacionalização do trabalho; VIII — Do Trabalho da mulher; IX — Do Trabalho do menor; X — Disposições finais (Referência aos Regulamentos especiais); TÍTULO III — *Direito Coletivo do Trabalho*, com o seguinte Capítulo: I — Da Organização sindical, com as seguintes Secções: I — Dos direitos sindicais; II — Da associação profissional; III — Da instituição do sindicato; IV — Das associações sindicais de grau superior; V — Da administração e funcionamento; VI — Das eleições sindicais; VII — Da contribuição sindical; VIII — Disposições gerais; Capítulo II — Da Convenção Coletiva do Trabalho, com as seguintes Secções: I — Disposições preliminares; II — Da Convenção de emprêsa; III — Da Convenção de categoria; Capítulo III — Dos Conflitos coletivos de trabalho, com as seguintes Secções: I — Dos dissídios coletivos; II — Da greve; III — Do “lock-out”; TÍTULO IV — *Direito Administrativo de Trabalho*, com o seguinte Capítulo: I — Da inspeção do trabalho, com as seguintes Secções: I — Da fiscalização; II — Das

penalidades; III — Da autuação e aplicação de penalidades; IV — Dos recursos; V — Do depósito, inscrição e cobrança das multas; TÍTULO V — *Direito Processual do Trabalho*, com os seguintes Capítulos: I — Disposições Preliminares; II — Do processo em geral; III — Dos dissídios individuais; IV — Dos conflitos coletivos, com as seguintes Secções: I — Do processo de dissídio coletivo; II — Do processo de solução de greve e “lock-out”; V — Dos recursos; VI — Da Execução; VII — Penalidades; TÍTULO VI — *Disposições finais e transitórias* — Anexos: Regulamentações especiais”.

Em 29 de março de 1958 os mesmos Assessôres fizeram entrega da Introdução ao Código do Trabalho, que é a seguinte: “Art. 1.º — Este Código estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas do trabalho. — Art. 2.º — É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. — Art. 3.º — Empregador é a pessoa natural ou jurídica que utiliza serviços de outrem em virtude de um contrato de trabalho. Parágrafo único — Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis à empresa principal e cada uma das subordinadas. — Art. 4.º — Empregado é a pessoa natural que presta serviços não eventuais a outrem, sob a sua subordinação jurídica e mediante salário. — Art. 5.º — Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual, no que concerne a direitos, garantias e benefícios. — Art. 6.º — Caracterizada a relação de emprego, não se distinguirá entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado em qualquer outro local, inclusive no domicílio do empregado. — Art. 7.º — A trabalho igual corresponderá salário igual, sem distinção de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. — Art. 8.º — Considerar-se-á

como de serviço efetivo, o período em que o empregado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. — Art. 9.º — Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. — Art. 10 — Serão nulos de pleno direito os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos neste Código e nas demais leis de proteção ao trabalho. — Art. 11 — Na aplicação deste Código atender-se-ão aos fins sociais a que êle se destina e às exigências do bem comum, de modo a que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. — Art. 12 — Na falta de disposições normativas ou contratuais, as autoridades judiciárias e administrativas decidirão por equidade, por analogia, pelos usos e costumes e pelos princípios gerais do Direito, principalmente do Direito do Trabalho. Parágrafo único — O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo que não fôr incompatível com os princípios fundamentais deste. — Art. 13 — As leis de proteção ao trabalho terão efeito imediato e geral, aplicando-se aos contratos em curso, com as alterações que visem a beneficiar o trabalhador. — Art. 14 — Os preceitos constantes deste Código, salvo quando expressamente determinado em contrário, não se aplicarão: a) aos empregados domésticos, assim considerados os que prestam serviços de finalidade não lucrativa para a pessoa do empregador ou de sua família, no âmbito de sua residência; b) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios, e aos respectivos extranumerários em serviço na própria repartição; c) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regimen próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos. Parágrafo único — Quando a União, ou autarquia por ela criada, adquirir empresas privadas, deverá no próprio ato aquisitivo ser fixado o regimen dos empregados da empresa adquirida. Em caso de omissão, continuarão as relações de emprego a ser regidas pelos preceitos deste Código. —

Art. 15 — Não havendo preceito especial em contrário, prescreverá em dois anos qualquer ação fundada em disposição dêste Código, contando-se o prazo da data em que puder ser ajuizada. — § 1.º — O prazo para ação contra alteração ilegítima das condições de trabalho começará a correr da data em que cessar a relação de emprêgo. — § 2.º — Os prazos de decadência serão objeto de disposições especiais em cada caso. — Art. 16 — O regimen de seguro social e a organização judiciária do trabalho serão objetos de leis especiais. — Art. 17 — As normas especiais do trabalho de determinadas profissões constituirão anexo dêste Código, tornando inaplicáveis as disposições gerais que regulem a matéria”.

Em 3 de junho de 1958, o Relator Geral da referida Comissão, Deputado AARÃO STEINBRUCH renunciou ao seu cargo e pediu a dissolução da mesma Comissão, afirmando que o Senado, a pretexto de sua existência, vem rejeitando sistematicamente proposições oriundas da Câmara dos Deputados, modificadoras da CLT e alegando prejuizos para os trabalhadores, visto como um Código do Trabalho não poderia ser elaborado no fim de uma legislatura. Entretanto, esta solicitação não foi atendida, pois em 1959 a Comissão Mista de Revisão da CLT continuou funcionando.

A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, através da sua Assessoria Jurídica, de que fazemos parte, tem estudado atentamente os trabalhos daquela Comissão. Assim é que um dos Assessôres, o nosso eminente Colega, Dr. JOSÉ DE ANCHIETA NOGUEIRA JÚNIOR, em parecer ainda inédito, que gentilmente nos permitiu citar, se manifestou, com aprovação da Assessoria, no sentido de que, ao se elaborar o Código, é preciso atender a que os empregados também têm deveres, concomitantemente com os dos empregadores, e não somente direitos. Em seguida, analisou detidamente os dispositivos do Título introdutório do projeto de Código do Trabalho, propondo vários aperfeiçoamentos aos seus dispositivos. Sobretudo estudou longamente e com profunda erudição, a definição de empregador, para condenar a definição do projeto, concluindo por ado-

tar a seguinte: “Empregador é a pessoa natural ou jurídica que, explorando a atividade de fins econômicos organizada em empresa, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” Esta definição foi aprovada pela Assessoria, contra o nosso voto, pois divergimos do ilustre Relator por considerarmos a empresa como pessoa jurídica⁷ Defende, com vigorosos argumentos, a subordinação jurídica do trabalhador como característica do empregado, conforme consta do projeto, substituindo a palavra “outrem”, por “empregador”

Esta é, no momento, a situação do problema no Brasil.

11. A codificação das leis sociais tem sido tentada entre nós várias vezes.

12. Assim é que, ainda durante a ditadura de GETÚLIO VARGAS, tivemos o dl. n. 7.526, de 7 de maio de 1945, que instituiu a Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil, o qual, na verdade, instituiu entre nós, um regimen à segurança social, unificando todos os órgãos de previdência social no Instituto dos Serviços Sociais do Brasil.

“Com o Decreto-lei n. 7.526, de 7 de maio de 1945, foi aprovada a nova *Lei Orgânica dos Serviços Sociais do Brasil*, na qual se previu a criação do Instituto de Serviços Sociais do Brasil (ISSB) — órgão que, todavia, não chegou a funcionar, porquanto o Governo empossado a 31 de janeiro de 1946 resolveu tornar sem aplicação o crédito aberto para sua instalação (Decreto-lei n. 9 481, de 18 de julho de 1946). Em consequência, a precitada Lei passou a ser aplicada apenas na parte que independia do funcionamento da nova autarquia. Esse Instituto absorveria tôdas as instituições de previdência social, realizando os seguros sociais de tôda a população que trabalha, bem como os serviços assistenciais configuradores do conceito da seguridade so-

7. Cf. nosso estudo *Las personas en Derecho Social*, no livro *Estudios de Derecho del Trabajo* en memoria de ALEJANDRO M. UNSAIN”, Buenos Aires, 1954, pgs. 33 a 38.

cial. Com administração única e contrôle centralizado, teria o Instituto os órgãos que lhe permitiriam descentralizar a execução dos respectivos serviços. — Hoje, os planos atinentes à instalação desse instituto foram abandonados, eis que o Projeto da Lei Orgânica da Previdência Social, ora em curso na Câmara dos Deputados, apenas uniformiza a legislação respectiva, dando-lhe bases técnicas capazes de permitirem a execução dos seus fins, bem como a paulatina extensão do seguro social a toda população que trabalha. Não se trata, todavia, de um plano completo de seguridade social, mas de um sistema de previdência social na sua moderna interpretação. O plano único de benefícios, de custeio e de administração, no que tange aos Institutos de Aposentadoria e Pensões, foi, porém, estabelecido pelo recente Regulamento Geral desses institutos, aprovado pelo Decreto n. 35.448, de 1.º de maio de 1954, com base no que a respeito estatuíam o precitado Decreto-lei n. 7.526, de 1945 e outras leis pertinentes ao assunto.

Com o Decreto n. 36.132, de 3 de setembro de 1954, o Governo resultante da morte do Presidente GETÚLIO VARGAS resolveu revogar o Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, que consagrara a desejada uniformização das normas de administração, de custeio e de benefícios concernentes aos referidos institutos. Com isto, foram restabelecidos os Regulamentos que vigoravam a 1.º de maio de 1954, motivo por que retornou a Previdência Social Brasileira à diversidade de regimens, tão combatida por técnicos e leigos”⁸.

13. São de SUSSEKIND estas informações: “Em 1947, o *Deputado* ALOISIO ALVES teve o mérito de apresentar ao Congresso Nacional um *Projeto de Lei Orgânica da Previdência Social* uniformizando diversas normas da administração e fixando o plano único dos benefícios. Posteriormente, o próprio autor reviu inúmeras disposições do Pro-

8. ARNALDO L. SUSSEKIND, *Previdência Social Brasileira*, Rio, 1955, pgs. 68 e 69.

jeto e, finalmente, em 1952, participou das reuniões da *Comissão Nacional* do Ministério do Trabalho, durante as quais foi elaborado um novo texto, seguindo as linhas gerais do documento primitivo. Essa terceira redação, que constitui o projeto ora em discussão na Câmara dos Deputados, mereceu a aprovação do *Presidente* GETÚLIO VARGAS, sendo de presumir que, com inevitáveis alterações, se transforme oportunamente em lei. — O Projeto da Lei Orgânica da Previdência Social, cujos objetivos teriam sido, em parte, atingidos com o revogado Regulamento dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, representa, conseqüentemente, o documento configurador da *tendência atual do nosso sistema previdenciário*"⁹.

14. RUBENS MARAGLIANO, nosso Companheiro da Assessoria Jurídica da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo e seu Vice-Presidente, realizou minuciosos estudos sobre projeto de Lei Orgânica da Previdência Social, de que resultou magnífico livro¹⁰. Resume êle: "O projeto da Lei Orgânica da Previdência Social é um trabalho longo, distribuído em nove Títulos e abrangendo 215 artigos, pois que o substitutivo englobou, em um único plano, a proposição de autoria do deputado ALOISIO ALVES (n.º 996/47), com as modificações posteriormente introduzidas, e o projeto n.º 2.119/56, de iniciativa do Poder Executivo, dispondo sobre a estrutura administrativa da Previdência Social".

Este projeto consta de 205 artigos agrupados nos seguintes títulos e capítulos: TÍTULO: I — *Introdução*, com um único capítulo; TÍTULO II — *Dos Segurados, dos Dependentes e da Inscrição*, com os seguintes capítulos: I — Dos Segurados; II — Dos Dependentes; III — Com 2 Secções: I — Da Inscrição dos Segurados e Dependentes; II — Da Inscrição das Empresas; TÍTULO III — *Das Prestações*, com os

9. *Ob. cit.*, pg. 79.

10. *A Previdência Social e sua Lei Orgânica*, São Paulo, 1958, pg. 23.

seguintes capítulos: I — Das Prestações em geral; II — Do auxílio-doença; III — Da Aposentadoria por invalidez; IV — Da Aposentadoria por velhice; V — Da Aposentadoria especial; VI — Da Aposentadoria por tempo de serviço; VII — Do auxílio-natalidade; VIII — Do pecúlio; IX — Da assistência financeira; X — Da pensão; XI — Do auxílio-reclusão; XII — Do auxílio-funeral; XIII — Da assistência médica; XIV — Da assistência alimentar; XV — Da assistência habitacional; XVI — Da assistência social; XVII — Da assistência reeducativa e de readaptação profissional; XVIII — Disposições diversas; TÍTULO IV — *Do custeio*, com os seguintes capítulos: I — Das fontes de receita; II — Do salário de contribuição; III — Da arrecadação, do recolhimento de contribuições e das penalidades; TÍTULO V — *Da Administração*, com os seguintes capítulos: I — Da estrutura administrativa; II — Dos órgãos de orientação e controle, com as Secções: I — Do Departamento Nacional de Previdência Social; II — Do Conselho Superior de Recursos da Previdência Social; III — Do Serviço Atuarial; IV — Disposições diversas; TÍTULO VI — *Das Instituições de Previdência Social*, com os seguintes capítulos: I — Dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, com as Secções: I — Da Administração e seus fins II — Do Conselho Administrativo; III — Do Conselho Fiscal; IV — Da Junta de Julgamento e Revisão; V — Dos Recursos e das Revisões; II — Do Serviço de Alimentação da Previdência Social; III — Do Instituto da Casa Popular; IV — Disposições comuns às instituições, com as Secções: I — Da Aplicação do Patrimônio; II — Das Comunidades de Serviço; III — Disposições diversas; TÍTULO VII — *Da Dívida da União*; TÍTULO VIII — *Disposições gerais e transitórias*, com as Secções: I — Disposições gerais; II — Disposições transitórias.

Este projeto oriundo da Câmara dos Deputados, onde tinha o n. 2.119, de 1956, recebeu no Senado Federal, o n. 10, de 1958. Foi aí longamente debatido, sendo afinal aprovado em abril de 1960, com cerca de 70 emendas, de-

vendo assim retornar à Câmara dos Deputados para apreciação das mesmas¹¹.

E' óbvio que não nos cumpre examiná-lo aqui quanto ao seu mérito, pois apenas o encaramos dentro do objetivo desta tese: a codificação das leis sociais. Dêste ponto de vista, não há dúvida de que é aceitável, apresentando uma estrutura metódica e baseada nos modernos ensinamentos da segurança social.

15. O problema da codificação das leis sociais não é de todo pacífico, no Brasil, como se poderia pensar depois de se verificar a existência, entre nós, de tantas comissões e projetos tendentes à elaboração de Códigos do Trabalho, do Processo do Trabalho, de Segurança do Trabalho e da Lei Orgânica da Previdência Social.

No Parlamento brasileiro vozes se têm levantado contra ela, como a do deputado ANTÔNIO HORÁCIO que, na sessão da Comissão de Legislação Social, da Câmara dos Deputados, de 26 de outubro de 1955, declarou que deveria ser rejeitada preliminarmente a idéia de um Código do Trabalho, que considera prematura. Para êle, a CLT já lhe parece um progresso suficiente, uma vez que a legislação trabalhista está nos seus primórdios, que os seus princípios não estão bem delineados, não estando ainda cristalizados, como prova a diversidade de projetos apresentados sôbre assuntos trabalhistas. Entende que um Código do Trabalho votado nessas circunstâncias estaria sujeito a mudanças contínuas, tumultuando ainda mais a matéria¹². No mesmo sentido se havia manifestado u'a mesa redonda reunida em 1951, no Rio de Janeiro, pela Federação das Associações Comerciais do Brasil, considerando prematura a idéia de

11. O projeto em referência foi aprovado pela Câmara dos Deputados e sancionado pelo Presidente JUSCELINO KUBITSCHEK DE OLIVEIRA com a lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, publicada no *Diário Oficial da União*, de 5 de setembro de 1960.

12. Cf. *Diário do Congresso Nacional*, Secção I, de 1-11-55, pg. 8.010.

elaborar um Código do Trabalho e preconizando apenas a revisão da CLT¹³.

Na IV reunião Plenária da Indústria, realizada em Goiânia, em janeiro de 1960, sob os auspícios da Confederação Nacional da Indústria e da Federação das Indústrias do Estado de Goiás, NERIO BATTENDIERI, sem tratar propriamente do problema da codificação, apresentou, entretanto, interessante sugestão no sentido de que é preciso diminuir a exagerada intervenção do Estado nas relações de trabalho, assegurando a CLT aos empregados um “tratamento máximo” e não o “tratamento mínimo” que lhe cumpria garantir, segundo a doutrina e impedindo, assim, o “desenvolvimento do espírito de autocomposição das classes”, através das convenções coletivas de trabalho, regulação esta que lhe competia estimular e não tornar inútil, visto como a lei “nacional” não pode atender às imposições resultantes da conjuntura econômico-social de cada região¹⁴. Afirma, pois, que a revisão de nossa legislação do trabalho deve limitar-se a fixar apenas normas mínimas de proteção ao trabalhador, com a necessária flexibilidade para a sua devida adaptação às circunstâncias de tempo e de lugar.

Em nossa opinião, mesmo em se reconhecendo a existência de numerosos projetos de lei versando assunto de Direito Social¹⁵, nem porisso se deve condenar a idéia de uma codificação das nossas leis sociais. Todos os argumentos geralmente expendidos a favor da elaboração de um Código, a nosso ver, encontram inteira aplicação à realidade brasileira.

Apenas entendemos que devem ser elaborados três Códigos e não apenas um: o *Código do Trabalho*, contendo tôda a matéria relativa ao contrato individual de trabalho

13. Cf. *Folha da Manhã*, de São Paulo, de 21-7-55, pg. 1, do 2.º caderno.

14. *Reformulação da Legislação do Trabalho*, Rio, 1960, pgs. 13, 19 e 20.

15. Existem atualmente (abril de 1960) em andamento na Câmara dos Deputados, 166 projetos sobre matéria trabalhista e no Senado Federal uma dezena dêles.

(ou à relação de emprêgo, se assim se preferir) e no direito coletivo do trabalho (direito sindical, convenção coletiva de trabalho, conflitos do trabalho); outro, o *Código de Segurança Social*, contendo a matéria do atual projeto de Lei Orgânica da Previdência Social e um terceiro, o *Código Judiciário e Processual do Trabalho*, contendo a lei orgânica da Justiça do Trabalho e as normas especificamente relativas ao seu funcionamento para a solução dos conflitos individuais e coletivos do trabalho.

A nosso vêr, não se justifica a existência nem de um *Código de Segurança do Trabalho*, assunto que deve caber ao Código do Trabalho, nem de um *Código Profissional*, contendo as regulamentações profissionais (de profissões liberais e outras) e as regulamentações especiais (trabalho de mulheres e de menores, etc.), matérias sem dúvida alguma pertinentes ao Código do Trabalho.

Em todos êles, porém, estamos de acôrdo em que a matéria deve ser tratada na sua forma mais geral possível, deixando-se as minúcias para serem reguladas pelas convenções coletivas de trabalho e quando isso não fôr de todo possível, pelos regulamentos baixados pelo Poder Executivo.

Missão do advogado no mundo contemporâneo *

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito na
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

I

Os bacharéis no pelourinho

No último quartel do século passado, o ilustre médico paulista, Luís Pereira Barreto, adepto fervoroso das idéias mestras de Augusto Comte, escrevia uma longa introdução ao segundo volume de seu livro *As três filosofias*, dedicando-as “aos legistas”.

Foi essa, talvez, a primeira objurgatória lançada no Brasil contra os pretensos males do “bacharelismo” ou da “bacharelíce” na vida cultural e política do País.

É sabido que Augusto Comte não teve uma compreensão plena e segura do fenômeno jurídico, tendo sido o seu espírito dominado por um determinado tipo de Ciência do Direito e por uma determinada espécie de jurista: o filósofo de Montpellier tinha diante dos olhos uma Jurisprudência formalista e convencional, enclausurada no mundo dos conceitos e dos silogismos, distante das mutações sociais, por

* Tese apresentada à II Conferência Nacional de Advogados, realizada em São Paulo, de 5 a 11 de Agosto de 1960, com as conclusões então unânimes aprovadas.

fôrça de sua fundamental inspiração racionalista e abstrata. Pelas mesmas razões não concebia êle o jurista senão como um “leguleio” divorciado das realidades humanas, apegado em demasia ao casuismo, perdido no sonho de subordinar o devir histórico a regras esteriotipadas e frias.

Em sua justa reação contra o abstratismo do século XVIII e, de certa forma, contra a Metafísica racionalista tradicional, Augusto Comte fazia uma identificação perigosa entre o jurisperito e o amante mais das aparências do que da realidade.

Foi sob o impacto dessas idéias que Luís Pereira Barreto formulou a sua crítica amarga, não só apontando as Faculdades de Direito do país como fontes perniciosas de ensinamentos inúteis, como proclamando a decadência do bacharel, para a ascensão progressiva e segura dos cultores das ciências exatas.

No seu modo de ver, o fim da era dos bacharéis já soara, por ter-se exaurido o momento da especulação metafísica, cuja finalidade consistira apenas em superar a fase primitiva das crenças e dos temores teológicos.

Com uma confiança desmedida na verdade de sua tese, concluía afirmando que os próprios cultores da Jurisprudência já estavam convencidos de seu malgrado destino, conformados com a perda irremediável de um primado social, prestes a passar, definitivamente, das mãos dos “fazedores de leis” para as mãos dos “descobridores de leis” imanentes nos fenômenos naturais. Anunciava êle, todavia, embora com muita imprecisão, o advento de uma atividade jurídica nova, subordinada às ciências positivas, notadamente à Sociologia, momento compreensivo e culminante de todos os saberes humanos.

II

Volvidas cerca de nove décadas, as ponderações de Luís Pereira Barreto ainda se me afiguram merecedoras de nosso estudo, especialmente em virtude do que, nesse

meio tempo, foi dito e se continua a dizer contra o bacharel e, de maneira particular, contra o advogado, apontado por muitos como o principal responsável por todos os males da República.

Criou-se no Brasil uma figura falsa do bacharel, geralmente confundido com o homem que prefere a verossimilhança à verdade; capaz de esvaziar as palavras de seus conteúdos mais fecundos, num jôgo floral de símbolos insignificantes; pouco afeito à compreensão concreta da existência humana, pelo hábito de subordinar, artificialmente, os acontecimentos cotidianos, por mais revolucionários e imprevistos, aos mesmos esquemas normativos estiolados; seduzido mais pela beleza extrínseca das coisas do que pela verdade oculta nas fôrças reais que condicionam o viver social; mais levado a transigir, aceitando acomodações provisórias, do que disposto a afrontar, com perseverança e método, os obstáculos opostos ao progresso social; mais propenso a reproduzir e a copiar modelos alienígenas do que a fundir imagens novas no cadinho da experiência própria.

Foram, sobretudo, alguns sociólogos, por sinal bacharéis, que mais se empenharam em acentuar os traços caricaturais do bacharelismo, com o qual se quis identificar tôda uma época da vida brasileira, considerada, afoitamente, convencional e postiça, só por não andarem ainda em voga expressões que hoje em dia parecem constituir o prato cotidiano da opinião pública, como “realidade brasileira”, “desenvolvimento” ou “auto-consciência nacional”.

Estão todos lembrados que foi sobretudo logo após a Revolução de 1930 que se exacerbou a crítica aos bacharéis em Direito, como se êles, com o seu amor ou apêgo aos sistemas normativos, constituíssem um empecilho ao despertar da nacionalidade. Em certos círculos chegou-se mesmo a contrapor o “bacharel”, símbolo urbano da República velha, ao “tenente”, ardoroso desbravador de uma nova era republicana, aderente à “realidade brasileira”, como antes havia sido contraposto ao “coronel”, expressão da mentalidade rural e tradicionalista.

Os juristas passaram a ser vistos como meros “assessôres” dos líderes políticos, com a incumbência subordinada de conferir forma e figura aos planos governamentais, perdida a visão de conjunto, que é condição primordial de êxito nas atividades do Estado. Esquecia-se, por outro lado, da impossibilidade de se conceberem “problemas de fundo” desligados dos “problemas de forma”, quando, na realidade, o estadista não ignora que o sucesso da ação estatal, em um Estado de Direito, depende da arte de fundir instrumentos jurídicos de trabalho em imediata consonância com os objetivos visados e os “meios materiais de ação”. É a razão pela qual os homens da lei devem participar, ativa e criadoramente, dos planos de govêrno, em pé de igualdade com os mentores da coisa pública, qualquer que seja a sua formação profissional ou técnico-científica.

Resta, pois, saber até que ponto uma crítica apressada e superficial do papel do advogado no seio da nacionalidade não terá contribuído para esvaziá-la de “senso jurídico”, que é senso de medida e de proporção.

Parece-me, por conseguinte, oportuno e mesmo inadiável debater êsse grave problema num Congresso Nacional de Advogados, muito embora, à primeira vista, possa a questão parecer distante das preocupações de ordem profissional. Na realidade, porém, tôda profissão constitui um *status* social, denota um conjunto orgânico de circunstâncias inseparável da pessoa que a exerce.

Se, como diz Ortega y Gasset, “eu sou eu e as minhas circunstâncias”, não é demais que o advogado medite um pouco sôbre a dimensão humana que êle julga possuir e aquela que certa gente lhe atribui. Por outro lado, é tão sòmente graças a essa prévia tomada de consciência do próprio *status* social que se tornará possível aos advogados situar, com maior segurança, os problemas particulares oriundos do exercício de seus misteres, captado o sentido mais penetrante e vivo de certas perguntas e descortinadas perspectivas que só a visão do todo propicia.

Nenhuma profissão, como a do advogado, está tão ligada aos problemas existenciais do homem. Se o Direito não

é tudo, é, todavia, condição primordial para que, na comunidade dos homens, surjam e se desenvolvam as atividades mais diversas, a começar pela revelação de cada homem enquanto homem, segundo os seus pendores naturais, protegidos pelo escudo das liberdades políticas e civis.

III

Perspectivas históricas

Nesse exame de consciência de nossa profissão, devemos partir, em primeiro lugar, de certas perspectivas históricas, afim de pôr um paradeiro à tola pretensão de um primado social ou político, que teríamos perdido em determinado momento do processo histórico: não o perdemos pela simples razão de que, enquanto advogados, nunca o tivemos.

Não há dúvida que há certas épocas em que a missão do jurista e do advogado se mostra mais operante, projetando-se mais fortemente no cenário das inquietações humanas: tal acontece sobretudo nas épocas em que a humanidade procura consubstanciar em leis e em códigos o resultado de suas penosas conquistas; ou, então, quando se arma de um punhado orgânico de normas como instrumento indispensável a novas conquistas.

A história de Roma está aí para ensinar-nos que os homens da lei não se colocam necessariamente à margem da vida, destituídos de qualquer influência positiva no desenrolar dos acontecimentos sociais. Sabe-se melhor, hoje em dia, que o Direito Romano clássico não teria surgido se, antes do pretor, que armava de “imperium” as suas decisões, não tivesse existido a figura serena e criadora do *jurisconsulto*, verdadeiro mentor da Ciência jurídica e da jurisdição, quase sempre cidadão atuante nas primeiras linhas da história da República.

Depois, quando o patrimônio cultural dos Romanos ameaçava ser submerso pelas ondas das invasões externas e das subverções intestinas, foram ainda os jurisconsultos que esculpiram, no bronze do Digesto, as lições de um milênio de história, com uma precisão que Leibniz comparava à verdade das matemáticas.

A obra dos jurisconsultos de Justiniano, por mais procedentes que possam ser as críticas dos interpolacionistas, ávidos de desvendar os arcanos do Direito romano clássico, constitui um monumento de tal magnitude que a êles se deve, talvez, um dos fáceis desvios a que se entregam alguns bacharéis: o esquecimento da realidade viva pelo deslumbramento formal dos textos.

Como, porém, culpar Papiniano dos equívocos de seus exegetas? Também no domínio das ciências exatas não faltam exemplos de atrasos e crises motivados pela reverência a ídolos e ideologias.

Como estranhar o “culto do Digesto”, na época dos glosadores, se êles viam, com acêrto, a correspondência entre o velho Direito justinianeu e as exigências históricas de sua época, preparando manancial preciso de conceitos e de institutos para fundir as matrizes da cultura jurídica moderna? Tão ligados a seu tempo se mostraram êles, os glosadores, que a culta Bolonha ainda ostenta orgulhosamente, em suas praças públicas, as estátuas que denotam a presença participante dos homens da lei na vida social, política e econômica de uma época decisiva para o destino do homem ocidental.

Que adiantariam, em verdade, as afirmações mais revolucionárias das ciências, desde a época dos Descobrimentos até ao dealbar inquietante da era interplanetária, se, ao lado do cientista, não se erguesse a figura do jurista, não só consolidando e garantindo o “já realizado”, mas preservando, ao mesmo tempo, a liberdade e o direito de inovar, tutelando o infinito “a realizar”?

O certo é que não há autêntica revolução no cosmos dos saberes humanos, assim como no domínio da praxis

política, que, em um dado momento, não se deva plasmar em leis, sob pena de se comprometerem as conquistas alcançadas: todo Napoleão orgulha-se de seus Códigos; toda revolução técnico-científica espelha-se, mais cedo ou mais tarde, num sistema de normas jurídicas que lhe consagra valores e perspectivas.

Tais correlações não devem causar surpresa, pois o Direito é uma das dimensões universais e permanentes do ser do homem, e, como tal, constitui uma expressão da vida humana, como fator que é do “mundo da cultura”, em unísono com os demais fatores que refletem e potenciam os valores instituidores do Espírito tais como as Artes, a Economia, e as Ciências. Daí a natural vibratilidade do jurista pelas mais diversas expressões da ação humana, nelas lobrigando motivos de complementariedade e de equilíbrio.

O ordenamento jurídico, que se não deve confundir com o sistema das leis, é como que o retrato antecipado dos possíveis comportamentos humanos, razão pela qual ao advogado, mais do que a qualquer homem, se aplica a eterna lição de Terencio: “*Homo sum: nihil humani a me alienum puto*”.

A advocacia é, em suma, uma profissão cujas raízes se aprofundam numa compreensão *humanista*, cuja natureza é, mais do que nunca, merecedora de nosso diálogo, da troca de idéias que, desde Platão, é a forma por excelência do filosofar.

IV

Atualização do preparo científico

Assentes os pressupostos do problema, cabe-nos perguntar que poderá haver de específico e de novo na missão do advogado nos horizontes do mundo contemporâneo e quais os deveres que este lhe impõe.

A primeira verdade, a que se põe de imediato, com a força às vezes monótona dos truismos, é a de que existe uma “crise do Direito”. Esta afirmação seria, porém, de-veras desalentadora se somente o Direito estivesse em crise: na realidade, a chamada “crise de Direito” é apenas um capítulo da crise geral de estrutura de nosso tempo, que vai desde os horizontes aparentemente serenos das Matemáticas ao jôgo cotidiano dos preços dos gêneros de primeira necessidade. Mais uma vez, como se vê, a demonstração de que o Direito só tem sentido na *concretidade do processo histórico*, ou por outras palavras, quando considerado em *função do sistema global das forças em que se insere e com as quais se conjuga*.

Sob êsse prisma, não se poderá recusar o acêrto dos que verberam nos juristas certa tendência a viver como *homo juridicus*, quando só se pode e só se deve viver como *homem*, na integridade e riqueza de tôdas as nossas valências. Tôdas as setorizações do viver social são equivocadas, e até mesmo funestas, provocando, por exemplo, distorções e estrabismos como os das cosmovisões fundadas, unilateralmente, só em valores econômicos, só em valores políticos, só em valores estéticos, só em valores religiosos, só em valores científicos. .

O mundo da cultura é solidário, e o Direito, como permanente composição de forças em equilíbrio instável, reflete, no mais alto grau e da maneira mais direta, a funcionalidade complementar ou coimplicante dos atos e das obras do homem.

Eis aí o primeiro, o primordial dever que temos como juristas: situarmo-nos no sistema integral das forças de nosso tempo, sem perda da visão harmonizadora do conjunto, fora da qual os fatos singulares perdem o seu significado autêntico. Nossa época tem sede de concretidade, aneia por soluções integralizadoras, que não mutilem os homens e as coisas.

Dentro dessa *compreensão concreta* e total, necessariamente plurivalente e plurimetódica, é evidente que as leis,

ou, de maneira mais ampla, as normas jurídicas deixam de valer em si e por si, como se fôsem figuras geométricas, abstratas e frias, para serem antes consideradas instrumentos plásticos de vida, e, mais precisamente ainda, “momentos de vida”, a tal ponto que entre a “norma” e a “situação normada” não se cavem abismos, mas coexistam ambos os termos na unidade dialética de um único processo.

A nós advogados cabe travar esta batalha decisiva em prol de um Direito que, sem perda dos valores inelimináveis da *certeza* e da *liberdade*, assegure uma correspondência cada vez mais efetiva entre a “norma vivida” e as exigências sociais concretas: tal mudança de atitude em face dos problemas dará novo sentido à Ciência do Direito e acabará por prevalecer sôbre os óbices da rotina, inclusive nos domínios às vêzes esclerosados dos órgãos jurisdicionais.

Mas se queremos e devemos participar das primeiras linhas da dinâmica social, mister é atualizarmos nossa formação científica, não apenas no que se refere à feitura, à interpretação e à aplicação das normas de Direito, mas também pela compreensão *filosófica* e *sociológica* dos fenômenos jurídicos, para que se não confunda o Direito com a lei, nem se estabeleça uma desfasagem entre o Direito e as Ciências positivas.

V

É, sem dúvida, a necessidade de maior aderência a interesses concretos que explica a crescente multiplicidade nas especializações da advocacia. O advogado onisciente, capaz de resolver tôdas as dificuldades jurídicas, do Direito Penal ao Mercantil e Fiscal, torna-se cada vez mais raro, o que é um benefício quando o especialista não se olvida dos problemas gerais e comuns da Ciência do Direito. Se, como disse Lutero, repetido por Carnelutti, o jurista, que é só jurista, é uma pobre e triste coisa, que

não dizer do penalista que é só penalista, do comercialista que é só comercialista?

No *mare magnum* das leis e das especialidades urge que saibamos preservar a unidade superior da Ciência e o sentido unitário da “comunidade dos juristas”

Não somos, por certo, só nós os advogados que fazemos as leis, mas não nos esqueçamos de que, de uma forma ou de outra, *acabamos sempre sendo responsabilizados por elas*. . . Longe de rejeitarmos essa responsabilidade, devemos recebê-la como um apanágio, um elogio à capacidade plasmatadora de nossa inteligência e às reservas éticas de nosso Espírito, visto como a sociedade confia em que o advogado saberá reagir contra as leis más, não só exigindo a sua revogação, como, em sendo elas vigentes, pela arte sutil de lhes polir as arestas, graças ao seu enquadramento no sistema coerente da ordem jurídica total. Essa compreensão harmonizadora do todo, digâmo-lo sem falsa modéstia, é uma das virtudes do bacharel, o que às vêzes o faz ser ou parecer dispersivo e inconstante, de tudo preocupado e por tudo seduzido, sem se fixar em ponto algum, o que pode ocorrer quando se olvida que só a modéstia, companheira serena do estudo objetivo e da disciplina metódica, nos possibilita intuir as linhas reveladoras do todo.

Especializar-se, por conseguinte, é um dos deveres do advogado contemporâneo, mas evitando a deformação própria dos especialistas precoces, envaidecidos de sua técnica, de seus instrumentos conceituais e de seus fichários, aos quais tanto mais se escravizam quanto mais se julgam senhores da mais alta cultura jurídica.

E’ a razão pela qual as Faculdades de Direito de maior responsabilidade no panorama cultural do País devem cuidar com carinho de seu *Curso de Especialização*, tarefa esta mais própria dos institutos universitários oficiais, e tanto mais necessária quanto mais se multiplicam, não raro sem o devido critério, as Escolas de Direito pelo território nacional.

VI

O bacharel na vida nacional

Nossa modéstia não deve, todavia, levar-nos a aceitar, sem os devidos reparos críticos, a responsabilidade que se tem querido atribuir ao bacharel por certos erros de nosso sistema cultural e político.

De tais erros somos responsáveis na medida em que temos tido mais ocasiões de participar das funções de Governo, pela própria natureza de nossa formação científica, mas não creio que se possa excluir, em maior ou menor proporção, a responsabilidade dos militares, médicos, engenheiros, economistas, jornalistas, agricultores ou industriais.

Quê é, em suma, que se aduz contra o bacharel, que não seja um reflexo de certas tendências e inclinações naturais de nosso povo? Não havia Faculdades de Direito no País, e já vivíamos, como comunidade de estrutura colonial, com olhos fitos em Portugal, como quem admira um modelo. Se continuamos a sofrer influências externas, benéficas e inevitáveis, não se esqueça que nos cabe o mérito de termos alargado o número e a extensão dos focos irradiadores da cultura recebida, abrindo as janelas do Espírito para a França, a Alemanha, a Itália, a América do Norte, etc.

Quanto à alegação de que o nosso advogado se contenta com aparência, ou com ouropéis verbais, bastaria lembrar, em contraposição a essa tese, o mérito universalmente proclamado de algumas de nossas leis básicas, como Código Comercial de 1850 e o Código Civil, para não falar na atualidade cultural de um Teixeira de Freitas, de um Paula Batista, de um Pimenta Bueno, de um Lafayette, de um Carvalho de Mendonça ou de um Clovis Bevilacqua, cuja obra se desenrola em uníssono com os problemas práticos e concretos. E enquanto forem lembrados nomes como os de Campos Sales ou de Rodrigues Alves, para não

citar senão dois vultos da primeira República, será estultice pensar em falta de senso de realidade por parte dos bacharéis brasileiros.

Nem se diga que Ruy Barbosa se deixou fascinar em demasia pelo verbo, pois só o acusam de ideólogo os que conhecem pela rama, quando não por ouvir dizer, a sua obra de mestre de nosso Direito Público, batalhando, por exemplo, em prol de um federalismo orgânico ou de um municipalismo diversificado e dinâmico, que alguns de seus críticos julgam ser descobertas de última hora.

Apaguem-se da história do Brasil as obras de nossos bacharéis, e quê restará da vida cultural e política do Império e da República? Quê restará de nossas letras, de nosso romance, de nossa oratória, de nosso jornalismo, de nossa historiografia, de nossa poesia? Quê restará do pensamento filosófico sem os bacharéis que se chamaram Tobias Barreto, Silvio Romero, Farias Brito, Pedro Lessa, João Mendes Júnior, Jackson de Figueiredo, Clovis Bevilacqua?

Mais ainda. Para cúmulo dos paradoxos, muitos dos críticos do bacharelismo se louvam em escritos de bacharéis como Alberto Torres e Oliveira Viana, ou são também bacharéis, mas bacharéis bissextos, de experiência jurídica esporádica e rala.

E se volvermos a atenção ao mundo da agricultura, do comércio e da indústria, seria fácil lembrar nomes de advogados, cuja existência se confunde com as maiores afirmações de nosso progresso econômico.

O que importa, por conseguinte, é distinguir, na imensa classe dos advogados, os que têm uma concepção formalista e abstrata do Direito e os que concebem a vida jurídica em tôda a dignidade e concretitude de suas expressões. Se algumas críticas procedem contra os primeiros, delas ficam isentos os advogados autênticos, cientes e conscientes de sua alta missão no sistema complexo de interesses e de aspirações das coletividades humanas.

VII

Advocacia e liberdade

Costumo afirmar que a justiça é uma virtude franciscana, porque sempre destinada à tutela e à salvaguarda dos demais valores sociais. No fundo, ordem social justa é aquela em que cada homem ou grupo de homens esteja em condições de realizar, na medida das conjunturas do tempo e das exigências do todo, o máximo de suas possibilidades, sem resultarem comprometidas as fontes da liberdade instituidora do Espírito.

Eis aí outro ponto essencial: conceber o Direito como “realização da liberdade” só tem sentido quando se estabelece uma implicação essencial entre liberdade e Espírito, repelindo-se todo e qualquer programa de govêrno da sociedade pela subordinação crescente dos homens às coisas, por “coisas” se entendendo não apenas os sêres inanimados e corpóreos, mas também aquilo que se estiola e se imobiliza, como “quadros”, “esquemas” ou “sistemas” rígidos, destacados dos impulsos reais da vida.

Este é um dos riscos que ameaçam mais trágicamente o homem: a “burocratização”, a “estandardização”, a “massificação”, em prejuízo das faculdades criadoras e espontâneas, reveladoras do que há de distinto e inconfundível em cada ser livre.

Nós advogados prezamos o valor dêsse bem irrenunciável, do qual provém a beleza de nossa profissão *liberal*: não só em nosso escritório particular, mas também nos quadros hierárquicos do Estado e das grandes emprêsas, a que prestemos serviços, nós, os advogados, *sabemo-nos livres em nossas opiniões, independentes no formar e defender nossas convicções científicas*. Não devemos jamais servir como instrumentos, ao sabor e à mercê das opiniões ou dos propósitos alheios: tanto melhor serviremos aos clientes quanto mais nos decidirmos à luz de convicções livremente brotadas da meditação e do estudo.

Não é mistério para ninguém que a ordem econômica atual vai tornando cada vez mais marginal a profissão autônoma, crescendo, dia a dia, o número dos advogados que prestam seu trabalho em termos de relação de emprego público ou privado. Com o correr do tempo, os Escritórios de Advocacia, ante a pressão dos fatores fiscais e as exigências da racionalização dos serviços, também assumirão feição mercantil, surgindo como verdadeiras “empresas” exploradoras do saber jurídico, o que põe em relêvo o problema da *liberdade científica* que estamos analisando.

Saber preservar, carinhosa e herôicamente, o patrimônio moral da liberdade científica, num mundo cada vez mais mecanizado e uniforme, será uma contribuição de alcance ético para tôda a comunidade, uma forma de participação positiva no esforço de preservação de uma *cultura humanística*, que se não reduz apenas ao “saber de humanidades feito”, pois uma cultura de bases estritamente científicas poderá ser “humanista” se o cultor da Ciência não se colocar a serviço das coisas, nem se reduzir a um elo na cadeia dos interesses transpessoais de uma classe ou do Estado.

VIII

O Direito e o destino das Ciências

Esta última consideração leva-nos a examinar uma das mais inquietadoras questões de nossa época: a do destino da ciência e do homem de ciência.

Basta um relance de olhos pelos quadrantes do globo, tanto no Ocidente como no Oriente, para nos convenceremos de que a Ciência perde, celeremente, a sua categoria de “fazer do homem”, para tornar-se um “fazer do Estado”, ou um “fazer de empresa”. Por tôda parte a Ciência subordina-se a esquemas imensos de organização burocrática,

pública ou privada, máxime no concernente aos empreendimentos ligados à energia nuclear.

O grande fato de nossa época, ao qual os juristas não têm emprestado a devida atenção, é a crescente *burocratização da atividade científica*, dada a necessidade de incalculáveis recursos de haveres e de capitais para atender-se às planificações da Nova Ciência.

Não é apenas a Ciência, mas é o cientista que corre o risco de tornar-se tanto mais materialmente poderoso quanto menos política e èticamente livre. O “sistema”, o “enquadramento” ameaça-o por tôda parte, com a tentadora barganha de sua independência por bens materiais e meios propiciadores de pesquisa.

Os homens do Direito, não podemos ficar alheios a êsse drama, pois êle nos atinge diretamente: a escravidão do físico, do químico, ou do biologista será a nossa própria escravidão, pois não podemos nos iludir com a possibilidade de destinos diversos, de submissão e de liberdade, no seio de uma mesma ordem jurídica. É sempre comum e solidária a causa da liberdade do Espírito.

Ora, se a Ciência não pode progredir mais na reclusão heróica dos antigos laboratórios, onde o gênio solitário fazia brilhar a luz de uma hipótese revolucionária; se a Ciência tende a marchar “pari passu” com as grandes estruturas organizadoras, mister é que o jurista volte sua atenção para o estudo dessas estruturas, colaborando com o cientista na delicada tarefa de conjugar “organização” e “liberdade”

Aliás, êsse drama da *estatalização* da vida humana foram os advogados os primeiros a senti-lo em sua própria carne, quando na Rússia soviética praticamente se destruiu a figura do advogado *livre* profissionalista, para concebê-lo enquadrado no sistema do Estado classista, ou em função de exigências burocráticas.

Não é sem motivo que já se apontou uma íntima ligação entre Advocacia e Democracia. Onde não há liberdade, pode haver “juristas” a serviço dos Poderes cons-

tituídos, mas não haverá advogados: a liberdade do advogado, como se vê, tem como pressuposto a liberdade civil e política da comunidade a que êle pertence.

Chegamos, assim, à conclusão de que a profissão de advogado, por sua própria natureza, é uma expressão da liberdade: é profissão democrática em sua estrutura e em seu destino.

IX

Concepção do Direito e concepção do mundo

Através das páginas aqui rascunhadas quis acenar para os deveres primordiais do advogado como *homem*, como *cientista* e como *cidadão*, e vejo que tudo se resume em ter-se esta ou aquela outra concepção do mundo e, por via de consequência, esta ou aquela concepção do Direito.

Ou se opta por um regime social e político, em que os homens se conservem e se desenvolvam como seres livres, capazes de querer eficazmente algo não querido pelos que governam, ou então se prefere uma ordem estatal que nos possa dar bens de vida e de conforto, privando-nos do “luxo da liberdade”: no primeiro caso, a advocacia continuará a existir, como profissão que só viceja entre homens livres; no segundo caso, reduzir-se-á a uma função burocrática, assim como o Direito perderá a sua densidade ética, para reduzir-se a um sistema de pesos e contrapesos administrativos.

Não ignoro que os “dois mundos” atuais, por mais que pareçam irremediáveis e iminentes os conflitos, tendem cada vez mais a exercer uma influência recíproca e benéfica, a exemplo do que nos ensinam outros períodos históricos. Situados em condições de contemplar, mais objetiva e serenamente, os dados e os fatores do formidável embate, talvez nos caiba, a nós brasileiros, maior parcela de responsabilidade na tarefa de antecipar, segundo as

proporções de uma justiça social concreta, as linhas tranquilizadoras do mundo de amanhã.

O desejo, porém, de mútuo entendimento não poderá jamais representar o sacrifício dos valores de liberdade e de respeito ético à pessoa humana, que estão no cerne de nossa civilização: nesse ponto, que é o essencial, não há lugar para abdições, nem para renúncias.

Será mister optar entre dois caminhos. É na verticalidade dessa opção que se polariza o que somos e o que podemos ser como homens, como cidadãos e como advogados.

* * *

Daí ser possível e mesmo imprescindível oferecer, à guisa de conclusões, os seguintes ENUNCIADOS:

- 1.º — *O advogado deve preservar, contra tudo e contra todos, o cunho liberal e humanista de sua profissão: liberal porque fundada na liberdade de convicção científica; humanística, porque tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e a livre afirmação das infinitas tendências e inclinações do homem;*
- 2.º — *O advogado deve travar, sem desfalecimento, a luta contra o formalismo jurídico, para a captação autêntica do Direito, não só graças ao sucedâneo filosófico e sociológico da experiência jurídica, como também pela atualização dos elementos categoriais e técnicos peculiares ao pensar jurídico;*
- 3.º — *Torna-se indispensável que os Poderes Públicos reconheçam incontinenti a necessidade de serem instituídos Cursos de Es-*

pecialização de caráter complementar, reclamados pela cultura jurídica do País;

- 4.º — *O advogado deve assumir posição vigilante e ativa no momento da feitura das leis, para preservar-se o caráter técnico da obra legislativa;*
- 5.º — *O mundo contemporâneo exige cada vez mais a contribuição do advogado para a solução dos problemas da organização das atividades científicas e econômicas, afim de que o Estado ou as emprêsas privadas, ao propiciarem os meios materiais indispensáveis à pesquisa científica, não comprometam as liberdades fundamentais do homem;*
- 6.º — *O advogado deve atuar no mundo contemporâneo com a plena consciência de que só há um regime político-compatível com a sua profissão: o que assegura aos indivíduos e aos grupos as liberdades civis e políticas;*
- 7.º — *O advogado deve, acima de tudo, capacitar-se de que a sua profissão não se exaure num círculo restrito de interêsses pessoais, mas constitui um elemento-substancial da comunidade concreta dos homens que trabalham e realizam valores sociais.*

São Paulo, Agôsto de 1960

Execução de sentença na pendência de recursos de revista e extraordinário

Luís Eulálio de Bueno Vidigal

Catedrático de Direito Judiciário Civil na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

1. Segundo o artigo 882 do Código de Processo Civil, são exequíveis as sentenças:

- I, quando transitadas em julgado;
- II, quando recebido o recurso no efeito somente devolutivo.

Dispõe o artigo seguinte que a execução provisória não abrangerá os atos que importarem alienação de domínio, nem autorizará, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro.

Por outro lado, segundo o § 1.º do artigo 808 desse Código, o recurso extraordinário e a revista não suspendem a execução da sentença.

Indaga-se, em face deste último texto, se é possível restringir, pela exigência de caução, a execução de sentença contra a qual se interpuseram ambos os recursos.

2. Muitos processualistas nacionais e estrangeiros, por curiosa inadvertência, costumam referir-se apenas à apelação, quando tratam dos efeitos devolutivo e suspensivo dos recursos. Assim, entre outros, Gabriel de Rezende Filho, Curso III, 1946, pág. 95; João Monteiro, Theoria, 3.º, 1905, pág. 157; Ramalho, Praxe, 1869, pág. 552; Glasson, Traité,

III, 1929, págs. 341 e 343; Chiovenda, Istituzioni, II, 1936, pág. 550; Wetzell, System, 1878, pág. 729.

Não há motivo para essa limitação. Como muito bem ensina Pontes de Miranda,

“os recursos ou são de plena devolução da matéria discutida, ou apenas de certa parte da matéria. Quando se diz que o agravo sòmente devolve a parte em que houve o gravame, ao passo que a apelação pode devolver tudo, relembra-se diferença que hoje já não é de aceitar-se, em tôda a sua abrangência. Se é certo que a apelação ainda pode ter devolução cabal total (isto é, de todo o efeito), ao conhecimento do tribunal para o qual se apelou, o agravo muitas vêzes tem a mesma função, devido a certa política jurídica mais pragmatista e menos intelectualista, que passou ao conhecimento dos tribunais de agravo de recursos que eram objeto de apelação. Há recursos, porém, que mantêm devolução ainda mais restrita e resistem às influências daquela política utilitária e oportunista a que nos referimos. É o caso da revista, do prejudgado, e dos embargos aos acórdãos quando tenham intuito de infrações ou de decretação de nulidade (embargos de nulidade e infringentes do julgado). E o do recurso extraordinário.” (Comentários, vol. 5.º, pág. 19).

Seabra Fagundes, igualmente, esclarece que

“o efeito devolutivo pode ser parcial ou total, o que depende da vontade do recorrente ou da natureza do recurso” (Recursos ordinários, pág. 185).

Na doutrina alemã, também se costuma cogitar dos efeitos suspensivo e devolutivo a propósito dos recursos em

geral e não apenas a propósito da apelação (Cf. Schönke, *Zivilprozessrecht*, 1949, pág. 33; Rosenberg, *Lehrbuch*, 1929, pág. 438).

3. O efeito suspensivo impede que a sentença seja executada; do efeito devolutivo decorre a competência de tribunal superior para conhecer da causa.

Um e outro podem ser mais ou menos intensos. A apelação tem ordinariamente efeito suspensivo ilimitado: impede qualquer ato de execução. O efeito devolutivo é sempre limitado; as questões de fato não propostas na instância inferior somente poderão ser suscitadas no processo de apelação, se as partes provarem que deixaram de fazê-lo por motivo de força maior.

Há apelações que suspendem a execução mas não impedem a liquidação na pendência do recurso (Código de Processo Civil, artigo 830, § 1.º).

A vontade das partes também pode levar à limitação do efeito devolutivo (Código de Processo Civil, artigo 811). Essas considerações são feitas para se ter presente que o fato de terem alguns recursos efeito devolutivo menos amplo não significa que não tenham sido recebidos apenas no efeito devolutivo. A revista e o recurso extraordinário também tem efeito apenas devolutivo. Diferem da apelação recebida somente com êsse efeito apenas no sentido em que a apelação tem efeito devolutivo amplo e aquêles dois recursos o têm limitado.

4. Hoje, salvo disposição expressa da lei, tôdas as apelações têm efeito suspensivo. Mas nem sempre foi assim. Quem ler a *Praxe Brasileira*, de Ramalho, no capítulo dos efeitos do recebimento da apelação, verá que essa matéria era, antes dos códigos de processo, extremamente controvertida. Basta ver o princípio geral enunciado à pág. 552:

“Em regra tôda a apelação recebe-se em ambos os efeitos; mas, por exceção, recebem-se no efeito devolutivo por disposição expressa da lei ou por praxe, as apelações” etc.

Da incerteza então reinante sôbre o assunto veio o hábito de determinar-se ao Juiz que declare os efeitos em que recebe a apelação, como se êle tivesse o poder de precisar arbitrariamente êsses efeitos (v. o artigo 826,

“o juiz, declarando os efeitos em que a recebe”,
o artigo 829,

“recebida a apelação no efeito sòmente devolutivo”, o artigo 830,

“serão recebidas no efeito sòmente devolutivo”,
o artigo 831,

“salvo se a apelação houver sido recebida no efeito sòmente devolutivo”,
e o artigo 882,

“quando recebido o recurso no efeito sòmente devolutivo.”)

A insistência do Código em aludir ao ato em que o Juiz declara os efeitos em que recebe a apelação, poderia levar à suposição de que lhe incumbe discricionariamente precisar êsses efeitos.

É claro que, nos tópicos citados, o Código deveria ter dito:

“o juiz, declarando os efeitos da apelação”,
“tendo a apelação somente efeito devolutivo”,
“terão somente efeito devolutivo”

e

“salvo se se tratar de apelação provida apenas de efeito devolutivo”.

A propósito dos demais recursos, o Código, por influência da técnica seguida pelos autores há pouco citados, jamais falou de efeito devolutivo.

5. Vem daí, talvez, o erro em que têm incidido tantos julgados, de não considerarem, para aplicação do artigo 882, II, como recebidos apenas no efeito devolutivo os recursos de revista e extraordinário. Em nenhum tópico disse o Código que eles seriam recebidos apenas no efeito devolutivo. Sendo, porém, dois os efeitos dos recursos, suspensivo (amplo ou limitado) e devolutivo (integral ou parcial), tanto podia o Código dizer,

“a revista e o recurso extraordinário serão recebidos somente no efeito devolutivo”,

como

“a revista e o recurso extraordinário não terão efeito suspensivo”

ou, finalmente,

“o recurso extraordinário e a revista não suspendem a execução da sentença”

Foi esta última a redação adotada pelo Código. Em nenhum outro dispositivo legal se declararam os efeitos desses recursos. O § 1.º do artigo 808 tem, em relação à

revista e ao recurso extraordinário, exatamente o mesmo sentido e a mesma compreensão do artigo 829, 2.^a parte, em relação à apelação recebida apenas no efeito devolutivo.

6. Vejamos e critiquemos alguns dos fundamentos em que se baseiam os propugnadores da tese de que é definitiva, e não provisória, a execução de sentença de que pendem recurso de revista e recurso extraordinário.

O recurso extraordinário — diz um acórdão do Tribunal de São Paulo — “não suspende a execução da sentença. E apenas de sentença passada em julgado é êle admitido”. (Rev. dos Trib., vol. 177, pág. 339; incidindo no mesmo êrro, acórdão do Supremo Tribunal Federal, vol. 152, pág. 170, da mesma Revista).

É certo que êle não suspenda a execução da sentença; errôneo, que só se admita contra decisão passada em julgado. E é precisamente por não ter transitado em julgado que a sentença só pode executar-se provisoriamente.

Lê-se realmente em Pimenta Bueno que coisa julgada significa a decisão formulada por uma sentença definitiva, que já não pende do recurso de apelação; é coisa soberanamente julgada se diz aquela que não só não pende mais do recurso de apelação, porém nem ainda da revista ou ação rescisória ou de nulidade, por não ser no caso dela admitida pela lei (Apontamentos sôbre as formalidades do processo civil, 1911, pág. 200).

Com base nessa opinião de Pimenta Bueno, afirmou Virgilio Sá Pereira que a sentença passa em julgado apesar do recurso extraordinário. Depois da vigência do Código Civil, entretanto, essa tese é insustentável. Não há razão, no Brasil, para a distinção entre recursos ordinários e extraordinários, invocada por alguns acórdãos, para fundamentar a tese da definitividade da execução da sentença de que pende revista ou recurso extraordinário (v. voto do Desembargador Paulo Colombo, que depois, em embargos, se tornou vencedor, na Revista dos Tribunais, vol. 153, pág. 592).

Em França, a distinção entre recursos ordinários e extraordinários tem base legal:

“Une autre classification ayant sa base dans la loi, distingue les voies de recours ordinaires et les voies de recours extraordinaires. Les voies de recours extraordinaires ne sont ouvertes que dans des cas limitativement déterminés par la loi, tandis que les voies de recours ordinaires sont admises sans aucune limitation des cas d’ouverture. Il en résulte que, dans les voies des recours ordinaires, le juge est saisi du procès tout entier, dans les mêmes conditions que l’ont été les premiers juges, tandis que les pouvoirs du juge saisi par une voie extraordinaire sont limités au seul examen de la question soulevée par le r ecours. Les voies de recours ordinaires sont: l’opposition et l’appel. Toutes les autres sont des voies de recours extraordinaires. La distinction présente des intérêts. Les voies de recours ordinaires sont en principe *SUSPENSIVES*, c’est à dire qu’elles arrêtent l’exécution du jugement, à moins que le tribunal n’ait ordonn e l’exécution provisoire. Il n’en est pas de même des voies de recours extraordinaires; en principe elles n’empêchent pas la partie que a gagn e son pr oces de poursuivre l’exécution du jugement. (Ren e Morel, Trait e Elémentaire de Procédure Civile, 1932, pág. 629).

E, a propósito da cousa julgada:

“Suivant la terminologie généralement employée en France, la décision qui n’est plus susceptible d’une voie de recours ordinaire passe en force de chose jugée, alors même qu’une voie de recours extraordinaire est encore ouverte contre elle”. (id., ib., pág. 602).

Também na Itália, o Código de Processo Civil de 1865, sob a vigência do qual escreveu Chiovenda, geralmente citado pelos acórdãos que consideram definitiva a execução de sentença de que pende o recurso de revista ou o extraordinário, dispunha expressamente:

“I mezzi per impugnare le sentenze sono ordinari o straordinari. I mezzi ordinari sono l’opposizione e l’appellazione”

7 O direito brasileiro não consagrou a distinção entre recursos ordinários e extraordinários. Ao contrário, o Projeto de Código Civil de Clovis Bevilacqua dizia no artigo 5.º, § 3.º, da Introdução:

“Considera-se coisa julgada a decisão judiciária contra a qual não cabe mais recurso ordinário às partes.”

O Senado, adverte Matos Peixoto, eliminou do dispositivo em questão o adjetivo “*ordinário*” precisamente para não se supôr que as decisões sujeitas ao recurso extraordinário transitem em julgado (Recurso Extraordinário, pág. 270).

A lei 3.238, de 1.º de Agosto de 1957, restabelecendo o texto “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”, da primitiva Introdução ao Código Civil, absolutamente não distingue entre recursos ordinários e extraordinários.

8. Portanto, enquanto pendem o recurso de revista e o recurso extraordinário, não se pode, no Brasil, em face do atual texto do § 3.º do artigo 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, dizer que uma decisão transitou em julgado.

Participa dessa opinião o próprio Desembargador Paulo Colombo no mencionado voto em que se baseou a corrente defensora da definitividade da execução. “Se a sentença com recurso recebido no efeito devolutivo fôsse, de acôrdo

com a distinção doutrinária acima dada, sentença passada em julgado, transitada em julgado, desnecessário seria o n.º II dêste artigo (882). Desde que êle foi preceituado, essa sentença, embora exequível, não é transitada em julgado. Como tal só pode ser considerada a que não possa ser modificada em virtude de recurso, de qualquer natureza, mesmo recebido só no efeito devolutivo.” (Rev. dos Tribunais, vol. 153, pág. 593).

Para poder concluir pela definitividade da execução, precisou recorrer êsse ilustre magistrado à distinção entre recursos ordinários e extraordinários, que não existe no Brasil, e que, na França ou na Itália, tem efeitos relevantes para a execução, em virtude de expressas disposições legais.

9. Argumenta o citado voto do Desembargador Paulo Colombo: “Se a execução fôsse provisória o legislador processual teria prescrito no § 1.º do artigo 808, tal como fêz em relação à apelação recebida só com efeito devolutivo, no artigo 829:

“Admitido o recurso extraordinário ou a revista, o recorrido poderá promover, desde logo, a execução provisória de sentença, que correrá nos autos suplementares.”

Absolutamente. A redação do § 1.º do artigo 808 tem precisamente o mesmo alcance da que se deu à segunda parte do artigo 829. Diz-se que êste fala, e aquêle não, em “*execução provisória da sentença*” A aceitar-se essa argumentação, até a execução de sentença de que pende apelação recebida somente no efeito devolutivo seria definitiva e não provisória, porque o artigo 882 também não fala em execução provisória. Diz apenas: Serão exequíveis as sentenças quando recebido o recurso no efeito somente devolutivo. Deveria, então, ter dito:

“Serão exequíveis, definitivamente, as sentenças quando transitadas em julgado e, provisória-

mente, quando recebido o recurso no efeito sòmente devolutivo.”

E se o artigo 882, II, quizesse referir-se apenas à apelação, e não aos demais recursos que não têm efeito suspensivo, não teria empregado a expressão genérica “*recurso*” e, sim, teria dito pura e simplesmente:

II — quando recebida a *apelação* no efeito sòmente devolutivo.

10. Acrescentemos, por último, aos argumentos que expendemos, favoráveis à tese de que a execução de sentença de que pende recurso extraordinário e revista, é provisória e não definitiva, o argumento de autoridade.

Os dois maiores mestres do processo civil brasileiro, Pontes de Miranda e Enrico Tullio Liebman, opinaram sem hesitações por essa solução.

Disse o primeiro:

“O recurso extraordinário não suspende a execução do julgado, aí *provisória*; e, provisória, têm-se de respeitar os princípios, inclusive o artigo 883, III. Sem razão, a dispensa de caução se há recurso de revista ou se há o recurso extraordinário”. (Comentários, vol. VI, 1949, pág. 42).

E adiante:

“A respeito de caução, têm-se procurado distinguir dos outros recursos (apelação, agravo, embargos de nulidade e infringentes do julgado) de revista e o recurso extraordinário; porém isso não está na lei, nem se explica, a despeito da insistência de tal jurisprudência. Não há execução definitiva se cabe qualquer recurso e, sendo, portanto, provisória a execução, o artigo 883,

III, tem de incidir. Não há execução definitiva se pende recurso; e não há qualquer diferença entre as execuções provisórias por motivo de distinção entre os recursos: recurso de efeito suspensivo, nenhuma execução; recurso sem efeito suspensivo, permitida, não obstante e apenas, a execução provisória.”

Mais incisiva é ainda, talvez, a opinião de Liebman:

“Estabeleceu a lei a distinção entre execução definitiva e provisória e entendeu por definitiva a execução da sentença transitada em julgado, isto é, irretratável. Provisória é toda execução que não é definitiva, quer dizer, que não tem por fundamento uma sentença irretratável. De um “tertium genus”, representado por uma execução definitiva, embora baseada em sentença recorri-vel, não há na lei qualquer indício. Não existem razões práticas que possam fazer preferir solução diferente. Os inconvenientes decorrentes da espera na realização dos atos culminantes da execução, depois de seguro o juízo, se compensam com a vantagem de evitar o perigo de não se poder restabelecer o estado anterior, na hipótese de ser provido o recurso”. (Estudos sobre o processo civil brasileiro, pág. 97).

11 Podemos, pois, concluir com Liebman:

“A execução da sentença, na pendência de recurso extraordinário e de revista, deve ser considerada provisória, com as regras e restrições do artigo 883 do Código de Processo Civil” (id. ib.).

Dissertação sôbre o Universo

Goffredo Telles Junior

Catedrático de Introdução à Ciência
do Direito na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: A unidade na diversidade — 2. Substância e acidente — 3. Corpo — 4. Espécie e gênero. O universal. — 5. O sêr. — 6. Essência e existência. — 7. Sêr: conceito transcendental. — 8. Intuição do sêr. — 9. Analogia do sêr. — 10. O diverso reduzido à unidade. — 11. Conceito de ordem. — 12. Ordem e desordem. A ordem universal. — 13. O princípio de finalidade ou causa final. — 14. Appetite e bondade dos sêres. A maldade. — 15. O movimento. Potência. Acto. Perfeição. — 16. Todo sêr age segundo o que êle é. — 17. O mundo da natureza e o mundo ético. — 18. O pensamento como condição da ordem. — 19. Final desta Dissertação.

BIBLIOGRAFIA: RÉGIS JOLIVET: "*Traité de Philosophie*"; "*Cours de Philosophie*". JACQUES MARITAIN: "*Introduction Générale à la Philosophie*"; "*Sept Leçons sur l'Être*". A. FARGES e D. BARBEDETTE: "*Cours de Philosophie Scolastique*". L. VAN ACKER: "*Introdução à filosofia — Lógica*". HENRI BERGSON: "*L'évolution Créatrice*"; "*La Pensée et le Mouvant*". GOFFREDO TELLES JUNIOR: "*A Criação do Direito*".

1. A unidade na diversidade.

Cada vez que meditamos, com disposição filosófica — isto é, com amor da verdade — sôbre um elemento do mundo, percebemos, sem demora, que o objeto de nossa atenção não se apresenta isoladamente a nosso espírito.

Com êle, surgem outros sêres da mesma espécie, ou seja, com natureza semelhante à sua.

Se continuarmos meditando com a mencionada disposição, logo compreenderemos, também, que essa espécie de sêres tem qualquer cousa de comum com outras espécies, e que tôdas essas espécies são diferenciações de um mesmo gênero de sêres.

Depois verificaremos que êste gênero é espécie de um gênero mais extenso do que o primeiro, e que êsse segundo gênero, por sua vez, é espécie de um gênero ainda mais extenso do que o anterior.

Compreenderemos, finalmente, que tôdas as cousas do mundo se acham relacionadas umas com as outras, e que há unidade no universo, apesar da diversidade das cousas. E esta verificação nos levará a concluir que não poderemos, jamais, conhecer bem uma realidade, se não tivermos uma idéia do conjunto universal, e se não soubermos o lugar que ela ocupa dentro da Criação.

2. Substância e acidente.

Porphyrio, neoplatônico romano do 3.º século, editor do *Organon* de Aristóteles, em sua célebre Introdução ou Comentário á obra do Stagirita, concebeu um quadro, destinado a ilustrar a coordenação dos gêneros e das espécies. Êste quadro passou a ser chamado Árvore de Porphyrio.

No alto de sua Árvore, o filósofo colocou o *gênero supremo*, ou seja, a noção de *substância*.

Substância (de *sub stare* = estar sob) é a realidade que tem aptidão para existir em si, e não em outra cousa, sendo aquilo em que (*sujeito de inerência*) se manifestam as formas accidentais, que notamos nos objetos. O ouro, por exemplo, é uma substância, em que se manifestam as for-

mas acidentais de moeda, de medalha, de anel. A substância é o gênero supremo, porque não há nenhum gênero acima dela. Não pertence a nenhuma espécie de gênero que lhe seja superior.

Acidente (de *accidere*= sobrevir ou acrescentar-se) é aquilo que não tem aptidão para existir em si, mas somente para existir em sêr diferente de si. Mais precisamente diríamos que o acidente é aquilo a que convém existir (*inerir*) num sujeito. Os acidentes são: de *qualidade* (vermelho, feliz, virtuoso, etc.); de *quantidade* (cinquenta, um litro, etc.); de *relação* (maior, próximo, afastado, etc.); de *ação* (ação de falar, de estudar, de meditar, etc.); de *paixão* (fato de receber ou sofrer os efeitos da ação: conduzido, oprimido, etc.); de *lugar* (estar em Paris, no Rio de Janeiro, na Academia, etc.); de "*habitus*" (estar de sobretudo, de luvas, etc.).

3. Corpo.

A Árvore de Porphyrio mostra que existem duas espécies de substância: a *substância incorpórea*, como a alma, e a *corpórea*, que se chama *corpo*.

Corpo é a substância que possui as qualidades necessárias (como a qualidade de movente) para ser percebido pelos sentidos. Sêres existem, evidentemente, que, embora possuam as referidas qualidades, não são percebidos, *efetivamente*, pelos sentidos. É o que acontece, por exemplo, com as estrelas distantes, que os meios humanos de percepção não são capazes de atingir. Estes sêres também são corpos, porque sua não percepção é devida às limitações das faculdades humanas, e não á falta, nos mesmos corpos, das referidas qualidades sensíveis.

O corpo (que é, como acabamos de verificar, uma espécie de substância) constitui, por sua vez, o gênero de

duas espécies de sêres. A Árvore de Porphyrio mostra que os corpos podem ser *inorgânicos* ou *orgânicos*. Os corpos orgânicos são os *corpos vivos*.

O *corpo vivo* é o que se caracteriza pela espontaneidade de seus movimentos. Todos os corpos se movimentam, e o movimento é, em verdade, da própria natureza dos corpos em geral. Mas certos corpos são impulsionados mecânicamente, *de fora*, enquanto que outros não o são, como se verá na 15.^a parte da presente Dissertação. Estes últimos são os corpos vivos.

O corpo vivo (que é, como dissemos, uma das espécies dos corpos em geral) constitui, por sua vez, o gênero de duas espécies de sêres. A Árvore de Porphyrio mostra que os corpos vivos podem ser *insensíveis* ou *sensíveis*. Os primeiros são os *vegetais*, e os segundos são os *animais*.

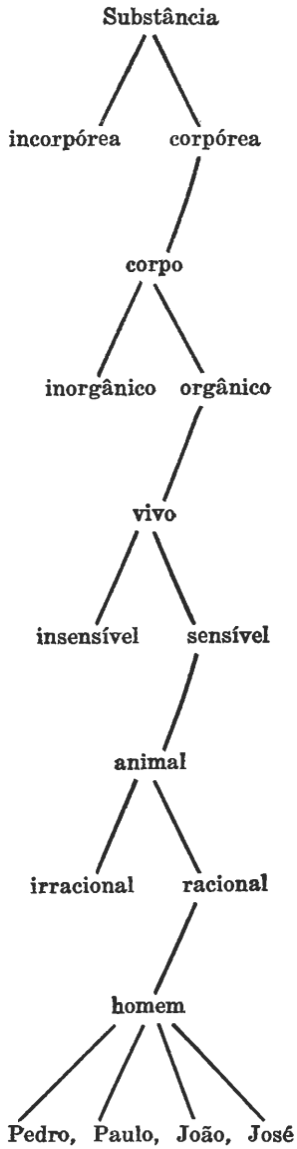
Os *animais* são os sêres que *conhecem* os objetos em razão dos quais se movimentam, enquanto que os *vegetais* não os conhecem.

O animal (que é, como acabamos de verificar, uma das espécies dos corpos vivos) constitui, por sua vez, o gênero de duas espécies de sêres. A Árvore de Porphyrio mostra que os animais podem ser *irracionais* ou *racionais*. O animal racional é o *homem*.

O animal racional ou homem é o sêr apto a adquirir, não somente conhecimentos sensíveis (como acontece com o animal irracional), mas também conhecimentos intelectuais. Em consequência, o animal racional é aquêle cujos movimentos não são apenas determinados por suas sensações (produtos dos órgãos sensorios ou sentidos), mas também ditadas por suas idéias e juízos, que são produtos de uma faculdade somente existente no homem: a faculdade denominada *inteligência*.

Os animais racionais são os indivíduos humanos. Pedro, portanto, é homem, animal, ser vivo, corpo, substância.

Árvore de Porphyrio



É claro que a Árvore de Porphyrio pode ser completada com as espécies de corpos inorgânicos (as espécies minerais); com as espécies de corpos vivos insensíveis (as espécies vegetais); e, finalmente, com as espécies de animais irracionais. Com esses complementos, a Árvore de Porphyrio se estenderia a todos os seres da Criação, ilustrando a relação existente entre eles.

4. Espécie e gênero. O universal.

Devemos observar que somente os indivíduos ou seres singulares existem *realmente*. Tudo que é *real* é *individual*. As espécies e os gêneros, a que os indivíduos ou seres singulares pertencem, são abstrações, que não têm, como é claro, existência real. Existem, sim, mas somente na razão, motivo pelo qual são *seres de razão*. O que existe na realidade é *um determinado* mineral, e não o conceito “corpo inorgânico”; é *um determinado* homem, chamado Pedro ou João ou Callias, e não o conceito “animal racional”

Espécie é um conceito abrangendo um conjunto de indivíduos ou seres singulares da mesma natureza ou essência. É, em suma, a essência determinada de um grupo de indivíduos diferentes. Dizer que tais e tais indivíduos são da mesma espécie, é dizer que eles têm a mesma natureza ou essência. Dizemos, por exemplo, que os indivíduos não dotados de movimento espontâneo (esta pedra, aquela telha) pertencem à “espécie mineral” Dizemos que os indivíduos vivos insensíveis (esta flôr, aquela árvore) pertencem à “espécie vegetal” Dizemos que Pedro, João, Callias pertencem à “espécie humana”

Gênero é um conceito designando espécies múltiplas com algo de comum. Em outros termos: é o que há de comum em espécies múltiplas. Dizemos, por exemplo, que o “animal racional” e o “animal irracional” são espécies do gênero “animal”, e que a “alma” e o “corpo” são espécies do gênero “substância”.

Entre uma espécie e outra de um mesmo gênero, há o que se chama uma *diferença específica*. Assim, a “racionalidade” é a diferença específica do homem; em relação aos animais de outra espécie.

As espécies e os gêneros são chamados *universais*, porque são conceitos *unos* que se estendem a cousas *diversas*. O sentido etimológico do adjetivo substantivado “universal” é precisamente êste: uma unidade feita com o diverso.

O universal (espécies e gêneros) é sempre obtido por abstração. O que é a operação intelectual denominada *abstração*, já foi explicado na 8.^a parte de nossa *Dissertação sobre o Conhecimento Humano*.

O universal constitui uma *espécie*, quando a êle se chega por abstração das diferenças individuais. Chegamos, por exemplo, ao conceito universal “espécie humana”, fazendo abstração das diferenças que existem entre os indivíduos humanos.

O universal constitui um *gênero*, quando a êle se chega por abstração das diferenças específicas. Chegamos, por exemplo, ao conceito universal “gênero animal”, fazendo abstração das diferenças específicas “racional” e “não racional”.

Quê havemos de concluir de tudo quanto acabamos de verificar? Concluimos que tôdas as realidades se subsumem a espécies; que tôdas as espécies se subsumem a gêneros; e que, afinal, tôdas as espécies e todos os gêneros se subsumem à substância, que é o gênero supremo. E, imediatamente, impõe-se a nosso espírito a convicção de que há um liame, um parentesco, uma coordenação entre tôdas as cousas do universo.

5. O sêr.

Não podemos deixar de observar, neste ponto de nossas considerações, que tôdas as cousas do universo são *sêres*.

Sêr é o que existe ou que pode existir de qualquer maneira. Sêres não são apenas as substâncias, mas também os acidentes; não apenas as qualidades, mas também as quantidades; não apenas o que existe, mas também o que pode existir. Assim, são sêres o homem, a árvore, o cão, a pedra, a sombra, a côr, a dúzia, a centena, a fôrça, o poder, a sensação, a imagem, a idéia, o sonho. Isto *quase* nos levaria a dizer que os diversos sêres são espécies de sêres, e que a noção do *sêr em geral*, do *sêr comum*, é o gênero supremo de todos os sêres.

Mas notemos que a noção do *sêr comum* não pode ser um gênero. Como já foi explicado, chega-se às espécies despojando os sêres reais de tudo que os individualiza, e aos gêneros deixando de lado as diferenças específicas.

Ora, da noção do *sêr comum*, nada se pode tirar, e a essa noção nada se pode acrescentar, pois nada existe que não seja *sêr*. As diferenças individuais e específicas não estão fora do *sêr*; estão, isto sim, compreendidas na noção do *sêr comum*, do qual são os modos diversos de *sêr*.

Se nada existe que não seja *sêr*, o que se tirasse do *sêr* continuaria sendo *sêr*, e o que se acrescentasse ao *sêr* já era *sêr*. Se as diferenças individuais e específicas não fôsem sêres, estariam fora do *sêr* e, em consequência, não existiriam, não seriam, porque o que não é *sêr* é nada. Se essas diferenças são sêres, então não são diferenças, pãra o efeito de se abstrair a noção do *sêr comum*.

É claro, portanto, que a abstração não é apta a revelar a noção do *sêr comum*. Mas, ao gênero, como à espécie — ao universal — só se chega por abstração. Logo, o *sêr* não pode ser um gênero; não pode ser um universal. Quê é o *sêr comum*?

A noção do *sêr comum* é a noção do *sêr* não enquanto isto ou aquilo (não enquanto homem, animal, vegetal, pedra, sombra, idéia ou sonho), mas simplesmente *enquanto sêr*. O *sêr* enquanto *sêr* é *qualquer essência que, de qualquer modo, tenha ou possa vir a ter existência*. É uma *qualquer essência existente ou podendo existir*.

6. Essência e existência.

Essência é aquilo de que os sêres reais se constituem (sejam substâncias ou acidentes). É aquilo pelo que uma coisa é o que é, e não é outra coisa. É o *quidditas* do sêr (de “*quid?*” = que é?). A essência do homem, por exemplo, é: “animal racional”

Ora, não há essência que não seja essência de alguma coisa *existente* ou de alguma coisa que *possa vir a existir*. Uma essência contraditória — como, por exemplo, “círculo quadrado”, “pedra pensante” — não pode existir e, em consequência, não é essência, não é nada. Quando dizemos “círculo quadrado”, ou não sabemos o que estamos dizendo, ou sabemos que estamos nos referindo a duas cousas diferentes: a “círculo” e a “quadrado”, e não a “círculo quadrado”, que é uma realidade impossível. Sendo impossível essa realidade, impossível também a essência “círculo quadrado”. Sem existência, pois, não há essência, nem ser; não há nada.

A palavra *existência* provém do verbo latino *existire* que se compõe de *sistere ex*, e que significa *estar* ou *manter-se fora do nada*.

O conceito de essência responde à pergunta: “*Quê é isto?*” O conceito de existência responde à pergunta: “*Isto é?*” A indagação da essência nos revela o que a coisa é. A indagação da existência nos revela se a coisa é ou não é.

Mas uma essência não tem sentido, é nada, sem a existência dela. Essência implica existência. E existência, como é óbvio, implica essência (algo existindo).

Essência, existência: eis os dois aspectos indissociáveis do sêr enquanto sêr.

7. Sêr: conceito transcendental.

O sêr enquanto sêr é, pois, uma noção que *transcende* ao mais alto universal, ao gênero supremo, que é a subs-

tância. A substância é sêr, mas o contrário da substância, o acidente, também é sêr. O sêr enquanto sêr contém todos os modos possíveis pelos quais êle pode se realizar. Está em tôdas as categorias de sêres, mas nenhuma categoria de sêr (espécie ou gênero) contém o sêr totalmente. O ser enquanto ser é um *conceito transcendental*.

Transcendental (de *trans ascendere* = subir para além) é o conceito atribuível aos conceitos que lhe são inferiores, não sòmente ao que êstes têm de comum uns com os outros, mas também ao que cada um tem de próprio.

8. Intuição do sêr.

Como conceito transcendental, amplíssima é a extensão do conceito sêr. Em consequência, mínima é a sua compreensão.

Explicamos, na 3.^a parte de nossa Dissertação sôbre o Conhecimento Humano, que a extensão e a compreensão dos conceitos estão em razão reciprocamente inversa: quanto maior a extensão (quanto maior o número de sêres a que se estende o conceito), menor a compreensão (menos inteligível, pode menos ser conhecido pela inteligência); quanto menor a extensão, maior a compreensão. Quanto mais extenso fôr um conceito, menos determinado será êle, e, portanto, mais confusa a sua compreensão.

O sêr enquanto sêr é o mais extenso dos conceitos. Logo, é o mais confuso e o de menor compreensão. Daí a dificuldade de se atingir a noção do sêr enquanto sêr. Já Aristóteles observava que a metafísica (que é a ciência do sêr enquanto sêr) é demasiadamente elevada para ser dominada por nós, a não ser a título precário.

Os escolásticos têm sustentado que o sêr enquanto sêr é revelado pela abstração — não pela abstração já descrita na 8.^a parte de nossa Primeira Dissertação, e por êles denominada *abstração extensiva ou total*, mas por uma outra forma de abstração, a que chamam *abstração intensiva* ou *formal*.

A *abstração extensiva* ou *total* é, como verificamos em nossa Dissertação sôbre o Conhecimento Humano, o acto intelectual que destaca o todo universal de seus submúltiplos particulares (como, por exemplo, “animal” destacado de “homem, macaco, leão, cachorro, gato”), isto é, o acto que liberta o gênero das espécies, e as espécies dos indivíduos.

A *abstração intensiva* ou *formal* é o ato intelectual que destaca, numa cousa, um de seus aspectos formais, ou seja, um dos elementos que determinam a cousa. Existem, segundo a filosofia clássica, três graus de abstração formal.

A *abstração formal do primeiro grau* consiste em considerar, numa cousa, suas qualidades sensíveis, isto é, as qualidades perceptíveis pelos órgãos sensórios, como a côr, a temperatura, o pêso, etc. Ora, o que há de mais manifesto no mundo da sensibilidade, aquilo pelo que tudo acoñtêce na natureza, e em virtude do que as propriedades sensíveis existem, é a *mudança* ou *movimento*. Logo, a abstração formal do primeiro grau é a que revela o *sêr movente enquanto movente* (*ens mobile, ens sub ratione mobilitatis*).

A *abstração formal do segundo grau* consiste em considerar uma cousa sem suas qualidades sensíveis, apenas como corpo ocupando um lugar, isto é, como corpo extenso, cujas partes se acham dispostas segundo as três dimensões do espaço: comprimento, largura e profundidade. Logo, a abstração formal do segundo grau é a que revela o *sêr enquanto quantidade* (*ens quantum, ens sub ratione quantitatis*: número, figura e, por extensão, também o movimento).

Nesses dois graus de abstração, a matéria está presente, embora considerada de duas maneiras diferentes. No primeiro grau, a matéria é considerada sob sua forma sensível. No segundo, não estão implicadas as qualidades sensíveis da matéria. Mas a extensão, as figuras, os números — as quantidades em geral — supõem a matéria na qual elas existem.

A *abstração formal do terceiro grau* consiste em considerar o sêr sem qualidades sensíveis e sem quantidade, ou

seja, sem qualquer determinação. Nela, a matéria não é mais considerada, de maneira nenhuma. A inteligência se apodera do sêr puro, do *sêr simplesmente enquanto sêr*, enquanto *qualquer essência existente ou podendo existir* (*ens in quantum ens, ens sub ratione entitatis*).

Dizem os escolásticos que, pela abstração formal do terceiro grau, a inteligência, separando forma e matéria, apodera-se, dentro dos sêres, daquilo que êles têm de mais formal, ou seja, a existêcia.

E' evidente que a apreensão do sêr enquanto sêr pode ser denominada abstração, mas sòmente se não se levar em conta o lado negativo da operação, que a palavra abstração designa necessariamente. A apreensão do sêr é abstração se, por esta palavra, não estivermos designando o despojamento de tudo que individualiza os sêres singulares ou que diferencia as espécies; se não estivermos nos referindo à despossessão das qualidades sensíveis e das quantidades manifestadas nas cousas, e se apenas estivermos atentando para o lado positivo da operação, ou seja, para a percepção, a descoberta, a visualização do sêr enquanto sêr.

Mas, é claro, estaremos alterando, neste caso, o sentido da palavra abstração, não a estaremos empregando em seu sentido próprio. Jolivet, que é mestre de tomismo, bem o assinala, em seu *Tratado de Filosofia* (III, n.º 172). Maritain, cuja autoridade, nestes assuntos, não pode ser posta em dúvida, propõe que, em vez de abstração, se diga *visualização* (*Sete Lições sôbre o Sêr*, 3.ª Lição, n.º 10, e 4.ª Lição ns. 10 e 14).

A verdade é que o sêr enquanto sêr não é suscetível de abstração, porque não pode ser *separado* de maneira nenhuma. Impossível destacá-lo, apartá-lo do que não é sêr, porque a par do sêr só há o nada. E dentro do sêr enquanto sêr, dentro de sua intimidade, impossível destacar uma forma, porque o sêr desaparece se qualquer um de seus aspectos fôr separado.

Se abstrairmos, de uma cousa real, tôdas as suas formas, ficaremos ainda com a noção de substância. Se, po-

rém, quizermos fazer abstração de qualquer um dos elementos estruturais do sêr enquanto sêr, estaremos em caminho do nada. Se, por hipótese, fizermos abstração da essência, a existência desaparece; se fizermos abstração da existência, a essência desaparece. O conceito de sêr, por fôrça de sua própria estrutura, envolve, de maneira indissolúvel, os dois termos de essência e existência, que o espírito não pode isolar em conceitos separados. Pensar no sêr é pensar no seu duplo aspecto, implicado em seu conceito.

Nada justifica, pois, a afirmação de que a existência é a forma do sêr. Ela seria uma forma do sêr se a essência pudesse, ao mesmo tempo, ser essência e não existir, ou se o sêr fôsse substância e a existência uma forma substancial. Mas, num conceito transcendental, não têm sentido as expressões matéria e forma.

Aliás, de que nos valeria uma abstração que nos revelasse a existência? Quê é a existência sem a essência? Absolutamente nada. E o que nos interessa não é o nada, e sim o sêr, que é uma essência existente.

À esfera transcendental do sêr enquanto sêr, só se chega por *intuição*. É, precisamente, uma intuição, e não uma abstração, o ato que os escolásticos denominam abstração formal ou intensiva do terceiro grau.

Intuição (de *intueri=ver*), como explicamos na 2.^a parte de nossa Primeira dissertação, é o conhecimento imediato e direto de um objeto. É o acto de conhecer sem raciocíneos ou quaisquer outras operações preliminares. Pode ser obra dos órgãos sensorios ou do intellecto.

O acto de conhecimento do sêr enquanto sêr é uma intuição intelectual, imediata, direta. E' um acto simples, um acto só, sem complexidade, sem composição. E' uma visão, uma "visualização", uma revelação. Segundo Maritain, é uma "visualização eidética ou ideativa"

Como se verifica essa intuição? Não é fácil explicá-la, porque a visão do sêr em si mesmo tem riquezas e virtualidades, que parecem não poder ser expressas, adequa-

damente, por meio de palavras. Muitos pensadores a conhecem, mas ninguém a descreveu integralmente.

Estamos diante das cousas, diante da infinidade dos seres reais, dos seres conhecidos pelos órgãos sensorios e pelas ciências. Eis que, num certo momento, num momento propício de nossa alma, êsses seres como que se põem a murmurar para nós, e nos revelam, de súbito, o mistério que escondem sob a capa das aparências. É um murmúrio que nem todos ouvem, porque cada objeto de estudo exige uma disposição especial da inteligência. Mas, *qui habet aures audiendi, audiat*. Qual é o mistério dos seres? E' o ser que eles são, o ser inefável mas indefectível, secreto e único, existente em cada sêr e em todos os seres (Cfr. Maritain, *Sete Lições sôbre o Sêr*, 3.^a Lição, ns. 1 e 3).

Porque todos os seres são. São o quê? São sêr. Todo sêr é sêr. Não se pense que há, nessa afirmação, uma simples tautologia. Nela está todo o mistério do sêr. Mesmo na linguagem corrente, aparentes tautologias são, às vêzes, proposições cheias de sentido. É o que acontece quando dizemos, por exemplo, “o que está feito está feito” É o que aconteceu quando Pilatos disse: “O que está escrito está escrito” (Maritain, “*Sete Lições sôbre o Sêr*”, 5.^a Lição, n.º 4).

“Todo sêr é sêr” significa, em primeiro lugar, que todos os seres do mundo real são como que o desabrochar do sêr, do sêr uno e sempre o mesmo, que é pura essência, e que em si contém, de maneira confusa mas real, tôda a diversidade dos seres. E significa, em segundo lugar, que, se cada sêr é o que é, não é o que os outros são.

Em primeiro lugar, portanto, “todo sêr é sêr” significa que todos os seres, actuais e possíveis, se contém no conceito transcendental do sêr. Todos os seres são *essências existentes* ou *podendo existir*. Dêste conceito, não podemos sair. Nele estamos encerrados. Porque fora dêle é o nada. Conhecer um sêr determinado é saber que êle é uma *essência* e que, sendo essência, *existe*. O conceito transcendental de sêr é, portanto, o primeiro, rigorosamente o primeiro de nossos conceitos, o conceito que está na origem de nossas

idéias, de nossos raciocíneos, de nossos juízos, e sem o qual não haveria idéias, raciocíneos e juízos. Tôdas as demais noções são determinações do sêr. Mas tais noções são floradas do próprio sêr. Elas não advêm de fora, mas de dentro da noção-mátia. São sêr também. Eis porque, quando subimos até o sêr puro, subimòs à fonte de todo o nosso pensamento. Concluímos que “todo sêr é sêr” exprime, antes de mais nada, a transcendental unidade de tôdas as cousas criadas.

Em segundo lugar, “todo sêr é sêr” significa que cada sêr é êle próprio e não é o mesmo que os outros. Cada sêr tem sua própria individualidade, sua própria natureza, sua própria essência. Cada sêr é o que é. E então êsse mesmo princípio, que é o princípio de identidade, e que exprime, como acabamos de verificar, a unidade do universo, nos revela, também, a infinita variedade dos sêres existentes. A identidade do sêr não reduz tudo ao puro idêntico. Muito pelo contrário. O princípio de identidade é “o guardião da universal multiplicidade, o axioma das irreduzíveis diversidades do sêr” (Maritain, *Sete Lições sobre o Sêr*, 3.^a Lição, n.º 9).

O sêr é *um*, porque tudo é sêr, tudo é *essência actualmente ou potencialmente existente*. O sêr é *muitos*, porque cada sêr é o que é, cada sêr é *uma essência própria*. Nenhuma imagem pode representar o sêr. O sêr não é um corpo, porque um corpo é simplesmente *um*. O sêr não é uma multidão, porque uma multidão é simplesmente *muitos*. O sêr, porém, é *um* e *muitos*, ao mesmo tempo. O sêr é a mesma cousa que encontramos em todas as cousas. E’ uma cousa que é tôdas as cousas. O sêr de um fiapo de erva é o sêr de tôda a Criação.

9. Analogia do sêr.

Nada mais é preciso dizer para que se compreenda que o conceito transcendental do sêr *não é um conceito unívoco*. O sêr não tem sentido absolutamente idêntico em todos os

sêres (em todos os seus inferiores). Acabamos de verificar que diferenças essenciais diversificam os sêres. Se os inferiores do sêr (os sêres) pudessem ser abstraídos, tomar-se-ia o sêr sempre no mesmo sentido. Mas tal abstracção é impossível, porque os referidos inferiores, com tôdas as suas diferenças, são sêr igualmente.

Compreende-se também que tal conceito *não é equívoco*. O sêr não tem sentido absolutamente diverso em cada sêr. Acabamos de verificar que todos os sêres são modos do sêr. Logo, algo de comum existe nos sêres diversos.

Ora, um conceito cujos inferiores (sujeitos ao conceito, sêres a que o conceito se estende) são parcialmente diferentes e parcialmente idênticos, uns com referência aos outros, é o que se chama um *conceito análogo*. É análogo, portanto, o conceito do sêr enquanto sêr.

Análogo, em verdade, é êsse conceito, porque, apesar da infinita diversidade das essências, todos os sêres têm de comum, em sua estrutura íntima, a mesma relação entre essência e existência. Embora essencialmente diferentes uns dos outros, todos os sêres são sempre essências e, por conseguinte, existem ou podem existir. Todos os sêres são sempre essências existentes ou podendo existir.

Essa analogia é o que o pensador percebe diretamente, imediatamente. Ela é o que explica a intuição intelectual do sêr.

Devido a ela, tôdas as cousas da Criação, na sua infinita diversidade, recebem um só e mesmo nome. São, pois, variações de um só e mesmo conceito. Tudo é *sêr*. O sêr é tudo.

10. O diverso reduzido à unidade.

A contemplação da natureza já nos havia levado á convicção de que todos os sêres se reúnem em espécie e gêneros, e que afinal tudo é substância. Agora é a metafísica que nos mostra que a variedade do mundo se reduz à unidade.

Tudo se prende a tudo, dentro do Universo. Esta é a razão pela qual a verdadeira ciência de cada cousa depende

de uma concepção do mundo. O jurista, por exemplo, jamais terá um profundo conhecimento do direito, se não puder coordenar sua noção do jurídico, com sua idéia do cosmos. Não é por outro motivo que Stammler afirmou: “O jurista que não é mais do que jurista é uma triste cousa”.

Quê é, em suma, o universo, senão *a diversidade das cousas na unidade do Todo?*

Etimologicamente, a palavra universo, provinda de *versus unum*, significa *a unidade feita com o diverso*. Esta definição nominal tem a virtude de um ráio de luz. Ela nos revela que o universo é diversidade, mas não apenas diversidade. Realmente, o universo é a unidade total feita da diversidade dos sêres.

Lembremos, porém, que o universo tem recebido outros nomes. Os gregos chamaram-no *kosmos*, e os romanos, *mundu*. Essas duas palavras significam *ordem*. De acôrdo com êsses nomes, o universo seria o conjunto *ordenado* de tôdas as cousas. Isto parece querer dizer que tôdas as cousas, apesar de sua essencial diversidade, achar-se-iam sujeitas à uma ordem.

Mas, que é a ordem?

11. Conceito de ordem.

Ordem é a disposição conveniente de sêres (de meios) para a consecução de um fim comum.

Essa disposição, em razão de um só fim, relaciona, conjuga, liga sêres múltiplos e diversos, e, portanto, faz, dêsses sêres, partes de um só todo, ou seja, partes de uma unidade. Eis porque podemos definir a ordem: *unidade do múltiplo*.

Um exemplo esclarecerá esta questão. Tijolos, telhas e táboas, jogadas ao léo, constituem uma multiplicidade de sêres, mas de sêres não relacionados, não conjugados, não ligados uns aos outros, em razão de um fim comum. Tais sêres, portanto, não estão em ordem, mas em desordem.

Em consequência, não são partes de um só todo, não constituem uma unidade. Mas êsses mesmos materiais, quando ligados uns aos outros na construção de uma casa, isto é, ligados em razão de um fim comum, acham-se dispostos em ordem. Em consequência, passam a ser partes de um só todo e a constituir uma unidade.

A *matéria* da ordem (os filósofos diriam a *causa material*) é sempre constituída pelos elementos múltiplos, dispostos segundo um certo critério. Por definição, isto é, pela sua própria essência, a ordem implica multiplicidade de elementos — de elementos semelhantes ou não, mas necessariamente distintos uns dos outros. Não pode haver ordem onde não há materiais para ordenar, ou seja, para colocar em seus devidos lugares. Santo Thomaz de Aquino ensinava: “Não há ordem sem distinção”.

A *forma* da ordem (os filósofos diriam a *causa formal*) é sempre constituída por uma *certa disposição* dada aos elementos múltiplos, de maneira que cada um, de acôrdo com sua natureza, ocupe seu lugar próprio dentro do conjunto e, em consequência, passe a ser parte de um todo.

A *razão de ser* da ordem (os filósofos diriam a *causa final*) é sempre o *fin* para cuja consecução os elementos múltiplos passam a formar uma unidade.

Diante do que acabamos de dizer, fica patente que a ordem implica multiplicidade e unidade. Ela é, realmente, a *dominação da unidade sôbre o múltiplo*.

12. Ordem e desordem. A ordem universal.

A dúvida, que agora nos assalta, se resume na seguinte pergunta: Essa concepção da ordem se aplica ao universo? Existirá, em verdade, uma ordem universal?

Tudo nos leva a responder afirmativamente a essas perguntas.

Como verificamos, a consecução de um fim é a razão de ser da ordem. Ora, em tudo — em nós mesmos e nas cousas que nos rodeiam, e também nos conjuntos dos séres,

nos sistemas das cousas conhecidas — em tudo, verificamos sempre a tendência, a inclinação, a remetida para certos fins, uns, eleitos pelos próprios agentes, outros, a eles impostos. Na pedra solta que tende para o centro da terra, nas águas que correm para o mar, na planta que se inclina para a luz do sol, na ave que constrói o ninho, no homem que se ajoelha e reza, e também nos conjuntos das cousas, como num tecido celular, num enxame de abelhas, numa sociedade humana, num sistema planetário, em tudo, descobrimos um apetite constante, uma procura de fins, que explica o movimento sem parada de todos os sêres.

No mundo que nos é dado conhecer, tudo existe e é feito *para algum fim*. A semente é feita *para* se transformar em árvore; a árvore é feita *para* produzir frutos; o ôlho é feito *para* ver; a aza é feita *para* voar; o relógio é feito *para* marcar as horas.

Se isto é assim no mundo de que temos conhecimento, somos naturalmente levados a acreditar que isto é também assim no mundo que está além de nossas possibilidades de percepção.

Bem sabemos que todo o universo conhecido não será, talvez, nem mesmo um microcosmos dentro do cosmos, uma particula de célula dentro do todo. Bem sabemos que os sistemas maiores, amplísimos e imensuráveis, de que nosso conjunto é componente infimo, não serão, por sua vez, todos eles, englobadamente, mais do que o electron de algum átomo percorrendo o espaço, o elemento mínimo de uma construção por ventura mais complexa, ou, quem sabe, a molécula de um organismo ignorado de nós, de um simples corpo individual, de um ser vivo, talvez antropomorfo, pobre, miserável, ignaro, perplexo, como nós mesmos, ante a grandeza aparente e relativa do mundo em que êle se encontra, e mergulhado, como nós mesmos, no abismo dos céus, dos mundos, dos sistemas que o envolvem, e que por sua vez...

Não simulemos desconhecer essa alucinante realidade. Tem razão o poeta quando adverte que “há, entre o céu e a terra, muita cousa sôbre a qual jamais sonhou nossa

vã filosofia”. Mas, para a demonstração que estamos tentando, o que importa é simplesmente o facto de que vemos a mesma lei da finalidade regendo, indiscriminadamente, o movimento dos electrons nos átomos e o curso dos sóis nos espaços siderais; as reacções de afinidade e de repulsa na matéria bruta e o curso da seiva no vegetal; as contrações da ameba, numa primeira manifestação da vida e a inspiração do poeta, como canto do próprio espírito. É sempre a mesma lei, decretando a ordem em todos os dominios. Porquê não havemos de acreditar que essa lei é a lei da ordem universal?

Perguntará, talvez, alguém: “Qual é o fim em razão do qual o universo se ordena?” A isto, responderemos: “Não sabemos, porque inescrutáveis são os supremos designios do Criador. Mas quem ousará afirmar que, ao criar o universo, o Criador não tinha os seus designios?”

Lembremo-nos de que, no Genesis (que é o primeiro livro do Pentateuco e a primeira parte da Bíblia), Moisés, ao descrever a criação do mundo, revela que Deus, a medida que ia fazendo suas obras, verificava que elas eram boas: “E Deus disse: Exista luz. E a luz existiu. E Deus viu que a luz era boa” (. . .) “E ao elemento árido Deus chamou terra, e ao conjunto das águas chamou mares. E Deus viu que isto era bom. E disse: Produza a terra erva verde, e que dê semente, e árvores frutíferas, que dêem fruto segundo sua espécie, cuja semente esteja nelas mesmas para se reproduzirem sobre a terra. E assim se fez. E a terra produziu erva verde, e que dá semente segundo sua espécie, e árvores que dão fruto, e cada uma das quais tem semente segundo sua espécie. E viu Deus que isto era bom”. Ao fim de sua narração, Moisés declara: “E Deus viu todas as cousas que tinha feito, e eram muito boas”

Ora, uma cousa só é *boa* quando corresponde ao *fim* para que foi criada. É evidente, portanto, que Moisés quiz salientar que todas as obras da Criação foram feitas para fins estabelecidos pela inteligência divina.

Haverá, certamente, quem queira insistir nesta questão, lembrando que nem tudo é ordem no universo. Quan-

tas vêzes não deparamos com a desordem? Nós mesmos, nesta Dissertação, não mencionamos a desordem, quando nos referimos a tijolos, telhas e táboas, jogados ao léo? Aliás, não seria mais natural que a desordem precedesse a ordem, e a ordem fôsse algo que se acrescentasse à desordem? E se a ordem é algo que se acrescenta à desordem, não seria lícito pensar que a ordem poderia não existir em absoluto? Não seria lícito admitir a possibilidade de um universo em desordem completa ou parcial? E se admitirmos a desordem no universo, ou em certos setores do universo, não estaria rompida a unidade universal?

Quem não estiver acostumado com os mais altos problemas da filosofia, talvez não perceba, imediatamente, a necessidade de dar solução a estas questões. É certo, porém, que uma das questões mais sérias da metafísica é a de descobrir *como* a ciência humana é possível. Quê ciência poderá ser possível, se o universo fôr o caos, e se as mesmas causas não produzirem sempre os mesmos efeitos? A generalidade e a constância — e, portanto, a ordem — são condições da ciência.

Uma reflexão serena e sadia nos leva á conclusão de que o problema da ordem e da desordem no universo costuma ser mal colocado. Com sua formulação habitual, êste problema se transforma numa daquelas célebres questões, que mais se referem ao que *não é* do que ao que *é*. Certos filósofos, obcecados por cepticismo sem remédio, desprezam a simples realidade observável — a realidade dentro da qual nosso espirito pode mergulhar para melhor conhecê-la — e preferem repetir, incansavelmente, a pergunta irrespondível: “E se não fôsse assim?” Esta é uma atitude mórbida de verdadeiros masoquistas da inteligência, porque dá origem, sem qualquer proveito, a problemas, muitas vêzes considerados “grandes problemas” da filosofia, mas que só existem na imaginação dêsses pensadores, e que, por serem insolúveis, acarretam o que se tem chamado a “angústia metafísica” (veja-se Henri Bergson, “O pensamento e o movente”, II e III).

Tais problemas são construídos artificialmente, com ilusões do espírito, precisamente porque a realidade é considerada enganadora. Quando, porem, analisamos, de perto, os seus termos, as ilusões se patenteiam e somos levados a retificar seu enunciado. No momento em que isto se verifica, êsses problemas se resolvem por si mesmos e se desvanecem. São, pois, pseudo-problemas, forjados com pseudo-idéias. Mas, enquanto estas pseudo-idéias não forem desmascaradas e desacreditadas, constituem problemas que atormentam os pensadores, como fantasmas angustiantes. Foi Henri Bergson, em seus livros “A evolução criadora” e “O pensamento e o movente”, quem luminosamente demonstrou a falsidade dos têrmos com que tais problemas são construídos.

Diz o pensador francês que certos filósofos desfiguram o autêntico problema da ordem universal, quando põem em dúvida a existência primordial da ordem. Perguntam êsses filósofos: Porque havemos de acreditar mais na primazia da ordem, do que na primazia da desordem? Porque não o caos em primeiro lugar, e depois a ordem? Não seria natural que a ordem se imponha e se acrescente à desordem, como a forma se impõe e se acrescenta à matéria? E se a desordem tem precedência, é a ordem que precisa ser explicada, porque foi ela que adveio. A desordem, realidade primária sempre existente, não necessitaria de explicação.

Nada é mais absurdo, declara Bergson, do que essa formulação do problema. Supor que a desordem precede lógicamente ou cronològicamente à ordem, e que a ordem é algo que se acrescenta à “ausência de ordem”, é passar para as esferas da utopia e negar simplesmente a realidade das cousas.

Quando penso em “desordem”, que pensamento existirá em mim? Quando entro numa casa que um terremoto abalou, quando verifico que as paredes ruíram, que os móveis estão espatifados e que os objetos domésticos foram quebrados e espalhados em confusão por tôda parte, julgarei que a casa se acha em grande desordem. Mas, ao

fazer êste julgamento, que estarei realmente pensando? Estarei pensando, sem dúvida, que não me sinto bem naquele ambiente, porque as cousas não se acham nos lugares em que deveriam estar. Pensarei: não há ordem aqui. Porque pensarei assim? Porque aquela disposição das cousas não é a disposição que me convém. Mas se eu tiver espírito filosófico, lembrarei que tudo, dentro da casa em ruínas, pode ser explicado pelos factos que ali se deram. Causas certas produziram aquêles determinados efeitos. Tais causas puzeram cada cousa na posição em que a encontro. Cada cousa estará ocupando seu lugar próprio, em consonância com leis inelutáveis, que são relações necessárias, derivadas da natureza dos sêres. Tudo, portanto, estará realmente em ordem: existe uma ordem naquela casa. Como, porém, não é a ordem que eu desejaria encontrar ali; como não é a ordem que me interessa, nem a ordem que eu daria às cousas da casa, meu espírito, exprimindo descontentamento, desgosto, decepção, chama de desordem a ordem que ali existe.

Ilustrando sua demonstração com exemplos semelhantes ao que acaba de ser citado, Bergson explica que tudo quanto chamamos “desordem” é sempre ordem; mas é uma ordem que não desejamos, que não procuramos. A desordem tida como “ausência de ordem” é impossível, por ser intrinsecamente contraditória, como logo se verá. Ela há de ser, forçosamente, não a ausência, mas a presença de uma ordem, embora esta ordem não nos interesse.

De real, o que existe é a ordem. Nunca se viu a ausência da ordem, como nunca se viu o nada. Se, na disposição das cousas, não há uma vontade humana criando a ordem, é porque há determinismo físico (ou vontade divina); se não há determinismo físico, é porque há uma vontade humana. Mas, dentro da realidade, a ordem existe sempre: eis o facto.

Poderíamos dizer o mesmo da desordem? Sim, poderíamos, na condição de mudar-lhe o nome, porque a “desordem” nunca é desordem (nunca é ausência da ordem): ela é, sempre, a ordem que encontramos, no lugar da ordem

que queremos. A desordem, pois, não pertence à realidade. Não passa de uma pseudo-idéia, de uma ilusão.

O que a realidade nos ensina é que tudo quanto chamamos “desordem” compreende dois elementos, a saber: 1. fora de nós, *uma ordem* (criada pela vontade humana ou resultante do determinismo físico); 2. dentro de nós, *a representação ou idéia de uma ordem, diferente da primeira*, mas que é a que nos interessa. A “desordem”, portanto, é composta de duas ordens: uma, objetiva; outra, subjetiva. Eis porque a desordem não pode ser ausência de ordem. Não sendo ausência de ordem, é presença de ordem. Logo, a “desordem” é ordem. O que faz que, a essa ordem, chamemos de “desordem” é o desacôrdo entre a ordem existente na realidade e a nossa idéia de ordem.

Por outro lado, jamais daremos á ordem o nome de “desordem” quando a ordem real coincide com nossa idéia de ordem. Em cada um de nós, a realidade será tida como *ordenada* na exata medida em que ela satisfaz nosso pensamento. A ordem, pois, para cada um de nós, é um certo acôrdo entre o sujeito e o objeto. Neste sentido, ordem é o espírito se encontrando nas cousas.

Mas, neste sentido, as noções convencionais de ordem e desordem, auto-limitando-se, são exclusivamente práticas, a serviço da linguagem e da acção: são mais nomes do que idéias. Damos o nome de “ordem” à ordem que nos convém, e o nome de “desordem” à ordem que não nos convém. E’ assim que dizemos que uma biblioteca está em desordem, quando a ordem dos livros nas estantes não é a ordem que nos agrada ou que serve a nossos fins. É assim, também, que dizemos que tijolos, telhas e táboas, jogados ao léu, estão em desordem. A desordem seria, não a ausência da ordem, mas a ausência de uma *certa* ordem.

O nome “desordem”, cujo uso simplifica a linguagem, não tem, contudo, nenhum emprêgo na especulação filosófica, porque não significa nada de verdadeiro, não representa cousa alguma, *flatus vocis*. Na realidade, a ausência

de uma *certa* ordem não é desordem, mas é presença de *outra* ordem. Suprimir uma ordem é fazer surgir outra, como sucede quando a ordem ditada pela vontade é substituída pela ordem imposta pelo terremoto. Logo, a desordem não existe.

Creemos que nada mais é preciso dizer para deixar demonstrado que tudo é ordem no universo.

Inúmeras, evidentemente, são as ordens de que se compõe a ordem universal. Cada espécie e cada gênero de cousas está sujeito a sua respectiva ordem. Mas, sendo certo que, no cosmos, tudo se relaciona com tudo, como tivemos ocasião de mostrar no início desta Dissertação, pensamos que podemos concluir com a afirmação de que o universo é, realmente, *a diversidade das cousas e das ordens na unidade da ordem total*. Ou, em outras palavras: *o conjunto das cousas existentes, considerado como um todo ordenado e harmonioso*.

13. O princípio de finalidade ou causa final.

Ora, é dentro da ordem universal que tôdas as cousas, como dissemos na 12.^a parte desta Dissertação, tendem para seus respectivos fins. A filosofia clássica exprime este facto no seguinte axioma: *Omne agens agit propter finem*, que significa: *todo agente age em razão de um fim*. Santo Thomaz dizia: “o agente não se move senão por intenção do fim” (S. Th., Ia-IIae, q. 1, a. 2).

O referido axioma, chamado *princípio de finalidade*, é evidente por si mesmo, para quem tenha a intuição metafísica do sér. Negá-lo conduz ao absurdo: se o agente agisse sem fim determinado, o efeito de tal actividade seria uma cousa ou outra, indiferentemente, e tôda a sua acção dependeria do puro acaso.

O fim é o *por que* o efeito é produzido. Ele é, sim, o termo de chegada de todo movimento, mas é termo de chegada apenas na *ordem da execução* (*finis in executio-*

ne). Numa outra ordem, porém, na *ordem da intenção*, funciona como princípio propulsor, como causa de todo o movimento (*finis in intentione*). O movimento termina, sem dúvida, no fim. Neste sentido, o fim é o termo final do movimento. Mas o fim não é apenas termo final. E' também princípio, é *causa*, porque a *intenção* de atingir um fim é o que faz as cousas se moverem.

Essa intenção pode pertencer ao próprio agente, como acontece com o homem, que conhece seus fins, e, voluntariamente, elege os meios para os atingir. E pode pertencer ao criador do agente, como acontece com a planta, que se inclina para o sol, e com a pedra que tende para o centro da Terra. Mas ela existe sempre, como pensamento anterior a qualquer movimento, sem o qual nenhuma ordem seria possível, de acôrdo com o que explicaremos na 18.^a parte desta Dissertação.

Em qualquer hipótese, no mundo que conhecemos, os fins a alcançar determinam a organização das cousas e, portanto, a criação das ordens, sem as quais a consecução dêsses fins seria impossível.

Na produção de um efeito, a causa final move tôdas as outras causas. E êste é o motivo pelo qual ela é chamada a *causa das causas*, a *rainha das causas*.

O princípio de finalidade é rigorosamente universal e impera sôbre toda a Criação. Assim é que o homem tende para o que é indicado pela sua razão, como, por exemplo, para a verdade, para a virtude. E que os irracionais, embora destituídos de conhecimento intelectual, tendem para o que é visado por seus instintos, como, por exemplo, para a construção do ninho e da teia. E que os vegetais, embora destituídos de qualquer conhecimento, tendem para o que seus órgãos e funções foram criados, como, por exemplo, para a luz do sol, para a umidade, para o adubo. E que os corpos inorgânicos, embora destituídos de vida, tendem para os corpos pelos quais tenham afinidade, como, por exemplo, o hidrogênio que procura unir-se ao oxigênio.

14. **Apetite e bondade dos sêres. A maldade.**

Não é possível conceber o sêr sem conceber, ao mesmo tempo, essa inclinação, essa tendência universal do sêr para seu fim. *Omnen formam sequitur inclinatio* (João de Santo Thomaz, *Curs. Phil.*, Vivès, t. III, pág. 523).

Quem diz *sêr* diz inclinação, tendência.

Tal inclinação ou tendência é o que se denomina, tradicionalmente, *apetite dos sêres*. *Appetitus*, palavra latina, significa procura.

O appetite pode ser *natural*, *sensível* ou *racional*.

O *apetite natural* é o determinado pela própria natureza dos sêres, ou seja, pela ordenação natural das cousas, segundo a qual cada uma tende para seu fim. É uma tendência consubstancial. Não procede de nenhum conhecimento. Manifesta, simplesmente, as propriedades intrinsecas das substâncias, e tanto existe na pedra, como na árvore, como no homem. É por appetite natural que o hidrogênio procura o oxigênio, que a planta “deseja” a chuva e a inteligência tende para a verdade. E é, também, por appetite natural que o mármore “espera” e “aceita” a forma de estátua.

O *apetite sensível* é o determinado pelo conhecimento sensível. O conhecimento de um objeto pelos sentidos, causando prazer ou dor, pode determinar a inclinação do animal para êsse objeto ou para seu contrário. Êste appetite existe tanto nos irracionais, como no homem. É por appetite sensível que o animal procura o alimento.

Finalmente, o *apetite racional* é a vontade humana, que a razão deve iluminar. Aristóteles dizia que “a vontade é o appetite penetrado de inteligência ou a inteligência penetrada de appetite” E’ por appetite racional que o homem, por exemplo, quer se ilustrar.

Ora, tudo que tiver a aptidão de ser objeto ou fim de um appetite, em qualquer um dos reinos da natureza, recebe o qualificativo de *bom* e se chama *bem*.

Bem é aquilo para que uma cousa tende. Aristóteles o definia: *id quod omnia appetunt* (S. Th. I, 9. 5, a. 4, ad 1), aquilo que tôdas as cousas desejam. Bem é o sêr enquanto capaz de satisfazer um apetite ou aplacar um desejo. Um sêr é bom porque é apto a saciar um apetite. O que convém a um sêr é bom. A luz solar é bôa para a planta; o alimento é bom para o animal; o livro é bom para o homem.

É evidente que *bem* e *fim* (causa final) coincidem. Os fins para que tendem os sêres, são seus respetivos bens.

Estamos empregando, aqui, as palavras *bom* e *bem* em seu mais amplo sentido, sem nos restringir ao bem moral, que é outra cousa, como teremos oportunidade de verificar em nossa Dissertação sôbre o Mundo Ético.

Talvez tivesse sido melhor reservar a palavra *bem* para designar, especificamente, o sêr *valioso* para o homem. Bom seria tudo que fôsse objeto de apetite, em qualquer reino da Criação. Mas só seria *bem* o sêr a que o homem atribuisse *valor*, e que, por conseguinte, fôsse objeto de apetite humano. Uma velha tradição, entretanto, confere o nome de bem a tudo que é bom.

O sêr é bom de duas maneiras: é bom *para os outros* e é bom *para si*. É bom para os outros, enquanto apto a ser objeto do apetite dos outros. E é bom para si, enquanto o sêr é sêr, ou seja, enquanto existente, pois o que o sêr “quer”, antes de mais nada, é ser êle próprio, é existir. Sua não existência é sua negação, é o nada, porque não há essência do que não possa existir. Todo sêr é algo fora do nada. Todo sêr é o que não era. Êle era potência; agora, é acto. Logo, o que êle é, é forçosamente um bem para êle próprio. *Omne ens bonum sibi, todo sêr é bom para si*.

Nada mais é preciso acrescentar para que se perceba que *todo ser é bom*. Todo ser é apetecível, de algum modo, dentro da ordem universal. Todo sêr convém a um ou outro sêr, e convém a si próprio. Tudo é bom, todos os sêres são bens, e todo bem é sêr. O bem e o sêr são co-extensivos e reciprocamente conversíveis.

Poder-se-ia perguntar aqui: se tudo é bom e bem, não existirá o *mal*, não existirá a *maldade*, dentro do universo?

Que é, em suma, o mal, a maldade?

Se meditarmos sobre esta questão, verificaremos que a maldade não pode ser algo que se acrescenta ao sêr. Não é, portanto, uma qualidade do sêr. Ela nada tem de positivo. É, antes, um não-ser. Mas um sêr mau não é o nada, porque o nada não pode ser bom nem mau: o nada é nada.

A maldade é falta, privação, deficiência. Ela é uma deficiência de bondade. Mas a simples ausência da bondade ainda não é a maldade. Maldade é, precisamente, a privação de um bem, sofrida por um ser *a que esse bem pertence: privativo boni debiti*. E' uma lesão na integridade de um sêr. E' a ausência de um bem, que deveria existir num sêr e que não existe. A cegueira, por exemplo, é um mal, mas é um mal somente nos seres aos quais a visão pertence: é um mal no homem, no cão, na ave, mas não é um mal na pedra, porque a visão não é da pedra.

A maldade é, pois, um defeito no ser. Em si, ela não é um sêr; em si, não existe. Ela só existe num sêr real. Podemos dizer, sem heresia, que uma cousa má é uma cousa boa. Porquê? Porque todo ser é bom. Mas uma cousa má é uma cousa boa, desfalcada de uma parte de sua bondade (desfalcada no seu sêr).

Leibnitz achava que o homem sofria de um mal metafísico: o mal de não ser Deus. Como é grande, nessa asserção, o equívoco do filósofo! Não ser Deus não é mal nenhum para o homem, porque não é do homem ser Deus.

15. O movimento.

Potência. Acto. Perfeição.

Quem diz inclinação, tendência, apetite, diz *mudança, movimento*.

Por fôrça de sua bondade e de seu apetite, os sêres se põem em movimento, para alcançar os bens que os atraem. Em consequência, todo sêr é *móvel* e *mutável*. Se quisermos usar uma expressiva palavra bergsoniana, diremos que todo ser é *um movente* (“ens mobile”).

Mas que é o movimento?

Ao estudar o movimento, verificamos, antes de tudo, que o movimento é sempre movimento *de um sêr*. Não se compreende um movimento sem um sêr que se movimenta. Logo, o *sêr precede o movimento*.

Sustentar o contrário, isto é, sustentar que o movimento precede o sêr, é sustentar que aquilo que se movimenta não é, ou seja, que o que é não é. Ora, isto constitui negação do princípio de identidade, e é um absurdo. Em consequência, o que devemos afirmar, de acôrdo com a evidência, é que o sêr suporta o movimento. Todo movimento, em verdade, implica a permanência de um sujeito que, antes de movimentar-se, já estava aqui e era isto ou aquilo. Não há movimento sem sujeito que seja movido.

Havendo movimento, um sujeito ou muda de lugar ou se transforma. Os movimentos ou são de transporte ou de transformação.

Quando um sêr passa de um local para outro, o movimento que o transporta, não o modifica no que êle é em si próprio. Não o transforma. Tal movimento *exterior* se denomina *movimento local*.

Quando um sêr é modificado no que êle é em si próprio, tornando-se diferente do que era (tornando-se outro, mas não um outro), o movimento, que o transforma, verifica-se no *interior*, e se chama *movimento qualitativo*, se a mudança é de qualidade, e *movimento quantitativo*, se a mudança é de quantidade.

O movimento qualitativo é, pròpriamente, alteração. O movimento quantitativo é augmentação ou crescimento, diminuição ou decrescimento.

A alteração, movimento qualitativo, é alteração *accidental* quando não implica transformação da substância do

sêr que se movimenta. E' o que succede, por exemplo, quando a água passa da forma líquida para a forma gazosa, ou quando Pedro vê, pensa, estuda, sofre. O movimento de ver altera algo em Pedro, porque Pedro, em virtude dêsse movimento, passa do estado de quem não via um objeto para o estado de quem o vê. Mas êsse movimento é accidental, porque a substância de Pedro não é afetada por êle.

A alteração é *substancial* quando uma substância se transforma em outra especificamente diferente. É o que succede quando o cloro e o sódio se transformam em sal, e quando os alimentos ingeridos se transformam em carne e sangue.

Que tôdas as cousas se movimentam, animadas de movimentos que as transportam e as transformam; que o movimento é o que há de mais universal e de mais manifesto no mundo dos corpos, eis uma realidade que salta aos olhos, um factó de experiência comum. Mas árduas dificuldades começam a surgir no instante em que quizermos explicar, cientificamente, *como* pode o movimento verificar-se.

Sabemos que há movimento quando andamos, quando conversamos, quando escrevemos. Sabemos que há movimento num vôo de pássaro, na passagem de uma nuvem, na queda de um corpo. Sabemos que há movimento numa reação química, no crescimento de um vegetal, na circulação do sangue. Entretanto, êsse fenômeno do movimento, que tão bem conhecemos pela experiência, não se deixa apreender fàcilmente pela intelligência.

Como, a que título, pode um sêr transportar-se ou transformar-se? Será, acaso, em virtude *do que êle é?* Não, evidentemente, porque um sêr, que é isto ou aquilo, é o que é, e já é tudo que é. No que êle é, pois, não está nenhuma razão para que êle venha a ser: êle já é. Uma estátua já feita não é uma estátua a ser feita, diz Aristóteles.

Será, então, em virtude *do que êle não é?* Também não, evidentemente, porque “não ser isto ou aquilo” é uma

pura negação, e uma pura negação é igual a nada. Ora, do nada, nada se faz. Um blocô de mármore não é uma estátua; esta negação ou privação da forma de estátua não poderá fazer uma estátua do blocô de mármore. Em metafísica, diríamos: o que não é sêr é nada, e o nada, evidentemente, não é razão de cousa nenhuma; é simplesmente nada.

Concluimos que o movimento do sêr não tem sua explicação *no que êle é*, nem *no que êle não é*.

Não se pense que a explicação adequada do movimento esteja em sua causa eficiente. Não se pense, pôr exemplo, que a passagem do ferro frio para o ferro quente esteja adequadamente explicada pelo fogo que o aqueceu, ou que a deslocação de uma bola tenha sua razão apropriada no choque que outra bola lhe deu.

O fogo e o choque são causas eficientes das mudanças verificadas, mas não explicam as mudanças consideradas em si mesmas, isto é, não explicam *porque* o fogo, que não é do ferro, produz o aquecimento do ferro, e *porque* o choque, que provém de fora da bola, produz o seu deslocamento.

Uma inveterada verificação experimental nos leva a explicar todos os efeitos por suas respectivas causas. Mas essa é uma solução simplista para o problema do movimento. Por experiência inveterada, sabemos, por exemplo, *que* o choque é a causa do movimento de um corpo, mas tal experiência não nos revela *em que* êsse choque pode produzir o referido movimento. Que tem o choque com o movimento? No fato de uma bola chocar-se com outra, onde está, *a priori* (desprezada a verificação experimental), a exigência puramente inteligível do movimento da segunda bola? A experiência demonstra que o fogo é causa do aquecimento do ferro. Mas que tem o fogo para que seja causa dêsse aquecimento? O fogo é quente; o ferro, que não é o fogo, é frio. Como é que o quente do fogo elimina o frio do ferro, que passa a ser ferro quente? Como *compreender* — não apenas verificar — como uma causa é causa?

Quando se quizer responder cientificamente a essas perguntas, não se invoquem imagens tiradas da experiência. Tais imagens mantêm o espírito no campo do puro empirismo, e sòmente podem dar, às soluções apresentadas, a ilusão de uma falsa clareza.

Nenhuma explicação do movimento pode ser satisfatória se não se fundar no próprio conceito do sêr. Já demonstramos que não há movimento sem sujeito que se movimente; não há movimento sem sêr que o suporte. O movimento é *do sêr*. Logo, só pode ser explicado *pelo sêr*. As palavras *sêr* e *movente* são sinônimas. Jamais sabermos, portanto, o que é o movimento se formos buscar fora do movente, fora do sêr, a razão do movimento.

Ora, como sabemos, o movente só se move para atingir um fim. Não nos esqueçamos de que *omne agens agit propter finem*. Sustentar o contrário do que se afirma nesse axioma seria cair no absurdo. Se os moventes se movessem sem fim determinado, os movimentos dependeriam, como já mostramos, do puro acaso. Mas, se assim fôsse, não haveria ordem alguma no universo. O próprio universo (a unidade na diversidade) seria impossível. Negar o princípio de finalidade é negar o cosmos, o mundo.

O fim do movimento é o bem que o sêr procura. Que é que move o sêr para seus bens? Já o sabemos: é o apetite do sêr.

Eis aí a fonte do movimento. Em verdade, na raiz de todo movimento, está o apetite, a inclinação, a tendência do próprio movente. E' para "saciar" seu apetite que o sêr se movimenta. *Omne esse sequitur appetitus*, todo sêr segue seu apetite.

A consecução dos fins ou bens para que os sêres tendem é, precisamente, o efeito de que os sêres são causa. O hidrogênio, por exemplo, tende para o oxigênio e procura unir-se a êle. Uma vez conseguida essa união, produz-se a água, que é o efeito do hidrogênio e do oxigênio com seus respectivos apetites ou tendências. O sêr é causa por fôrça de suas tendências. O efeito é, sempre, a satis-

fação de um apetite. A relação entre causa e efeito é a relação entre apetite e sua respectiva satisfação.

Este é o motivo pelo qual os efeitos não são quaisquer. Um efeito é sempre a satisfação de um determinado apetite. E o apetite é determinado pela natureza do sêr (da causa), em que o apetite se manifesta. Os apetites são expressões da natureza do sêr.

Num sentido amplo, podemos dizer que os apetites são as aptidões, as capacidades de uma natureza, sejam elas ativas ou passivas. Nesta lata acepção, é apetite tanto o apetite ativo dos olhos pela visão, da asa pelo vôo, da planta pela chuva, do animal pelo alimento, do homem pelo livro, como o apetite passivo do mármore pela forma da estátua.

Pois bem. O apetite, considerado não como propriedade do sêr já feito, mas como tendência para um sêr futuro e possível, é também sêr. Não é um sêr *feito*, pois o apetite ainda não é o *efeito*. Mas, também, não é o nada. É, isto sim, uma tendência, uma aptidão para ser. É um poder. E' um sêr que ainda não *é*, mas que *poderá ser*. Não é um sêr *perfeito* (empregando-se esta palavra no sentido que ela tem como participio passado do verbo *perfa-zer*, isto é, no seu sentido etimológico: *perfectum*= concluído, completo), mas é um poder de perfazimento. É um sêr *a perfazer*, um sêr à espera da determinação de que é suscetível, à espera de sua forma. E' um sêr que se chama *potência*.

O apetite considerado como propriedade de um sêr é *potência dêsse sêr*. Mas considerado em relação ao efeito, que sua satisfação produziria, é um sêr *em potência*: é o efeito que ainda não *é*, mas que *pode ser*. Assim, o poder da semente de se fazer árvore é *potência da semente*. Mas êsse mesmo poder considerado como árvore (que ainda não *é*, mas *pode ser*), é a *árvore em potência*.

A *potência* é a chave do mistério que envolve o movimento. Entre o sêr que *é* — o sêr que está aqui e é isto — e o sêr que *êle vai ser* — o sêr que estará ali e será aquilo — há o *poder ser* ou *potência*. E o sêr que vai ser

sai, não de um sêr que já é, nem do nada, mas do poder ser, da potência, que existe num sêr que já é.

Aristóteles ensina que o sujeito, suscetível de determinação e com o qual a estátua é feita, é, na madeira, uma certa aptidão real de receber a forma da estátua, aptidão esta que existe na madeira, mas que não existe no ar nem na água (impossível fazer uma estátua com o ar ou com a água), e que se chama potência real de ser estátua ou estátua em potência. Uma cousa sai, não de um sêr em acto (um sêr já feito), mas de um sêr em potência. E quando o que estava em potência passa ao estado de feito (passa a acto), permanece ainda, sob a cousa feita (sob o acto), uma potência real, pois a madeira, que é estátua feita (estátua em acto), pode perder sua forma de estátua e receber outra forma (*Física*, I, c.5; cfr. Jolivet, *Tratado de Filosofia*, III, n.º 191).

Bem se compreende, agora, a afirmativa de que não se encontra na causa eficiente, a explicação adequada do movimento. Sem a potência, a causa eficiente é inoperante. O fogo aquece o ferro e é a causa eficiente dêsse calor. Mas o ferro só se aquece *porque* êle tem a *possibilidade*, o *poder* de se aquecer. E' da natureza do ferro, de sua inclinação natural, receber o calor. Mas há materiais que o fogo não é capaz de aquecer. A causa eficiente (o fogo) continua a mesma, e, entretanto, o material não se aquece. Porque? Porque o material é refratário ao calor, isto é, no material não existe a capacidade de receber o calor do fogo. Um corpo frio só se aquece si fôr um corpo quente em potência. O ferro quente está em potência no ferro frio.

O sêr em potência não é, certamente, uma realidade absoluta. Dêle não se pode fazer nem sequer uma imagem. Não se pense que êle seja algum sêr incerto e vago, algum esbôço ou germe da cousa. O sêr em potência é absolutamente nada em acto, absolutamente nada de feito, nada se fazendo. Não tem nenhuma realidade *em si*. *A sua realidade lhe advém, exclusivamente, de sua relação com o sêr que êle será*, sêr êste que constituirá uma realidade abso-

luta. O sêr em potência é uma realidade, porque êle é o próprio sêr que será, enquanto ainda não é. O sêr em potência e o sêr feito — o sêr em acto, saído do sêr em potência — constituem dois tempos da mesma realidade, isto é, não são duas cousas de espécies diferentes. Mas o sêr em potência só é realidade enquanto potência de se tornar sêr em acto. Daí o axioma: *Potentia dicitur ad actum*, a potência se define em razão do acto.

Esta realidade relativa do sêr em potência não deve levar ninguém a pensar que êle seja uma ficção do espírito. Quem negaria a realidade dos poderes do sêr? Em virtude de suas próprias naturezas, a bola tem um real poder de se locomover; o ferro, um real poder de se aquecer; a semente, um real poder de ser árvore; a criança, um real poder de ser homem; a inteligência, um real poder de julgar. É evidente, pois, que êsses poderes existem. Se existem, podem ser considerados não apenas como propriedades do sêr, mas como sêres. Ora, como sêres, são sêres em potência. Logo, os sêres em potência, longe de serem meras ficções do espírito, prendem-se à própria natureza das cousas. Se não se prendessem à própria natureza das cousas, os poderes de uma cousa seriam cousas quaisquer em potência. Mas isto não é assim. O ferro é, em potência, estátua, mesa, cama; mas não é, de forma alguma, homem, peixe, flor.

Tôdas essas considerações nos levam á grande divisão dos sêres. Dividem-se os sêres em: 1. sêres que não são sêres no sentido pleno da palavra, mas que também não são nada; são alguma cousa: são *poder ser*; 2. sêres que são sêres no sentido pleno da palavra. Os primeiros são, precisamente, os *sêres em potência*; os segundos, os *seres em acto*.

Tratamos, em primeiro lugar, dos sêres em potência, porque é na potência que encontramos solução para o problema do movimento. Vamos agora tratar dos sêres em acto, que, em verdade, são os primaciais, uma vez que, sem êles, nenhum sêr existe. A semente é um sêr em acto; nela,

está a árvore em potência; mas a árvore não existiria em potência, nem passaria a existir em acto, si a semente não estivesse em acto. *A passagem da potência ao acto requer um sêr em acto*, como veremos adiante.

A palavra *acto* é a tradução de duas palavras gregas, criadas por Aristoteles (*Metaphysica*, IX, c.3, 1047a, 32). A primeira significa *acção, operação, acto de agir ou fazer*. A segunda designa o sêr, mas o sêr feito, perfeito, isto é, concluído na sua ordem, na sua categoria; designa, em suma, o sêr que se opõe ao sêr em potência. No seu primeiro sentido, a palavra *acto* significa *acto-acção*; no segundo, *acto-sêr*.

Em linguagem corrente e vulgar, a palavra *acto* é geralmente usada para designar uma acção, isto é, o *acto-acção*. Quando dizemos, por exemplo, “o acto de uma pessoa”, estamos nos referindo, é claro, a alguma acção praticada por essa pessoa. Em filosofia, porém, a mesma palavra é empregada, em regra, com o outro sentido, isto é, com o sentido de *acto-sêr*. E o motivo dêsse emprêgo é o seguinte.

O *acto-acção* não pode existir sem o *acto-sêr*. *Acção* é movimento, e o movimento, como sabemos, supõe um sêr que se movimenta. Já demonstramos que o sêr precede o movimento. Um sêr pode estar em acto (estar concluído) sem estar agindo. Mas um sêr que está agindo, está forçosamente em acto. Logo, o *acto-sêr* tem precedência sôbre o *acto-acção*. O *acto-sêr*, o sêr em acto é *acto-primeiro*, e o *acto-acção* é *acto-segundo*. Por êste motivo, na *Metafísica*, *acto* designa, antes de tudo, o sêr, o *acto-sêr*, o sêr em acto, e só secundariamente designa a acção.

Acto ou *sêr em acto* é o sêr com uma determinante, forma que faz dêle isto ou aquilo. No bloco de pedra, estão sêres inúmeros em potência. Quando a pedra recebe a forma de Apolo, surge a estátua de Apolo em acto.

Sêr em acto é, pois, um sêr que não é mais um poder ser, uma simples potência, mas sim o sêr acabado e completo; é o sêr que se perfêz, o sêr perfeito (*per-fectum* = concluído, completo). E' o sêr que encontrou sua perfeição, não a perfeição absoluta, que é outra cousa, mas a

sua perfeição, que é o estado de concluído, dentro da ordem ou categoria a que o sêr pertence.

Uma semente, na ordem das sementes, é um sêr concluído, está perfeito. Não é, certamente, um sêr perfeito na ordem das árvores ou em qualquer outra ordem, mas sòmente na sua própria ordem, dentro de sua própria categoria de sêres. A semente, *como semente*, perfêz-se, encontrou sua perfeição. Não é, pois, um poder de ser semente; não é um poder ser, uma potência. E' um sêr feito, um sêr perfeito, um sêr em acto.

Poderá alguém objectar que não é possível qualificar de perfeita tòda e qualquer semente, só pelo facto de ser semente. A semente improdutiva ou defeituosa poderá, acaso, ser tida como concluída e perfeita? Esta objecção. porém, não colhe.

A semente, *enquanto semente*, é sempre perfeita na ordem das sementes. Se a semente é improdutiva, não é semente, porque a semente, por sua própria essência e definição, foi feita para germinar. É qualquer outra cousa. cousa esta que é perfeita, por sua vez, na sua ordem ou categoria. Se a semente é produtiva, mas defeituosa, é porque ela esta feita assim, é o que é, nem mais nem menos. Está, pois, concluída. Ora, o que está concluído é perfeito, por definição. Logo, a semente defeituosa é perfeita. É um sêr em acto.

Poderíamos argumentar com o próprio homem. Todo homem pode ser santo, mas bem poucos o são. Entretanto, *cada homem*, seja êle devasso ou santo, é homem concluído (animal racional) e, em consequência, perfeito. E' um sêr em acto.

A bola que rolou e que, afinal, se immobilizou neste ponto do chão, concluiu seu movimento. Sua localização neste ponto é, pois, perfeita. A bola está em acto neste ponto.

Concluimos que dizer *acto* é dizer *perfeição*. O sêr em acto é o sêr perfeito, porque é o sêr que se perfêz.

Mas, no sêr, o acto mistura-se com a potência, porque o sêr não é apenas o que é, mas também o conjunto de

suas aptidões ou poderes. Todo sêr em acto é suscetível de mudança, tendo a aptidão ou poder de se tornar outro, ou seja, de se tornar diferente do que é. No sêr em acto, o acto entra em composição real com a potência.

Embora nenhum sêr possa estar, ao mesmo tempo, em potência e em acto (ser mera capacidade e ser o que é), todo sêr em acto pode ser considerado, ao mesmo tempo, como acto (como o que êle é) e como potência (como sujeito realmente capaz de transformação e mudança).

A semente, como semente, é um sêr perfeito, um sêr em acto. Mas dentro da própria semente, fazendo parte essencial de sua natureza, há o poder de ser árvore. Esse poder é árvore, mas não árvore perfeita, e sim árvore em potência. E' árvore, mas árvore imperfeita, isto é, sêr a que falta perfazimento e perfeição.

O homem, como homem, é um sêr em acto. Mas o santo é potência dentro de cada homem, potência que, ás vêzes, se faz acto, como em São Francisco de Assis, mas que, em regra, permanece oculta e talvez desapercibida, como ser imperfeitíssimo, isto é, como sêr a que falta perfazimento e perfeição.

Como acto, o sêr é princípio de perfeição.

Como potência, o sêr em acto é princípio de imperfeição.

Êstes dois princípios — acto e potência, perfeição e imperfeição — são co-princípios do sêr em acto. Mas, note-se bem, não são causas eficientes do sêr; não são, do sêr, princípios extrínsecos de espécie alguma. São, isto sim, princípios que, pela sua união, compõem o que o sêr é. São princípios intrínsecos do sêr.

Eis porque Santo Thomaz ensinava: “Cada cousa é perfeita na medida em que está em acto, imperfeita na medida em que está em potência” (*Contra os Gentios*, I, c.28). Cada cousa, portanto, é, ao mesmo tempo, perfeita e imperfeita: perfeita enquanto acto, imperfeita enquanto potência.

Uma só exceção existe ao que se vem expondo sôbre a composição do acto com a potência, da perfeição com a

imperfeição. Há um sêr que é sem mistura, um sêr que é Acto puro, sem limitação alguma. Esse sêr é Deus, em que nenhuma imperfeição existe.

É claro que não estamos sustentando que o imperfeito seja o perfeito. O que queremos dizer é que, num sêr perfeito (em acto), existem sêres imperfeitos (potências). Deixemos bem frizado que o sêr imperfeito não pode ser perfeito: o sêr que está em potência não pode estar em acto. E o sêr perfeito é o que venceu sua imperfeição anterior: o sêr que está em acto não pode mais estar em potência.

O sêr passa de potência a acto, do imperfeito para o perfeito. A potência, existente num sêr em acto, torna-se acto. Com esta passagem da potência ao acto, o sêr se perfaz. Consequentemente, o *acto é a perfeição da potência*.

Acrescentemos que, uma vez alcançada sua perfeição, o novo sêr actualizado já traz em si as potências de outros actos. Todo sêr em potência aguarda, no seio de um sêr em acto, a hora de perfazer-se.

Pois bem. *A passagem da potência ao acto é o que constitui o movimento*. O movimento não é a potência e, também, não é o acto. É, sim, a passagem, exclusivamente a passagem, da potência ao acto.

Na bola, que está aqui, existe a potência de estar ali em acto. Para que essa potência se faça acto, é preciso que a bola passe, efetivamente, daqui para ali. Tal passagem é o movimento da bola. Este é um exemplo do chamado *movimento local*.

No hidrogênio, existe a potência de ser água em acto. Para que essa potência se faça acto, é preciso que o hidrogênio entre em reacção com o oxigênio e se transforme em água. Tal transformação ou passagem é o movimento do hidrogênio. Este é um exemplo do chamado *movimento qualitativo substancial*.

Notemos que *a passagem da potência ao acto requer um ser em acto*. Isto significa que um sêr só pode movimentar-se pela acção de um sêr em acto. Não se compreende, em verdade, como poderia um sêr que está em potência

— e a que falta tudo, portanto, para ser alguma coisa — dar-se a si próprio alguma coisa que não possui. Como pode um sêr em potência conferir-se uma forma ou determinação, que não é sua (a potência é o sêr sem forma, sem determinação), e atribuir-se uma perfeição, que não lhe pertence? A actualização da potência não se fará, jamais, por fôrça da própria potência. Ela requer um sêr, que já esteja em acto, do qual a potência receba o que lhe falta para ser acto. Êsse sêr é a causa eficiente do movimento. “O sêr em potência só se torna sêr em acto por virtude de um sêr em acto”, diz Aristoteles (*Metafisica*, IX, 1049 b-1050 a,3). Eis porque a bola só se movimenta após receber o movimento de uma bola que já esteja em movimento.

Dai, o célebre axioma aristotélico: *O que se move ê movido por outro; omne quod movetur ab alio movetur.*

Poderia alguém objectar, contra êsse axioma, que o corpo vivo se move a si próprio. De facto, define-se o corpo vivo, precisamente, pela espontaneidade de seus movimentos. A verdade, porém, é que esta definição não constitui desmentido ao referido axioma.

Na vida vegetativa, como, por exemplo, na germinação das plantas, na circulação da seiva e do sangue, na nutrição, o que se verifica é que uma parte ou um órgão de um corpo é movido sempre por outra parte ou outro órgão dêsse corpo, de maneira que a mesma parte ou o mesmo órgão nunca é motor de seu próprio movimento. E verifica-se, também, que tôda a vida vegetativa, em tôda a complexidade de seus movimentos, depende sempre de estimulações externas, sendo condicionada por um imenso conjunto de causas cósmicas, como as energias solares, a natureza da terra e da água, a composição da atmosfera. Sem tais estimulações e causas, de ordem externa, os movimentos da vida vegetativa não se dariam.

Mas nas próprias vidas da sensibilidade e da inteligência, onde a espontaneidade é máxima, os movimentos só se verificam em virtude de causas distintas do sêr que se move. Ê o que se comprova pela análise do movimento livre.

Um movimento livre é uma acção determinada pela vontade. Ora, a manifestação da vontade depende de um julgamento, porque, como é óbvio, a vontade só há de querer o que foi julgado bom. Mas julgar é função da inteligência. Logo, a vontade é movida pela inteligência. Mas a inteligência só pode julgar o que conhece. Ora, o conhecimento intelectual depende do conhecimento sensível, como demonstramos na Primeira Dissertação. O conhecimento sensível é obtido por meio dos órgãos sensórios. Mas estes órgãos só exercem suas funções quando impressionados por algum objeto do mundo externo. É este objeto do mundo externo, actuando como estímulo, o que põe directamente em funcionamento os órgãos sensórios, e indirectamente a inteligência e a vontade. É ele, pois, que determina a execução do acto voluntário ou livre. Confirma-se, desta maneira, a asserção de que o mais espontâneo dos movimentos só se verifica em virtude de uma causa distinta do sêr que se move.

Quando dizemos que o corpo vivo se move a si próprio, queremos significar, apenas, que o movimento não lhe é comunicado *mecânicamente*, como succede com o movimento de que se acha possuída uma flecha lançada no espaço, ou com a rotação de um eixo ligado a um dínamo. No corpo vivo, o movimento é desencadeado em virtude de fatôres externos, mas não lhe é comunicado *mecânicamente* por tais fatôres, uma vez que depende, também, de maneira essencial, de um princípio inerente ao próprio corpo, imanente nele, mas indefinível e inefável, que é o mistério do sôpro vital, e que se convencionou chamar *alma*.

O corpo que se move, seja vivo ou não vivo, passa da potência ao acto. Em consequência, todo movimento é o perfazimento do sêr que se movimenta. Pelo movimento, o sêr em potência se torna sêr em acto, se perfaz: de imperfecto passa a perfeito. Podemos dizer, portanto, que todo o movimento tende, necessariamente, para a perfeição — para a perfeição dentro da ordem ou categoria a que pertence o sêr em movimento. O ferro, uma vez quente, é

um ferro quente perfeito, relativamente ao ferro quente em potência, existente no ferro frio.

Como tôdas as cousas do mundo se acham em contínuo movimento, tôdas as cousas tendem para a sua perfeição. Isto significa: tôdas as cousas tendem para seus fins, como o arbusto tende a ser árvore e produzir frutos, a criança a ser homem e ser livre, a intenção a ser obra, a inspiração a ser poesia. Cada cousa aspira ao domínio das formas que a definem.

Se quizermos exprimir, num verbo, a lei do mundo, diremos: *perfazer-se*.

16. Todo sêr age segundo o que êle é.

Mas a perfeição de um determinado sêr não é a perfeição de qualquer sêr. Já demonstramos (n.º 15) que as potências se prendem á própria natureza das coisas, e que o ferro, em potência, é estátua, mesa ou cama, mas não é, de forma alguma, homem, peixe ou flor. A árvore é a perfeição de uma potência da semente, e o homem é a perfeição de uma potência da criança. Mas a árvore não é a perfeição da criança, nem o homem é a perfeição da semente vegetal. A perfeição de cada cousa não é qualquer perfeição. Repetimos: perfeição é o caráter do sêr concluído, do sêr que atingiu seu fim, *dentro da ordem ou categoria a que êsse mesmo sêr pertence*.

Os fins de um sêr são definidos pela sua própria natureza. Em consequência, definidas também por sua própria natureza, são as maneiras de agir para atingir êsses fins. De facto, todo sêr age e se movimenta de acôrdo com sua natureza. *Omne esse sequitur appetitus*.

O homem é levado, por exemplo, a julgar por fôrça de sua natureza de sêr racional. O peixe é levado a nadar por fôrça de sua natureza de sêr aquático. O hidrogênio e o oxigênio são levados a se combinarem, produzindo água, por fôrça de suas respectivas naturezas de hidrogênio e oxigênio.

E' evidente, portanto, que *todo sêr age segundo o que êle é*.

Se quizermos exprimir êste facto num axioma clássico, diremos que *a operação segue o sêr, operatio sequitur esse*. Ou diremos: *a potência se ordena pelo acto, potentia dicitur ad actum*.

17. O mundo da natureza e o mundo ético.

Todo sêr age segundo o que êle é: eis a importantíssima conclusão a que chegamos. Sem perdê-la de vista, lembremo-nos de que alguns sêres são racionais e oũtros são destituídos de razão. Dêste facto, inferimos que todos os sêres não podem agir da mesma maneira.

À razão compete, como veremos em nossa Dissertação sôbre o Mundo Ético, relacionar meios a fins. Por tal motivo, os agentes de *natureza racional* não sòmente *conhecem* os fins de sua actividade, mas, ainda, *escolhem* os meios próprios para assegurar a consecução dêsses fins. E' o que acontece, por exemplo, com o carpinteiro que escolhe a sua ferramenta, em função da obra a executar.

Os sêres destituídos de razão não estão aparelhados para efetuar a escolha dos meios conducentes a seus fins. Por tal motivo, os agentes de *natureza não racional* (animais e sêres não vivos), não sòmente tendem para fins que *desconhecem* e que são fixados pela ordenação inscrita em suas naturezas, mas ainda só empregam os *meios predefinidos* por essa mesma ordenação. Todos os agentes não racionais, vivos e não vivos, acham-se, em verdade, integralmente sujeitos a suas respectivas ordenações naturais. Os animais a elas se sujeitam *passivamente*, como a aranha ao construir sua teia, levada por seu instinto; os sêres não vivos a elas se sujeitam *mecânicamente*, como o astro que percorre sua rota, sem havê-la traçado.

Ora, a disposição de meios para a consecução de um fim chama-se *ordem*, como dissemos na segunda parte desta Dissertação.

É claro, portanto, que existem duas espécies de ordens: a ordem criada pela natureza e a ordem criada pela razão.

A realidade com que acabamos de deparar é a de que duas ordens diferentes — embora intimamente relacionadas, como logo verificaremos — compõem a ordem universal. E essa realidade significa que o próprio universo, também, *como que* se biparte em dois mundos, pois cada ordem, evidentemente, há de vigorar em seu campo.

Duas ordens, dois mundos: o mundo da ordem inelutável, ou seja, o mundo da natureza, e o mundo da ordem voluntária, ou seja, o mundo ordenado pela razão humana.

De que se compõe o mundo da natureza? Compõe-se de tudo que não depende da razão humana. Compõe-se do que não foi produzido ou formado por vontade do homem. O mundo da natureza é, portanto, o mundo de tôdas as substâncias, corpóreas e incorpóreas; de todos os corpos, animados e inanimados. É o mundo da matéria e do espírito, do corpo e da alma. É o mundo dos movimentos na matéria bruta e dos movimentos no reino dos vegetais. É o mundo dos conhecimentos sensíveis e da vida afetiva, das sensações e dos sentimentos, dos instintos e das inclinações. É até mesmo o mundo da inteligência e da vontade, consideradas simplesmente como dados da natureza.

O mundo da natureza é o mundo que existiria ainda mesmo que o homem não existisse. Existindo o homem, como partícula da Criação, também êle pertence ao mesmo mundo.

Poder-se-ia perguntar aqui: se o mundo da natureza é tudo isso, que resta para constituir o outro mundo? À primeira vista, pode parecer que nada mais resta. Mas não nos precipitemos. Esta matéria exige reflexão serena e clareza de pensamento.

Observemos, desde logo, que a ordem concebida pelo homem só pode impor-se ao que fôr suscetível de ser *for-*

mado ou *produzido* pelo homem. O homem não cria a pedra. A forma ou essência, em virtude da qual uma substância é pedra, não pode ser dada, a essa substância, pelo homem. Mas o homem “cria” ou forma o monumento dedicado à Vitória de Samotrácia. Na constituição da pedra, não existe nenhuma ordem humana, e sim a ordem da natureza. Mas, na forma da Vitória de Samotrácia, dada à pedra, o que existe não é a ordem da natureza, e sim a ordem humana.

Ora, entre as cousas que o homem poderá formar, a que elle forma *precipualemente* é, sem dúvida, seu próprio comportamento. Se cousas existem formadas pelo homem — como o monumento à Vitória de Samotrácia — é porque seus actos são dirigidos por elle.

Em verdade, os actos humanos dependem, fundamentalmente, de juizos da intelligência e de decretos da vontade. Sendo autêntica manifestação de liberdade, a direcção de tais actos não pertence ao mundo da natureza, que é o mundo do inelutável. Pertence ao outro mundo, ou seja, ao mundo comandado pela razão.

Este outro mundo se chama *mundo ético*, porque este é o mundo do comportamento humano, e porque o adjetivo “ético” provém da palavra grega “éthê”, que significa, precisamente, *comportamento*.

De que se compõe o mundo ético? Compõe-se do que depende da razão humana. Compõe-se do que foi produzido ou formado por vontade do homem. Compõe-se, antes de tudo, de actos de adesão do espirito a certos bens, actos estes pelos quais o homem organiza ordens ideais de acção, táboas de bens, programas para a orientação de sua existência quotidiana e de sua vida em geral. Compõe-se, também, da própria actividade humana, desenvolvida em razão dessas ordens ideais. E compõe-se, finalmente, das obras produzidas pelo homem, obras estas que jamais serão criações, porque o homem não tem o poder de criar, poder que só a Deus pertence, e que consiste na faculdade de tirar alguma cousa do nada; mas que são formas que o homem acrescenta às formas da natureza, como a forma

de Moisés, que Miguel Ângelo esculpiu na pedra, ou como a forma de um utensílio doméstico, que o artesão imprimiu ao ferro, ou como a forma do tecido, que o tecelão deu ao fio de seda.

Em nossa Terceira Dissertação, explicaremos a formação dêsse mundo. Na mesma oportunidade, mostraremos como a êle se aplica, apropriadamente, a denominação de *mundo da cultura*. Por ora, o que não podemos deixar de referir, antecipando o que iremos demonstrar na próxima Dissertação, é a estreita conexão existente entre o mundo ético e o mundo da natureza.

São dois mundos diferentes, sem dúvida, êsses mundos que estamos descrevendo. Mas não se pense que sejam dois sistemas extremados, dois conjuntos estanques, que laço algum une e comunica. A verdade é muito outra. A verdade é que o mundo ético implica o mundo da natureza, que é sua condição imprescindível e sem o qual não existiria.

Não há, como se sabe, um movimento livre que não seja consequência de um conhecimento. Não há um conhecimento que não seja conhecimento de um objeto. E não há um objeto de conhecimento que não tenha ao menos as suas raízes no mundo da natureza.

Foi Dilthey quem, ainda no século passado, em 1883, rompendo com muitos preconceitos, pôs em evidência essa realidade fundamental: “Mesmo quando fazemos acto de querer”, escreve êle, “mesmo quando agimos sôbre a natureza, e porque não somos fôrças cegas mas vontades que refletem antes de fixar seus fins, nós nos achamos sob a dependência da ordem natural” “Os factos da ordem espiritual constituem o limite superior dos factos da ordem natural; os factos naturais constituem as condições inferiores da vida espiritual” (*Introdução ao Estudo das Ciências Humanas*, Livro 1.º, Cap. 3.º).

Toda razão tem o notável pensador. O mundo ético não é um universo a parte. É, certamente, uma construção humana, mas uma construção erguida por estímulo da natureza, com elementos fornecidos pela natureza e em con-

formidade com as leis da natureza. O mundo ético é o mundo da natureza utilizado pelo homem. *Homo additus naturae*, diziam os clássicos.

Como se enganam os que pensam que resolvem o problema da liberdade, imaginando um ser humano desligado do mundo inelutável da natureza!

E como resplandece, cheia de sentido, a observação kierkegaardiana de que é da condição do homem “ser no mundo”!

18. O pensamento como condição da ordem.

Com o mundo da natureza, o homem constrói o seu mundo.

Ele o faz conscientemente, deliberadamente. Racional por excelência, o homem relaciona os meios, que lhe são dados, com os efeitos, que visa.

Mas como pode tal relação estabelecer-se? Quê relação pode haver entre uma coisa existente e outra coisa que não existe? Quê relação pode haver entre os meios, de que o homem realmente dispõe, e o efeito, que ainda não foi produzido? Se há uma relação entre duas cousas, é porque ambas existem de qualquer maneira. Mas o efeito da acção humana, como é óbvio, só se faz realidade *depois* da acção. A estátua de Moisés só é estátua de Moisés *depois* do trabalho de Miguel Ângelo. Como, então, explicar a relação que o homem estabelece, *antes* de agir, entre os seus meios e os seus fins? Como explicar a existência do efeito da acção, *antes* de praticada a acção?

A resposta a estas perguntas se impõe com a claridade da própria evidência. O efeito da acção existe, de facto, antes da acção, mas existe como idéia, concepção, pensamento. Antes de praticada a acção, o fim dela e ela própria são concebidos pelo espírito. Já dissemos, na 13.^a parte desta Dissertação, que o fim é causa, na ordem da intenção. Antes do efeito, antes da acção, haverá sempre uma intenção. Ora, intenção supõe conhecimento. O fim como causa é,

em verdade, um conhecimento: é o conhecimento do fim, do efeito. O conhecimento do fim ou efeito é, pois, a condição indispensável da causalidade final.

Antes de dispôr os meios para atingir seus fins, o homem *concebe* essa disposição. A ordem ética, portanto, antes de ser uma ordem objetiva, no mundo das realidades concretas, é, necessariamente, uma ordem de razão, uma ordem ideal, uma idéia de ordem. É, em suma, um pensamento. Antes de ser na realidade, ela já é como idéia.

Mas eis que essas considerações fazem brotar, dentro de nós, uma nova interrogação, uma pergunta a princípio incerta e vaga, mas que, aos poucos, vai tomando conta de nosso espírito e que afinal, se impõe nítida e obsecante. Quê interrogação, quê pergunta será essa?

Acabamos de verificar que a condição da ordem é o conhecimento dela, é a idéia que dela fazemos, é a ordem-pensamento. Isto, claro, no mundo ético. Mas. . no outro mundo, no mundo da natureza, condição semelhante não será também necessária, para a existência de uma ordem?

Já sabemos que a ordem, em qualquer mundo, é sempre disposição de meios para consecução de um fim, é sempre relação de meios com fins. Ora, no mundo da natureza, como no mundo ético, os fins ou efeitos não são nenhuma realidade, *antes* dos movimentos que visam produzi-los. Onde estarão êsses fins, êsses efeitos, *antes* dos referidos movimentos?

Eles existem, sem dúvida, porque se os movimentos são predeterminados é porque seus fins estão prefixados. Ora, prefixar um fim é conhecê-lo, antes de atingi-lo. Os fins dos movimentos da natureza hão de existir, portanto, num conhecimento, antes de existirem na natureza.

E os próprios movimentos da natureza, se são pré-determinados, estão determinados antes de se produzirem, ou seja, estão concebidos antes de se realizarem.

Êste é o motivo pelo qual, se aqui se acender o fogo, aqui estará a acção de queimar, porque, no fogo, há uma ordem, uma préordenação, uma predeterminação, para que

haja acção de queimar onde houver fogo. Ali está um pássaro voando. Porquê? Porque ser pássaro é ser ordenado para voar.

A disposição dos meios para a consecução dos fins é uma disposição que já estava prevista *antes* de ser feita, de tal maneira que ela só poderá ser feita como foi prevista. Se ela não estivesse prevista, os movimentos não estariam predeterminados, e se executariam de qualquer maneira.

Em consequência, torna-se evidente que, no mundo da natureza, há também um pensamento, que é condição da ordem. E como o mundo ético depende do mundo da natureza, êsse pensamento é condição da ordem nos dois mundos.

Onde paira um tal pensamento? A que sêr pertence? Não é da competência do simples filósofo dar solução a êsse transcendente problema. O que o simples filósofo sabe é que todo o universo, desde a primeira causa até o último fim, desde o ínfimo até o máximo dos sêres, tudo quanto existe ou pode existir, outra cousa não é senão o efeito de um Pensamento.

Aliás, está escrito que, no princípio, era o Verbo.

19. Final desta Dissertação.

E eis-nos chegados ao fim de nossa Dissertação sobre o universo. O que ela principalmente visou foi demonstrar a existência de uma ordem humana ou ética, que se acrescenta à ordem da natureza. Como a ordem jurídica é uma parte da ordem ética, fàcilmente se compreende a necessidade dessa demonstração, num livro como o presente.

Durante todo o discurso que agora termina, buscamos unicamente trabalhar com os dados da evidência e os argumentos da razão. Não que acreditemos que a evidência e a razão sejam capazes de nos levar, infalivelmente, para muito longe, mas porque são os únicos meios de que

o homem dispõe para *demonstrar* o que quer que seja. Alguém dirá, talvez, que é possível *saber* sem recurso a evidência e ao raciocínio. Longe de nós a idéia de contestar tal afirmativa. Esse “saber”, porém, não é capaz de demonstração e, em consequência, apesar do fascínio que exerce sobre certos espíritos, não tem a virtude de convencer a quem já não esteja predisposto a aceitá-lo como verdade.

Neste fim de arrazoado, queremos confessar, sinceramente, que não nutrimos ilusões sobre a vastidão dos conhecimentos humanos sobre o universo. O simples filósofo não pode ser pensador de altas pretensões. Muito limitado é o alcance de seus instrumentos. Quê sabe êle das coisas criadas?

Quem perscrutou os extremos dos céus? Quem terá atingido as profundezas do abismo em que se abre a divisão da matéria? Para além da linha que os sentidos humanos alcançam, o infinito se estende. E se estende em dois sentidos, porque o homem é naturalmente levado a se considerar o ponto em que principiam o infinitamente grande e o infinitamente pequeno.

Mesmo do mundo de nossa intimidade, do mundo que se acha em contato direto com o corpo humano, que conhecemos nós? Nada, quase nada. Nossos olhos, por exemplo, inestimáveis órgãos da visão, que aptidões terão êles? Em volta de nós, vibram ondas electro-magnéticas de todos os tamanhos, desde a onda herteziana longa, de mil e seiscentos metros de comprimento, até a onda inconcebivelmente curta da radiação ultra-violeta. Nossos olhos, porém, das ondas electro-magnéticas, somente percebem as de oitocentos a trezentos e noventa milimicrons de comprimento, sendo que um milimicron mede um milionésimo de milímetro. E nossos ouvidos, preciosos órgãos da audição, que captam êles? Bem pouco, é certo, pois nada percebem se o som, por mais intenso que seja, vibrar menos do que quinze vêzes ou mais do que vinte mil vêzes por segundo.

Ora, todos os nossos conhecimentos intellectuais têm origem nos nossos conhecimentos sensórios, como demonstramos na Primeira Dissertação. Que havemos, pois, de concluir do conjunto desses factos? Concluiremos, logicamente, que não pode ser muito vasto o nosso conhecimento do universo.

Mas, às vêzes, proclamamos, com tom de vitória: “Conheço!” Meditemos, um momento sôbre esta afirmação. Quê alcance terá ela? Restritissimo alcance, sem dúvida nenhuma. Conheço, sim, êste grão de areia, esta flor, aquella estrela; conheço o movimento do átomo e conheço os meus próprios movimentos. Mas acontece que tudo que conheço e tudo que desconheço, portanto tudo, absolutamente tudo quanto existe, é, afinal, uma só Coisa. E essa Coisa, por mais que eu faça, não me é dado conhecer.

Qual é o princípio e o fim da Criação? Qual é, em nós e fora de nós, a íntima Vontade, a secreta Intenção, o soberano Pensamento, que criou o Céu e a Terra?

Nô homem e em torno do homem, habita o mistério. Tudo é prodígio e maravilha — seja o movimento dos electrons dentro do átomo, seja a rota dos astros nos espaços celestes, seja a liberdade do homem sôbre a Terra.

A única attitude digna do filósofo é a de pasmo e humildade, deante da Obra de Deus.

Do juízo arbitral *

Alfredo Buzaid

Catedrático de Direito Judiciário Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

I

História

1. O instituto do juízo arbitral é conhecido e praticado desde a mais remota antiguidade. Nossa investigação começa, porém, no direito romano, onde a matéria foi regulada com precisão no Digesto, liv. IV, título 8 e no Código, liv. II, tit. 55, sob a epígrafe *De Receptis*. Os documentos relativos ao período mais antigo deitam pouca luz e a sua invocação tem um valor muito relativo.

PAULO dizia que as partes podiam celebrar compromisso, à semelhança do juízo comum, afim de submeter as suas pendências a um terceiro, denominado árbitro:

Dig. liv. 8, 1: *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*. O ato do árbitro consistente em aceitar o encargo se denominava

* Prova escrita do Prof. Alfredo Buzaid, no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil, iniciado a 15 de março de 1958. A Comissão Julgadora foi integrada pelos professores Jorge Americano e Luís Eulálio de Bueno Vidigal, indicados pela Congregação, Amílcar de Castro da Universidade de Minas Gerais, L. A. da Costa Carvalho da Universidade do Brasil e Alcides de Mendonça Lima da Universidade do Rio Grande do Sul, escolhidos pelo Conselho Técnico e Administrativo.

arbitrium recipere e o julgamento recebia a designação de *sententia* (cit. Dig. IV, 8.3).

As partes estabeleciam uma pena pelo descumprimento do julgado, de carácter pecuniário; mas diferente da *sententia*, da qual nascia a *actio iudicati*, o julgado proferido pelo árbitro só conferia uma *actio in factum*.

O árbitro escolhido pelas partes mediante compromisso é bem distinto do designado pelo pretor no sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, embora seja certo que àquele tempo a justiça era, em ambos os casos, privada. Não se há de perder de vista o carácter contratual, já assinalado por ULPIANO no

Dig. 15.1.3, § 11: *sicut in stipulatione. ita iudicio contrahi.*

Apesar de o Digesto ser rico de disposições relativas à constituição do juízo, alegação de suspeição, forma do julgamento, época em que devia ser feito e sanções aplicáveis, sabe-se que JUSTINIANO introduziu algumas modificações, que vieram complicar o sistema ao invés de facilitar a sua realização prática.

2. As linhas fundamentais do instituto passaram para o direito intermédio e os juristas medievais procuraram estudar a natureza do juízo arbitral, formando-se três doutrinas fundamentais: uma que o considera autêntica jurisdição; outra, que lhe nega carácter jurisdicional; e uma terceira, que lhe atribui função jurisdicional derivada. Longas e brilhantes foram as polémicas dos autores, destacando-se entre eles PAULO DE CASTRO, que sempre negou carácter jurisdicional ao juízo arbitral.

Antes destas controvérsias doutrinárias, já o Código Visigótico havia consagrado o instituto, como se pode ver no livro II, tit. I, lei n.º XIII do Rei Recesvindo:

Dirimere causas nulli licebit, nisi aut a principibus potestate concessa, aut ex consensum partium electo iudice trium testium fuerit electionis pactio signis, vel subscriptio-nibus roborata.

A invocação dêsse texto tem importância para o direito português, porque o *Forum Iudicium* foi o direito vigente na

Península hispânica por largo tempo, antes que Portugal fôsse elevado a Reino. Mas a evolução não se interrompe depois da fundação da monarquia lusitana. Já os primeiros reis legislaram amplamente sôbre a matéria. D. Afonso III publicou lei sôbre os “*juyses aluadores*”, como se pode ver nos *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et Consuetudines*, vol. I, fascículo II, p. 272 e seg.

As disposições passam, consideravelmente melhoradas, para as Ordenações Afonsinas (liv. II, tit. 113), Manuelinas (liv. III, tit. 81) e Filipinas (liv. II, tit. 16).

O Regulamento 737 de 25 de novembro de 1850 regulou a matéria a partir do art. 411, mas o Decreto n.º 3.900 de 26 de junho de 1867 aboliu o juízo arbitral necessário, estabelecido pelo art. 20, título único do Código Comercial, mantendo o juízo arbitral voluntário.

No período republicano, os Códigos estaduais mantiveram o institutô que hoje é disciplinado pelo Código Nacional no livro IX, a partir do art. 1.031.

II

Direito comparado

3. No direito estrangeiro, os Códigos das nações civilizadas lhe dedicam capítulos especiais. Assim o da Alemanha (§§ 1.025 e segs.); da França (art. 1.003 e segs.); da Holanda (art. 620 e segs.); da Itália (art. 806 e segs.); da Áustria (art. 577 e segs.) e de Portugal (art. 1.566 e segs.).

Em outros países constitui objeto de lei especial. Assim na Inglaterra o *Arbitration Act* de 1950; na Suécia, a lei de 14 de junho de 1929; nos Estados Unidos o *Arbitration Federal Act*, baixado a 12 de fevereiro de 1925, cap. 213, § 15, em vigor desde 1 de janeiro de 1926; e na Rússia Soviética, apêndice ao cap. XXII do Código de Processo Civil, mandado incluir, conforme resolução da Comissão Central Executiva de 16 de outubro de 1924.

III

Teoria do juízo arbitral

4. Quando surge um conflito de interesses, as partes, de ordinário, o submetem ao Poder Judiciário; mas a composição na lide não se dá apenas através dos órgãos jurisdicionais. As partes podem, nos casos previstos em lei, escolher um ou mais árbitros, afim de resolverem a sua pendência. Semelhante juízo, que é instituído mediante compromisso, tem a função de equivalente jurisdicional.

Chama-se compromisso o ato pelo qual as partes capazes de contratar podem louvar-se em árbitros, mediante documento escrito, afim de que resolvam uma controvérsia. O compromisso se distingue da transação. Esta é um contrato pelo qual os interessados, mediante recíprocas concessões, previnem ou terminam um litígio. O compromisso, ao contrário, institui um juízo para resolvê-lo. Nada concedem reciprocamente. Aguardam um julgamento, que será o juízo normativo para a sua conduta futura.

5. O instituto do compromisso está intimamente ligado ao do juízo arbitral, porque é um *meio* em relação a um *fim*. Não deve, porém, ser confundido com *certas cláusulas compromissórias*, que as partes inserem nos contratos, cujo conteúdo é indeterminado não só em relação ao objeto, como principalmente quanto aos árbitros, cujos nomes, sobrenomes e domicílios devem figurar no ato de celebração do compromisso (Cód. Civ. art. 1.039). Semelhantes cláusulas são desprovidas de eficácia para o fim de excepcionar o juízo comum, impedindo o conhecimento da matéria que lhe é submetida a julgamento.

6. O objetivo do compromisso é a instituição do juízo arbitral. Pode ser judicial ou extrajudicial. A sua função é resolver pendências judiciais ou conflitos de interesses ainda não submetidos ao Poder Judiciário. Todavia não se admite juízo arbitral depois de proferida decisão em

qualquer instância (Cod. Proc. Civ. art. 1.035, § único). Isso significa que, celebrado o compromisso na pendência sujeita aos órgãos da jurisdição ordinária é admissível somente enquanto êstes ainda não proferiram julgamento.

O compromisso pode declarar o prazo em que deve ser dada a decisão arbitral, conter a autorização para que os árbitros julguem por equidade e facultar que escolham terceiro árbitro, caso diverjam, se as partes o não tiveram nomeado (Cod. Civ. art. 1.040).

7. Qual a natureza do juízo arbitral? Dentre as várias doutrinas, merecem ressaltar-se três principais: a de MORTARA, a de ALFREDO ROCCO e a de CHIOVENDA. O primeiro procurou elaborar uma concepção publicística, vendo no juízo arbitral duas fases: uma que se forma entre as partes e tem natureza privada; outra que se forma entre os árbitros e o Estado e tem natureza jurisdicional. O que importa é considerar esta segunda fase, que configura um *mandato* pelo qual os árbitros são investidos de poder jurisdicional.

As idéias expostas por MORTARA ganharam maior desenvolvimento no pensamento de HUGO ROCCO, constante de seu livro sobre a Autoridade da Coisa Julgada e seus limites subjetivos (p. 70 e segs.). Êste último autor, considerando que no juri, como noutros institutos, há o exercício privado de uma função pública, estabelece uma semelhança com o juízo arbitral, considerado como exercício de função jurisdicional. Despreza a idéia de *mandato*, que constitui a base do pensamento de MORTARA, mas vincula os árbitros à uma função paralela a que exercem os juizes na atividade jurisdicional.

8. ALFREDO ROCCO, diversamente de MORTARA e de seu irmão HUGO ROCCO, considera o juízo arbitral de natureza nitidamente privada. Do mesmo modo que, na compra e venda, a fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro (Cód. Civ. bras., art. 1.123), assim no juízo arbitral as partes interessadas podem escolher uma pessoa desinteressada, cuja função precípua é a de integrar a von-

tade incompleta; ou, em outras palavras, a vontade das partes é indeterminada, mas determinável; o juízo arbitral preenche a missão de completar o elemento volitivo, que faltou para a integração do ato jurídico.

ALFREDO ROCCO assume, dêste modo, uma posição privatística em contraposto à posição de MORTARA e de HUGO ROCCO, que sustentam o caráter jurisdicional dos árbitros.

9. Uma posição, diferente das duas primeiras já expostas, toma CHIOVENDA em seus *princípios* e mais recentemente nas suas *Instituições de Direito Processual Civil*. O que a caracteriza é o senso de equilíbrio e a clara percepção da realidade. O fenômeno do juízo arbitral não configura o exercício de poderes jurisdicionais, porque os árbitros não podem *coativamente* ouvir testemunhas e praticar demais atos que são inerentes aos magistrados. Por outro lado, há legislações que condicionam a exequibilidade do laudo arbitral à homologação pelo Poder Judiciário, o que significa que só por êsse ato é que êle recebe o cunho de autoridade do Estado. Antes disso se assemelha a um parecer. Os árbitros não atuam a vontade concreta da lei no sentido em que esta expressão é empregada, porque não lhes é lícito impor sanções. Em conclusão, o juízo arbitral é um julgamento, que só se aperfeiçoa quando recebe a fôrça e autoridade do Estado. Portanto não é atividade jurisdicional.

IV

O juízo arbitral no sistema do código de processo civil

10. O Código de Processo Civil regulou exhaustivamente o juízo arbitral (art. 1031 *usque* 1.046).

Quem pode ser árbitro

Podem servir como árbitros tôdas as pessoas, salvo aquelas expressamente excluídas pela lei. Assim não po-

dem ser árbitros os incapazes, os analfabetos e os estrangeiros. Este dispositivo reproduziu parcialmente preceito contido no Código de Processo de Minas Gerais. Mas neste, a proibição relativa aos estrangeiros não era absoluta. Abrangia apenas os que não soubessem o idioma nacional. O legislador federal, porém, consignou proibição absoluta. O Prof. AMILCAR DE CASTRO criticou a disposição, inclinándose de *lege ferenda* pelo sistema do Código de Minas.

Da instituição do juízo

Os árbitros devem, no prazo de 10 dias, declarar se aceitam a nomeação, presumindo-se a recusa do que, interpelado, não responder. No caso de falta, impedimento ou recusa de qualquer dos árbitros, será convocado o substituto (Cod. Proc. Civ. art. 1.032).

Ninguém é obrigado a ser árbitro. Este princípio já vem do direito romano: Dig. 4.8.3: *Tametsi, neminem praeter cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem jurisdictionis posita...*

Mas se o árbitro aceita a nomeação, assume função análoga à do juiz. É terceiro *desinteressado* chamado a decidir um conflito que surge entre dois *interessados*. Por isso deve ser imparcial e não ter impedimento. As partes que lhe pedem uma apreciação imparcial é lícito argüir a sua suspeição ou impedimento, na forma do livro II, título V, capítulo I e II do Código.

Instituído o juízo, funciona como escrivão um dos árbitros, se outra pessoa não fôr designada no compromisso (Cod. Proc. Civ. art. 1.034).

Do processo e julgamento

11. Os árbitros concedem às partes o prazo comum de dez dias para a apresentação de alegações e documentos. Em igual prazo e também comum, podem as partes dizer sobre as alegações apresentadas. As alegações e documentos serão acompanhados de cópias, que o escrivão entregará aos árbitros e à parte adversa, atuando os originais.

O escrivão organiza os autos do processo. Quando o compromisso é celebrado na pendência de lide, os autos serão entregues aos árbitros, mediante recibo e independentemente de traslado, prosseguindo-se nele.

O juízo arbitral se desenvolve em audiência, na qual se procede à instrução e se segue o debate, que se realizará com a presença das partes; o relator designado marcará outra audiência para a publicação da sentença (Cod. Proc. Civ. art. 1.036).

Do laudo

12. O laudo é deliberado em conferência por maioria de votos e em seguida reduzido a escrito por um dos árbitros. Havendo empate, o árbitro desempatador será convocado para, no prazo de vinte dias, adotar uma das decisões (Cod. Proc. Civ. art. 1.037). O texto legal parece indicar a obrigação de o terceiro desempatador adotar um dos votos. Pode ocorrer, porém, que não esteja convencido da procedência de nenhum.

A lei não pode impor que alguém julgue contra a sua convicção. Embora não estivesse tal caso indicado entre os que acarretam a extinção do compromisso, parece-nos que essa é a consequência lógica.

13. O laudo tem caráter de sentença e por isso deve conter a indicação das partes, do ato do compromisso, exposição sumária dos motivos e a decisão, com a indicação da data em que foi proferida e a assinatura de todos os árbitros. Será, no entanto, válido o laudo assinado pela maioria, uma vez que assim hajam todos resolvido em conferência (Cod. Proc. Civ. art. 1.038).

Extinção do compromisso

14. O compromisso fica sem efeito: I) se os árbitros divergirem quanto à nomeação do desempatador, de modo que nenhum obtenha maioria absoluta; II) em caso de recusa de qualquer dos árbitros, ou de seu substituto, antes

de aceita a nomeação; III) se houver empate no julgamento, sem que tenham as partes nomeado desempatador ou autorizado a sua nomeação; IV) no caso de dispersão de votos, sem que qualquer dêles tenha maioria; V) quando a decisão não fôr proferida dentro do prazo marcado no compromisso ou fixado na lei; VI) se falecer qualquer das partes, deixando herdeiro incapaz; VII) se qualquer dos árbitros falecer ou ficar impossibilitado de dar a sua decisão, e não houver substituto.

Da homologação

15. A execução da sentença arbitral depende de homologação. Será competente o juiz a que, originariamente, competir o julgamento da causa. No prazo de cinco dias, contados da data da assinatura do laudo, êste será depositado no cartório do juiz competente para a homologação. Feito o depósito dentro do prazo e verificada a regularidade do laudo, o juiz o declarará executório, conferindo-lhe fôrça de sentença, intimadas as partes.

Nulidade da decisão arbitral

16. Nula é a decisão arbitral, quando nulo é o compromisso; ou quando pronunciada fora dos limites do compromisso ou em desacôrdo com o seu objeto; quando nomeados os árbitros em desacôrdo com a forma prescrita, desde que a nulidade tenha sido argüida no juízo arbitral; quando infringente de direito expresso, salvo se, autorizado no compromisso, o julgamento tiver sido por equidade; quando contiver qualquer dos vícios que anulam as sentenças em geral; quando pronunciado fora do prazo assinado aos árbitros no compromisso; quando o laudo não fôr depositado no prazo do art. 1.043; e, finalmente, quando o laudo não satisfaça os requisitos enumerados no art. 1.038 do Código de Processo Civil.

Recurso de apelação

17 Da sentença que homologar ou não o laudo arbitral cabe recurso de apelação (Cod. Proc. Civ. art. 1.046).

Qual o Tribunal competente para conhecer da apelação? No Estado de São Paulo há dois tribunais de segundo grau: o de Justiça e o de Alçada. Êste tem competência para as causas até o valor de Cr\$ 60.000,00. Isso significa que, no Estado de São Paulo, diferentemente dos outros Estados, as partes devem fixar o valor da causa arbitral, para o efeito de determinar a competência do Tribunal em segundo grau que conhecerá do recurso de apelação.

Se o Tribunal anular o laudo, mandará que os árbitros julguem novamente a questão, salvo se negada a homologação com fundamento em nulidade de compromissos; havendo infração de direito expresso e não tendo os árbitros poder de decidir por equidade, o Tribunal aplicará à espécie o direito.

Conclusão

18. Eis aí as linhas fundamentais do instituto de juízo arbitral. A sua importância cresceu de tal modo nos últimos tempos que se criou em Paris uma comissão especial, destinada ao estudo de reforma do instituto. Já realizou dois Congressos, o primeiro em Paris e o segundo na Itália. A ampla discussão doutrinária nesses dois Congressos veio mostrar que, a despeito da experiência democrática do século XIX, que consagrou o princípio da separação dos poderes e o monopólio estatal da administração da justiça, as partes restabelecem a sua confiança no julgamento de seus pares, desprovidos de poder jurisdicional, especialmente porque, além das decisões conforme ao direito, o juízo arbitral pode, quando expressamente autorizado, julgar conforme a equidade, afim de realizar o ideal mais alto da justiça.

As obrigações solidárias em Direito Romano

Alexandre Augusto de Castro Correia

Livre-docente de Direito Romano na Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

Em Roma existem dois tipos de solidariedade: há a obrigação correal e a obrigação “in solidum”. Convém tratar separadamente das duas. A obrigação correal dos intérpretes e correspondente à solidariedade moderna, chama-se “duo aut plures rei stipulandi credendi” ou “duo aut plures rei promittendi debendi”, segundo seja a favor de dois ou mais credores ou contra dois ou mais devedores¹. Porisso, a correalidade é ativa e passiva. Seu caráter, entretanto, é o mesmo nos dois casos: cada credor pode exigir de cada devedor a totalidade da obrigação. Também, o cumprimento da obrigação por qualquer devedor e o exercício da ação por qualquer credor extinguem a obrigação em relação aos outros credores e devedores.

A obrigação correal cria tantos vínculos quantos forem os sujeitos, mas seu objeto é um só. Donde o efeito acima indicado.

Inst., 3,16,1 — “Ex hujusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel debitum accipiendo vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat”.

1. A exposição da matéria, em Direito Romano, pode-se encontrar, dentre outros, no tratado clássico de Girard, aqui seguido, “Manuel Élémentaire de Droit Romain”, 8.^a ed., Paris, 1929, p. 786 e segs. Ver também a bibliografia aí indicada.

Tradução: “Por estas obrigações a cada um dos estipulantes se deve solidariamente e cada um dos promitentes se responsabiliza solidariamente. Mas, ambas essas obrigações têm um só objeto; e o credor que receber ou o devedor que pagar o débito extingue a obrigação de todos e a todos libera”

Em razão da unidade de objeto (“una res vertitur”), exigia o Direito Romano em princípio completa identidade de objeto.

D., 45, 2, 9, 1. Papin. — “Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos a quibus impar suscepta est obligatio”.

Tradução: “Mas, se alguém depositando junto a dois depositários pactuar a responsabilidade só dum por culpa é mais verdadeiro dizer não serem dois os obrigados solidários, pois cada qual assumiu uma obrigação diferente” Gaio, D., h. t., 15 — (Estipulação dum usufruto em favor de duas pessoas) — “Si id quod ego et Titius stipulamur in singulis personis proprium intelligatur non poterimus duo rei stipulandi constitui: veluti cum usumfructum aut dotis nomine dari stipulemur, idque et Julianus scribit. Idem ait et si Titius et Seius decem aut Stichum qui Titii sit, stipulati fuerint, non videri eos duos rei stipulandi: cum Titio decem tantum Seio Stichus aut decem debeantur. Quae sententia eo pertinet ut quamvis vel huic vel illi decem solverit vel Seio Stichum, nihilominus alteri obligatus manet: sed dicendum est ut si decem altero solverit, ab altero liberatur”.

Tradução: “Se entendermos como próprio de cada um o estipulado por mim e Tício, não poderemos ser considerados co-estipulantes solidários: por exemplo, no caso de estipularmos um usufruto ou um dote: tal é a opinião de Juliano. O mesmo jurista diz: também se Tício e Seio estipularem dez ou o escravo Stico, pertencente a Seio, não haverá dois estipulantes solidários: pois, a Tício se devem apenas dez e a Seio dez ou o escravo Stico. A consequên-

cia desta opinião é a seguinte: embora o devedor pague dez a Ticio ou a Seio ou dê o escravo a Seio, fica não obstante obrigado para com o outro credor. Mas, devemos dizer: si o devedor pagar dez a um dos credores, fica livre perante o outro”. Mais tarde, o Direito Romano atenuou este rigor.

D., h. t., 5, Juliano: “Nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse et fidejussorem adhiberi in ea obligatione: et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui, vel promittendi: sicuti si ab eodem fabro duo rei stipulandi easdem operas stipulentur: et ex contrario, duo fabri ejusdem peritiae easdem operas promitteres intelliguntur et duo rei promittendi fieri”.

Tradução: “Ninguém ignora poderem prometer-se trabalhos de outrem, acrecentando-se fiador à obrigação: por isso, nada impede a constituição de dois co-estipulantes ou co-promitentes: como quando dois co-estipulantes estipulam os mesmos trabalhos do mesmo operário: e, pelo contrário, dois operários de igual perícia podem prometer os mesmos trabalhos, constituindo-se dois co-promitentes”. Aliás, o final do texto de Gaio acima citado exprime idêntico pensamento; há, porém, indícios de interpolação; o final pode ser acrescentado.

A obrigação solidária comporta pluralidade de vínculos e assim, cada sujeito é credor ou devedor. Em consequência, a obrigação pode ser pura e simples, para certo ou certos credores ou devedores solidários e condicional ou a termo para os outros. *Institutas*, 3, 16, “De duobus reis stipulandi et promittendi”, 2: “Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub condicione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur”.

Tradução: “De dois réus promitentes, um pode obligar-se puramente; o outro, a prazo ou sob condição, nem impedem o prazo ou a condição a cobrança do que se obrigou puramente”. Por outro lado, a unidade do objeto faz estender-se a todos os sujeitos, a causa de extinção da obrigação verificada a favor de qualquer dêles. A dificuldade

consiste em saber se a pluralidade de vínculos acarreta pluralidade de obrigações ou se pelo contrário a unidade da prestação envolve unidade de obrigação. A doutrina mais difundida, baseando-se em alguns textos afirma existir uma só obrigação. Essa doutrina foi criada sobretudo para explicar o efeito extintivo da “litis contestatio”; seu mais notável representante moderno é Windscheid, 2 § 293.

D., h. t., 3, 1: “Ubi duo rei facti sunt potest vel ab uno corum solidum peti. Hoc est enim duorum reorum ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti: et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est: quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus. Utique enim, cum una sit obligatio una et summa est: ut sive unus solvat, omnes liberentur: sive solvatur ab altero, liberatio contingat”.

Tradução: “Havendo dois devedores solidários pode-se pedir tudo a um deles. Pois, é da natureza da obrigação dos dois devedores solidários, obrigar-se cada qual pelo todo, podendo-se pedir tudo de qualquer dos dois. E não há dúvida sobre a possibilidade de pedirmos uma parte a cada devedor; podemos, da mesma forma, pedir parte ao devedor principal e parte ao fiador. Pois, sendo uma a obrigação ela é uma e inteira: assim, se qualquer dos devedores pagar, todos os demais se exoneram”.

D., 2, 14, 9 — Paulo — “Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur: utputa, plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur: quia unum debitum est. etc.”.

Tradução: “Sendo vários os credores, com a mesma ação, consideram-se como uma só pessoa: suponhamos, por exemplo, diversos estipulantes solidários ou diversos banqueiros, cujos créditos se tenham constituído ao mesmo tempo; eles serão contados como um só credor: pois, o débito é único.”

Existe, contudo, igual número de textos em sentido contrário: Inst., h. t., 1: “In utraque tamen obligatione

una res vertitur:”. *Tradução*: “Ambas essas obrigações têm um só objeto.”

Ulpiano, D., 46, 1, “De fidejussoribus”, 5, in fine: “Si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.”

Tradução: “Sem dúvida, se o credor agir em razão duma das obrigações, consumará ambas; pois, a natureza das duas obrigações que tinha é de molde a extinguir uma, quando a outra é deduzida em juízo”

Depois, si a obrigação fôsse única, como poderia ser pura e simples para um devedor e condicional para outro? Como subsistiriam os dois vínculos, apesar da unidade de sujeito, em caso de confusão?

Assim, quando o credor herda dum devedor solidário, conserva contra o outro a ação, obrigando-se a deduzir parte do crédito apenas, se entre os devedores houver qualquer sociedade (codevedores “socii”). No caso, também, do credor herdar do devedor acessório, êle conserva a ação contra o devedor principal.

D., 46, 1, “De fidejuss.”, 71, pr. — Paulo — “Uranus Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuatam accipientibus, ita ut duo rei ejusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator exstitit Julii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori fiscus successerat. Mandator allegabat se liberatum jure confusionis: quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem, si unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fidejussorem, ita et mandatorem liberatum esse. Quamvis enim iudicio convento principali debitore, mandator non liberetur: tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis jure sublata obligatione, etiam mandator liberatur: vel quia “non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse” Sed cum duo rei promittendi sint, et alteri heres exstitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione. Et puto aditione hereditatis, confusione

obligationis eximi personam: sed et accessiones ex ejus persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse: ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneat. Igitur alterum reum ejusdem pecuniae non liberari: et per hoc nec fidejussorem vel mandatore[m] ejus. Plane quia is mandati judicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri. Cum altero autem reo vel insolidum, si non fuerit societas: vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. Quod, si creditor fidejussori heres fuerit, vel fidejussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum”.

Tradução: “Urânio Antonino se constituiu mandante junto a Aurelio Palma em favor de Júlio Polião e Júlio Rufo, os quais receberam dinheiro em mútuo de modo a ficarem devedores solidários. Os bens de Júlio couberam ao fisco; o qual sucedeu também ao credor. O mandante alegava estar exonerado em virtude da confusão, pois o fisco sucedera tanto ao credor como ao devedor. Se fôsse um só o devedor, o mandante indubitavelmente se exonaria, como o fiador. Pois, embora o mandante não se exonere quando a ação é proposta contra o devedor principal, êle se exonera quando o credor sucede ao devedor, extinguindo-se a obrigação como por pagamento ou pela impossibilidade de ser alguém mandante “em favor duma pessoa e junto a ela mesma”. Sendo, porém, dois os devedores solidários, tornando-se o credor herdeiro dum dêles, é duvidoso se também o outro se exonera, como por pagamento, ou se a extinção da obrigação só se verifica em relação ao devedor de quem o credor se tornou herdeiro. Para mim, em consequência da adição da herança só a pessoa do devedor a quem o credor sucedeu, se exonera, pela confusão: mas, também os acessórios dela se exoneram, por não se poderem obrigar pela mesma pessoa e para com ela mesma. Pois, assim como não se podem obrigar nessas condições, não podem também permanecer obrigados. Portanto, o outro devedor solidário não se exonera, como também não se exoneram seu fiador ou mandante.

Sem dúvida, como êste, na ação de mandato, pode agir mesmo contra o credor, poderá opor a exceção de dolo se a execução começar por êle, mandante. Contra o outro devedor, poderá agir o credor solidàriamente, não havendo sociedade entre os devedores: do contrário, o credor agirá apenas em parte. Se o credor se tornar herdeiro do fiador, ou o fiador do credor, o devedor não me parece exonerar-se pela confusão.”

O efeito extintivo da “*litis contestatio*” nas obrigações solidárias se explica pela concepção romana da regra “*bis de eadem re ne sit actio*”: era ela aplicada quando se propunha segunda ação com “*causa petendi*” idêntica, sendo irrelevante a identidade das pessoas ou da ação.

I. Fontes da solidariedade

Embora resulte, em certos casos, do direito positivo, a solidariedade depende sobretudo da vontade humana, das medidas tomadas pelos particulares afim de evitar a divisão da obrigação entre as partes e a alteração de seu montante. A solidariedade surgiu nos contratos verbais, estabelecendo-se originariamente segundo formas sacramentais por nós conhecidas: pela pronúncia de tôdas as interrogações antes duma única resposta, na solidariedade ativa e pela pronúncia de tôdas as respostas depois duma interrogação única, na solidariedade passiva. (Inst., 3, 16, pr.). A prova da origem da solidariedade se encontra não só no emprêgo das expressões “*duo rei stipulandi, promittendi*”, para indicar a correalidade mesmo produzida por contratos de outra espécie, como também na maneira pela qual Marcelo, D., 19, 2, “*Locati*”, 47, desconhece ainda as regras da correalidade em matéria de contratos de *bôa fé* e nos termos empregados por Papiniano, D., h. t., 9, pr., declarando possível estabelecer-se a solidariedade não só “*verbis*”, mas “*et ceteris contractibus*”.

Eis os textos:

Papiniano, D., 45, 2, 9, pr. — “Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem insolidum secutus: vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi: quia non tantum verbis stipulationis, sed et caeteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento, utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit, “Titius et Maevius Sempronio decem dato”

Tradução: “Depositei ao mesmo tempo a mesma coisa junto a dois depositários, com a intenção de obter de ambos a responsabilidade solidária: ou então emprestei a mesma coisa a dois, nas mesmas condições. Eles se tornam dois devedores solidários, pois a solidariedade resulta não só da estipulação, como dos demais contratos, de compra e venda, locação e condução, depósito, comodato, do testamento, como quando instituindo diversos herdeiros, o testador disser: “Ticio e Mevio dêem dez a Semprônio”

Marcelo, D., 19,2, “Locati”, 47 — “Cum apparebit emptorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem singulorum insolidum intuitum personam: ita demum ad praestationem partis singuli sunt compellendi si constabit esse omnes solvendo: quamquam fortasse justius sit etiamsi solvendo omnes erunt electionem conveniendi quem velint non auferendam actori, si actiones suas adversus caeteros praestare non recuset”.

Tradução: “Se o comprador ou o locatário houverem vendido ou sublocado a diversas pessoas, de modo a parecerem ter querido obrigar pelo todo cada uma das pessoas com as quais contrataram, cada qual será obrigada à prestação parcial se tôdas forem solventes, embora seja talvez mais justo mesmo sendo tôdas solventes, não tirar ao autor o direito de escolher quem deseja acionar, se êle não recusar transferir suas ações contra os outros”

Papiniano, D., 45, 2, 9, pr.-citado, p. 204, *supra*.

Quanto ao modo de constituição da obrigação solidária, o primitivo rigor das formas foi abandonado no direito clássico. A solidariedade legal resulta em Roma dos seguintes casos:

1. *Preponente e preposto*—Ambos respondem “in solidum”, o segundo em virtude do “jus civile” e o primeiro por força do edito. Ambos se exoneram pela “litis contestatio” estabelecida com qualquer dêles.

D., 14, 1, “De exercit. act.”, 5, 1 — Paulo — “Item si servus meus navem exercebit et cum magistro ejus contraxero, nihil obstabit quominus adversus magistrum experiar actionem quae mihi vel jure civili vel honorario competit: nam et cuivis alii non obstat hoc edictum quominus cum magistro agere possit: hoc enim edicto non transfertur actio sed adjicitur”.

Tradução: “Igualmente, se meu escravo explorar um navio em seu proveito e eu contratar com seu preposto, nada me impede de exercer contra o preposto a ação que me compete pelo direito civil e pelo direito honorário: pois, o edito não impede a qualquer outra pessoa agir contra o preposto, porque êle não transfere a ação mas lhe acrescenta outra”.

D., h. t., 1, 17: “Est autem nobis electio utrūm exercitorem an magistrum convenire volumus”.

Tradução: “Pois, podemos escolher entre agir contra o preposto ou contra o próprio dono”.

2. D., 11, 1, “De interr. in jure”, 20, pr. — (*Responsabilidade noxal de vários coproprietários*) — “Qui servum alienum responderit “suum esse”, si noxali judicio conventus sit, dominum liberat.

Aliter atque si quis confessus sit “se occidisse servum”, quem alius occidit: vel si quis responderit “se heredem”; nam his casibus non liberatur, qui fecit, vel qui heres est. Nec haec inter se contraria sunt: nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento, alter quoque liberatur. At is qui confitetur se occidisse, vel vulnerasse, suo nomine tenetur: nec debet impunitum esse delictum ejus qui fecit, propter eum qui respondit: nisi quasi defensor ejus qui admisit, vel heredis, litem subiit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data, summovendus est actor: quia ille

negotiorum gestorum, vel mandati actione recepturus est quod praestitit. Idem est in eo qui mandatu heredis “heredem se esse” respondit, vel cum eum alias defendere vellet”.

Tradução: “Quem declarar seu o escravo alheio, exonerará o dono, se fôr condenado numa ação noxal. O mesmo não acontecerá se alguém confessar “ter morto o escravo”, morto por outrem, ou se declarar “herdeiro”; pois, em tais casos, o autor da morte do escravo ou o herdeiro não se exoneram. Não existe aqui contradição: pois, no primeiro caso há dois obrigados, em consequência do ato do escravo, assim como sucede em relação ao escravo comum; aqui, condenado um dos donos, o outro se exonera. Mas, quem confessa ter morto ou ferido, responde em seu próprio nome, e quem cometeu o delito não deve ficar impune devido à declaração de outrem. Salvo se êste tiver a intenção de defender o culpado ou seu herdeiro: pois, nesse caso, se o autor ainda quizesse perseguir o autor do delito, êle seria repellido por uma exceção; com efeito, quem pagou a condenação tem contra o autor do delito a ação de gestão de negócios ou de mandato, afim de obter o reembolso da quantia paga em razão do delito.”

O mesmo se dirá do mandatário do herdeiro, respondendo “ser herdeiro”, ou de quem responde com a intenção de defender o herdeiro”.

3. *Responsabilidade dos banqueiros e comerciantes de escravos perante seus clientes.* Os banqueiros (“argentarii”) e os comerciantes de escravos (“venaliciarii”) formam em Roma sociedades privadas, sujeitas a regras especiais quanto à responsabilidade individual dos sócios perante terceiros.

D., 21, 1, “De aed. ed.”, 44, 1 — Paulo — “Proponitur actio ex hoc edicto in eum cujus maxima pars in venditione fuerit: quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est, vel in unum ex his, cujus major pars aut nulla parte minor esset, aedilitias actiones

competere: ne cogeretur emptor cum multis litigare: quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione qua socii fuerint: nam id genus hominum ad lucrum potius, vel turpiter faciendum pronius est”.

Tradução: “Este edito dá ação ao comprador contra o comerciante proprietário da maior parte do escravo; pois, os comerciantes de escravos quase sempre se associam de modo a se reputarem fazendo tudo em comum. Ora, pareceu justo aos edis pudessem as ações estabelecidas no edito ser intentadas contra o comerciante dono da maior parte do escravo ou pelo menos duma parte não inferior a nenhuma outra, afim de não ser o comprador obrigado a perseguir várias pessoas. Isto, apesar da ação do comprador, em consequência do contrato de compra e venda se poder intentar contra cada comerciante, na proporção de sua participação na sociedade: pois, esta espécie de gente é ávida e procura ganhar a qualquer preço e por qualquer meio”.

Justiniano, nas Inst., 3, 16, pr. descreve a forma da estipulação na correalidade ativa e passiva:

“Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat *spondeo*, ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat *utrique vestrum dare spondeo*: nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt, “ut interroget stipulator *Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?*” respondeant singuli separatim “*spondeo*”.

Quanto ao abandono do primitivo rigor da forma acima indicada, Ulp., D., 45, 2, “De duobus reis constituendis”, 3, pr. — “In duobus reis promittendi frustra timetur novatio, Nam licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere pristinam obligationem durare et sequentem accedere. Et parvi refert, simul

respondeant, an separatim promittant: cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituentur, neque ulla novatio fiet”.

Tradução: “Não se deve temer exista novação quando são dois os promitentes. Pois, embora o primeiro responda antes e o segundo se obrigue posteriormente é consequente admitir subsista a primeira obrigação, sendo acessória a segunda. E pouco importa respondam os promitentes juntos ou separadamente, quando a intenção de ambos era criar a solidariedade, não se tendo em vista novar”.

Na prática do período clássico, os romanos se utilizam mais duma cláusula encontrada em títulos gregos e latinos e à qual já alude Papiniano, D., h. t., 11, pr.: “Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero extitit, in partes convenire: non secus ac si duos promittendi reos divisit actionibus conveniret”

Tradução: “Reconhece-se a utilidade de aceitar copromitentes fiadores uns dos outros. Porisso, se o estipulante quizer dividir sua ação (pois, êle não é obrigado a fazê-lo), poderá acionar por partes distintas o mesmo, como principal promitente e como fiador de outro, exatamente como se perseguisse, por ações separadas, dois copromitentes principais” Dessa forma, os devedores correais se constituíam fiadores uns dos outros, com as palavras: “spondemus alterutrum invicem nos obligantes atque fidedicentes”, “prometemos reciprocamente nos obrigar e nos constituir fiadores”

Da estipulação, a solidariedade passou aos demais contratos, não só aos de direito estrito como aos de bôa fé e nestes se estabelecia de qualquer forma.

Mutuo — D., 46, 1, “De fidejuss.”, 71, pr. — Paulo — (Texto citado pp. 201-203) Diocleciano, C, 4, 2, “Si certum”, 5 — “Si non singuli insolidum accepta mutua quantitate, vel stipulanti creditori sponte vos obligastis: licet uni numerata sit pecunia, vel intercessionis nomine hanc pro reo

suscepistis obligationem: frustra veremini, ne ejus pecuniae nomine vos convenire possit, quam alii mutuo dedit, si intra praestitutum tempus rei gestae quaestionem detulistis. Ac multo magis inanem timorem geritis, si pecunia numerata oleum susceptum instrumento sit collatum: cum si reddendi stipulatio nulla subjecta est, habita solemnitas contestatio in suo statu remanente eo, quod vere factum intercessit, ex olei accepti scriptura nihil deberi manifestum est”.

Tradução: “Se não tiverdes aceito solidariamente a soma emprestada, nem vos tiverdes expontâneamente obrigado perante o credor estipulante, nem tiverdes contraído a obrigação como fiador de quem recebeu a soma, temereis em vão possa o credor agir contra vós, afim de cobrar essa soma, emprestada a outrem, se no tempo fixado para tal fim, provardes não terdes recebido a importância. Vosso temor é ainda menos fundado, se em lugar de dinheiro, o título mencionar azeite recebido: pois, não tendo havido estipulação de entregá-lo, se o devedor se queixar a êsse respeito, ficará obrigado pelo dinheiro realmente recebido; mas, é evidente não haver dívida pelo azeite mencionado no título”.

C., h. t., 9 — Os mesmos imperadores, a Alexandre — “Cum te in Gallia cum Syntropho certum auri pondus, itemque numeratam pecuniam mutuo dedisse, ut Romae solveretur, precibus adseveras: aditus competens iudex, si duos reos stipulandi, vel re pro solido tibi quaesitam actionem, sive ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animadverterit: totum debitum, alioqui quod dedisti solum, restitui tibi jubebit”.

Tradução: “Asseguras, em tua súplica haveres com Sintrofo, emprestado, na Galia, certa quantidade de ouro e uma soma de dinheiro sob a condição dessa quantidade e dessa soma serem restituídas em Roma. Procura o juiz competente, o qual se julgar seres credor da totalidade da soma ou da coisa, junto com Sintrofo, ou julgar teres ação pela totalidade da coisa ou ainda julgar teres procuração dos herdeiros de Sintrofo, ordenará não só a restituição de

tudo quanto te é devido como também da totalidade da dívida”

C., h. t., 12 — Os mesmos imperadores a Teofânio — “Si in rem communem cum Ione mutuum sumpsisti pecuniam, nec re, nec solemnitate verborum te obligasti in solidum: etsi eam post integra solvisti, de restituenda tibi parte contra Ionem experiri, ut debitum poscens, iudice cognoscente potes”.

Tradução: “Se em negócio comum com Ion recebeste dinheiro em mútuo, sem te obrigares pela totalidade do débito nem de fato nem pela solenidade das palavras, embora depois pagues a totalidade do débito, podes forçar Ion perante o juiz competente, a te reembolsar a parte ãele na dívida integralmente paga por ti”

Contratos de bõa fé — (Solidariedade) — Papiniano, D., h. t., 9, pr. (citado à p. 204).

Certos autores (Demangeat, “Obligations Solidaires”, 1858; Hauriou, “Nouvelle Revue Historique”, 1882, pp. 219-240) vêm na correalidade a solidariedade das ações de direito estrito enquanto a responsabilidade dos contratos de bõa fé seria “in solidum” Hauriou exclui da correalidade as “conditiones sine causa” em sentido amplo. Tal opinião é porém insustentável: contradiz o texto citado (p. 204) de Papiniano, segundo o qual a correalidade é possível também nos contratos de boa fé e uma constituição declarando extinta a “condictio furtiva” só pelo pagamento e não pela “litis contestatio”, no caso de pluralidade de ladrões:

C., 4, 8, “De conditione furtiva”, 1 — Diocleciano — “Praeses provinciae sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, conditionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse, ac tum demum si ab uno satisfactum fuerit, caeteros liberari: jure proferre sententiam curabit”

Tradução: “O presidente da província não o ignora e declarará na sentença que na ação de furto cada qual responde pelo todo; mas na ação condicional de repetição de

dinheiro roubado, se ela fôr proposta contra um dos ladrões, os outros só se exoneram na hipótese do primeiro satisfazer por completo o credor”.

Ora, um dos efeitos da correalidade, pelo menos no direito clássico, é extinguir a obrigação para todos os devedores, em consequência da “litis contestatio” estabelecida pelo credor com um deles. Tal não ocorre como se vê pela constituição citada, na “condictio furtiva” Proposta contra um dos responsáveis, esta ação só exonera os demais, se o devedor satisfizer por completo ao credor. Tal é precisamente o efeito das obrigações “in solidum”; porisso Hauriou abriu em sua doutrina exceção para a “condictio sine causa” Uma teoria intermediária, proposta por Accarias (2, n.º 454 — citado por Girard, autor seguido nesta exposição) vê na obrigação “in solidum” modalidade de obrigação correal e procura assim evitar a dificuldade oposta pelos dois textos citados, os quais tratam de obrigação “in solidum” originária de falta comum e não de convenção. A êste ponto voltaremos ao tratarmos das fontes das obrigações “in solidum”

A solidariedade se podia estabelecer por pacto de constituto — Ulpiano, D., 13, 5, “De pec. const.”, 16, pr. — “Si duo quasi duo rei, constituerimus, vel cum altero agi poterit in solidum”

Tradução: “Se duas pessoas se obrigarem por constituto, como devedoras solidárias, cada uma poderá ser acionada pela totalidade do débito”.

Também num testamento, contendo legado, a solidariedade podia figurar, passivamente, a cargo dos herdeiros ou ativamente em proveito dos legatários. Sôbre a correalidade passiva temos o texto já citado de Papiniano, D., 45, 2, 9, pr.; sôbre a correalidade ativa, Paulo, D., 31, “De leg.”, II, 16 — “Si Titio aut Seio, “utri heres vellet”, legatum relictum est: heres alteri dando, ab utroque liberatur. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret: nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest fieri”

Tradução: “Se um testador deixar legado a Tício ou a Seio, a cargo do herdeiro, o qual poderá escolher o legatário, o herdeiro pagando a um exonera-se perante os dois. Se não pagar a nenhum dêles, ambos podem exigir o legado, como se fôsse feito a um só: pois, assim como pela estipulação um devedor pode ter dois credores solidários, assim também um herdeiro pode ficar obrigado, por testamento, a dois legatários, pela mesma soma”.

Quais as razões de inserção da cláusula de solidariedade ou correalidade nos atos jurídicos, pergunta Girard? E responde: eram as mesmas pelas quais as partes podiam considerar vantajoso afastar a divisão, permitindo ao credor exigir tudo de cada devedor, aos credores agir pela totalidade do crédito contra o devedor.

A correalidade passiva tornará possível, a quem vende a vários compradores, ou empresta dinheiro a vários mutuários, reclamar o pagamento por inteiro a um só dos devedores, sem ficar obrigado a propôr tantos processos quantos forem os devedores nem sujeitar-se ao prejuízo resultante da insolvência de qualquer dêles.

Servirá também para realizar a fiança, quando o mutuante ou o vendedor não se contentam com o só compromisso do mutuário ou comprador, declarando vender ou emprestar somente se com estas últimas pessoas se obrigar solidariamente também outra, por contrato verbal.

A correalidade ativa aparecia quando diversas pessoas, contratando no interesse comum, queriam dar a uma delas, presente na época do vencimento da obrigação, o direito de exigir pagamento integral, sem para isso necessitar de mandato judicial, mesmo quando no processo das “Ações da Lei”, não se conhecia ainda o mandato judicial. Outro caso de correalidade ativa é o da pessoa, contratante única, colocando a seu lado um homem de confiança, o qual, sem mandato judicial, antes mesmo de sua introdução, podia agir contra o devedor para efetuar a cobrança. Finalmente, a correalidade era estabelecida pelo testador, legando certa soma a duas pessoas, com a condição de ser a soma

atribuída a quem a reclamasse primeiro; podia também o banqueiro abrir um crédito a dois clientes, concedendo-o porém a quem primeiro se utilizasse dêle.

II. Efeitos da correalidade — Na solidariedade passiva ou ativa, a correalidade suscita duas questões modernamente chamadas da obrigação e da contribuição. Quais os direitos do credor único contra cada devedor correal, dos diversos credores correaes contra o devedor único? Vem depois a questão da prestação de contas entre credores na solidariedade ativa e entre devedores, na solidariedade passiva.

Quanto à obrigação, as regras aplicáveis são idênticas, na solidariedade ativa como na passiva.

Na correalidade passiva o credor tem contra cada devedor os mesmos direitos que teria contra um devedor único; exercendo-os, porém, contra um êle os consoma contra todos. Pode o credor exigir de cada devedor pagamento total, exonerando a todos os outros devedores. O mesmo efeito liberatório resulta da acceptilação ou da novação, feitas a ou com um devedor.

Pagamento: Inst., 3, 16, 1 — (texto citado, p. 197).

Acceptilação: D., 45, 2, 2 — Javoleno — “Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singuli insolidum debentur et singuli debent. Ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio”.

Tradução: “Quando duas pessoas prometem ou estipulam a mesma soma, cada uma delas é de pleno direito devedora e credora solidária. Porisso a obrigação se extingue em sua totalidade, pelo pedido e pela acceptilação duma só”.

Novação: D., 16, 1, “Ad Sc. Vell”, 20 — Africano — “Si pro uno reo intercessit mulier, adversus utrumque restituitur actio creditori”.

Tradução: “Se u’a mulher se obrigou por um de dois devedores solidários, o credor é restabelecido em sua ação contra ambos”. Igualmente ainda, o credor exonera a todos os devedores em consequência da “litis contestatio” celebrada com um, salvo se dividir entre os devedores o pe-

dido, como pode fazer, querendo, afim de proporcionar a pretensão aos recursos de cada um.

Ulpiano, D. 46, 1, “De fidejuss.”, 5, in fine. (Citado, p. 201). O juramento necessário, deferido a um devedor e por êle prestado, exonera os outros devedores. Ulpiano, D., 12,2, “De jurejur.”, 28, 3.

“Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit: alteri quoque prodesse debebit”.

Tradução: “Se um dos dois devedores solidários da mesma soma jurou nada dever, o outro se exonera”.

A extinção pela “litis contestatio”, foi abolida por Justiniano, o qual invocando a prática anterior, suprimiu a função extintiva da “litis contestatio” chegando mesmo a reconhecer, nas Novelas, ao devedor correal, executado, a faculdade de pedir a divisão entre êle e os outros devedores presentes e em condições de pagar.

C., 8, 40, (41), “De fidejuss.”, 28, 2 — O imperador Justiniano a João, prefeito do pretório — “Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur: ita et in fidejussoribus observari. Invenimus etenim et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causae esse prospectum. Et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel ipsius rei alterum liberari; vel ipsum reum fidejussoribus, vel uno ex iis electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori: sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes: sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari aspicimus: quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque causa possit jus creditoris mutiare” (ano 531).

Tradução: “Ordenamos que a disposição por nós decretada sobre os mandantes, pela qual a execução dirigida contra um não exonera o outro, seja também observada em relação aos fiadores. Pois, sabemos da existência de pactos a êsse respeito, mesmo nas fianças. Porisso ordenamos, mediante esta lei geral, que de nenhum modo a escolha dum dentre os fiadores ou do próprio devedor exonere os outros fiadores ou o devedor, salvo se o escolhido pelo credor houver pago. Queremos, pelo contrário, conserve o credor, apesar da escolha, a integridade de seu direito contra os outros, até ser completamente pago ou de outra forma satisfeito. O mesmo dispomos sobre dois devedores correaes: embora escolha especialmente um, o credor conserva todos os direitos contra o outro, as ações, tanto pessoais como hipotecárias, até satisfação plena. Se isto acontece diariamente, por força de convenções, porque não o permitir pela autoridade da própria lei, para a inadvertência dos credores não os privar desse privilégio, em virtude de não o terem reservado para si expressamente?.” (531).

Este regime suscita a questão de saber se a coisa julgada a favor dum devedor solidário pode ser invocada pelos outros, assim como a coisa julgada em favor do devedor principal pode ser invocada pelo fiador, de acôrdo com um texto interpolado do D., 12, 2, “De jurejur.”, 42, 3 — Pomponio, no livro 18 das “Cartas” — “Item si reus juravit fidejussor tutus sit: quia et res judicata secundum alterutrum eorum, utrique proficeret”

Tradução: “Se o principal obrigado jurou, o fiador se exonera, pois a decisão pronunciada em favor de um deve servir a ambos”.

Quanto à faculdade do devedor correal executado pedir a divisão, Novella 99 — Comentando as palavras de Justiniano sobre fiança recíproca, pensa Cuq (segundo citação de Girard, op. cit., p. 790, n. 4) tratar-se não de verdadeira fiança mas de expediente destinado a obter pagamento rápido no caso de ausência ou morte dum dos devedores.

A Novella 99 cuida dos devedores solidários (“De reis promitendi”). Se o credor tiver diversos devedores, fiadores uns dos outros, (“alterna fidejussione”) sem a cláusula de solidariedade, todos os devedores responderão igualmente (“ex aequo”). Havendo cláusula de solidariedade, deverá ser observada; entretanto, cada devedor não ficará desde o início obrigado pela totalidade do débito, respondendo apenas pela parte assumida (“sed interim secundum partem qua unusquisque obligatus est”). A ação se proporá contra todos os devedores presentes e em condições de pagar, se assim entender o credor.

Os devedores solventes e presentes cumprirão, cada um de acôrdo com sua parte, a obrigação contraída sob promessa de fiança recíproca (“sub alterna promissione”) e em razão da qual se obrigaram pelo todo. Assim, a dívida comum não se tornará dívida própria de cada um.

Em caso de insolvência total ou parcial de todos ou alguns dos coobrigados ou no de ausência dos mesmos, cada coobrigado, além do acionado deverá pagar tudo quanto o credor não pode receber dos outros. Assim, o credor conservará integralmente a obrigação, nenhum dano sofrendo, embora os coobrigados tenham combinado algo à sua revelia. Cada devedor, por sua vez, responderá pela parte da obrigação assumida por ocasião do ato, sem poder por dolo ou quaisquer artifícios, contrariar as disposições da novela. Achando-se presentes todos os coobrigados, deverá o juiz da causa chamá-los examinando a questão em seu todo e proferindo sentença comum a todos. Todos os coobrigados serão assim adstritos ao cumprimento da obrigação; sua situação financeira será examinada e a dívida liquidada segundo a lei e a justiça”

As mais difíceis controvérsias se travam a respeito dêste texto. Já citamos uma opinião de Cuq, referida por Girard, autor do qual, repetimos, é extraída tôda a presente exposição.

Os autores procuram restringir o alcance da reforma de Justiniano, visivelmente contrária ao espírito da solidariedade. Esta reforma, porém, é absolutamente geral.

Alguns encontram restrição na referência do texto sobre a caução prestada pelos codevedores uns aos outros. Tal restrição é porém aparente, pois, no período post-clássico, a fórmula “spondemus alterutrum invicem nos obligantes atque fidedicentes”, (Pap., D., 45, 2, 11, pr.-p. 208) é o meio habitual de estabelecer a solidariedade nos atos jurídicos. Entretanto, baseando-se nessa terminologia, certos autores como Ferrini (“Pandette”, pp. 560-61, citado por Girãrd) sustentaram que a inovação de Justiniano só se aplicaria aos fiadores recíprocos e não aos devedores solidários. Colinet, por sua vez, pretende aplicar o texto de Justiniano unicamente às cauções simples e não às solidárias.

Depois da “litis contestatio”, e com maior razão, a obrigação solidária ou correal se extingue pela perda da coisa, verificada sem culpa nem mora de qualquer devedor. Há, pelo contrário dúvidas no caso contrário, motivadas por conflito de textos, um de Pompônio e outro de Marciano. Ei-los, com as respectivas traduções: Pompônio, D., 45, 2, 18 — “Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet”.

Tradução: “Sendo dois os devedores solidários do mesmo escravo Stico, o fato de um prejudica ao outro”.

Marciano, D., 22, “De usuris”, 32, 4 — “Sed si duō rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet”.

Tradução: “Mas, se forem dois os devedores solidários, a mora de um não prejudica ao outro”.

Sobre a mora, encontramos ainda o texto de Paulo, D., 50, 17, 172, 2: “Unicuique sua mora nocet: quod et in duobus reis promittendi observatur”.

Tradução: “O devedor em mora responde pelos danos causados e esta regra se observa também em relação aos devedores solidários”.

Diversas teorias procuram explicar a divergência dos textos, em matéria de culpa e mora: assim, uma delas acrescenta a negação ao texto de Pompônio. outra declara-o interpolado, devido à inovação de Justiniano em matéria de prescrição, outra finalmente supõe tratar-se de controvérsia entre jurisconsultos.

O Código Civil Francês no artigo 1205 apresenta solução baseada na distinção entre o valor da coisa e as perdas e danos, distinção criada por Pothier e desconhecida dos Romanos.

A obrigação solidária se extingue de modo relativo nos seguintes casos: “capitis deminutio” dum dos devedores, “pactum de non petendo” celebrado com um só devedor, confusão entre o patrimônio do credor e o dum dos devedores, crédito oponível em compensação por um dos devedores. Quanto à prescrição, interrompida contra um dos devedores, interrompe-se também contra os outros, sob Justiniano. Eis os textos:

“Capitis deminutio”: D., 45, 2, 19, Pomp. — “Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis diminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur. Multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur. Cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus. Et ideo si aqua et igni interdictum est, alicujus fidejussor postea ab eo datus tenetur”.

Tradução: “Sendo dois os devedores solidários da mesma soma, se um se eximir da obrigação por mudança de estado, nem porisso se eximirá o outro. Pois, é grande a diferença entre o pagamento da coisa e a liberação da pessoa. Quando esta se exonera, subsistindo, porém, a obrigação, o outro devedor continua obrigado. Porisso, se um devedor sofre a interdição da água e do fogo, o fiador depois dado pelo outro se obriga”

Pacto “de non petendo” — O pacto feito com um dos devedores aproveita aos outros, se houver sociedade entre êles.

D., 2, 14, “De pactis”, 21, 5 — Paulo — “In his qui ejusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui ejusdem pecuniae debitores sunt, quatenus alii quoque prosit, vel noceat pacti exceptio, quaeritur: et, in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, ejus qui paciscebatur, interfuit: itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiet”

Tradução: “Pergunta-se até que ponto aproveita ou prejudica a exceção do pacto, nos casos de credores ou devedores solidários da mesma soma: e nos pactos reais, ficam exonerados todos quantos foram visados pelo autor do pacto: porisso, o pacto feito com o devedor, aproveita aos fiadores”.

D., h. t., 25, pr. — Paulo — “Idem in duobus reis promittendi, et duobus argentariis sociis”.

Tradução: “A solução é idêntica, no caso de dois devedores solidários e de dois banqueiros sócios”

O pacto do devedor principal, aproveita ao fiador: Paulo, D., h. t., 21, 5. (citado p. 218). Mas, o pacto do fiador não aproveita ao devedor principal nem aos outros fiadores. Paulo, D., h. t., 23 — “Fidejussoris autem conventio nihil proderit reo: quia nihil ejus interest a debitore pecuniam non peti: imo nec confidejussoribus proderit: neque enim, quoquo modo cujusque interest, cum alio conventio facta prodest; sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat: sicut in reo promittendi, et his, qui pro eo obligati sunt”

Tradução: “O pacto do fiador não aproveita ao devedor principal, pois aquêle nenhum interêsse tem na liberação dêste; o pacto nem mesmo aos co-fiadores aproveita, pois, para o pacto feito com outrém ser útil a terceiro, não basta, por parte de quem o faz um interêsse qualquer na liberação do terceiro; é preciso êle ser principal obrigado, em relação àquele a quem se dá a exceção, como acontece no caso do devedor em relação a seus fiadores.”

Aliás, se as partes assim o quizerem, podem fazer a remissão aproveitar mesmo ao terceiro, cuja exoneração não interessa ao pactuante; podem estender o pacto do fiador ao devedor principal. Êste não terá a “exceptio pacti”, mas a “exceptio doli”, à semelhança do pacto do mandatário.

D., h. t., 25, 2 — Paulo — “Sed quamvis fidejussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Julianus scribit”

Tradução: “Embora o pacto do fiador não aproveite ao principal obrigado, êle em muitos casos lhe dá, escreve Juliano, a exceção de dolo”.

D., h. t., 10, 2 — Ulpiano — “Plerumque solemus dicere, “doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis”: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros, et Julianus scribit et alii plerique consentiunt: utputa, si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatio videtur; qui putat sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse”.

Tradução: “Dizemos comumente: “a exceção de dolo é subsidiária da exceção do pacto”: pois, os que não podem usar da exceção do pacto podem se servir da exceção de dolo; é a opinião de Juliano e de vários outros. Por exemplo, se meu procurador fizer um pacto, caber-me-á a exceção de dolo, como parece a Trebácio, para quem o pacto de meu procurador deve me aproveitar assim como pode me prejudicar”.

Confusão: — A confusão entre o credor e um dos devedores, distingue-se, quase sempre, dos efeitos do pagamento: assim, o credor de dois devedores principais, se herdar dum dêles, conservará sua ação contra o outro, ficando eventualmente obrigado a fazer dedução do recebido por herança ao primeiro devedor, se entre os devedores houver convenção pondo em comum entre êles o encargo final da dívida: co-devedores “socii”. Também, quando o credor, com um devedor principal e outro acessório herda dêste último, conserva ação contra aquêle.

D., 46, 1, “De fidejuss.”, 71, pr. — (Cit., p. 208). Se tivesse havido pagamento por um dos devedores principais ou pelo fiador, a obrigação se extinguiria, podendo haver apenas recurso por meio de ação distinta. Afastamo-nos ainda mais dos efeitos do pagamento no caso de confusão entre os codovedores. Sendo as dívidas desiguais, a mais fraca é absorvida pela mais forte: assim, a dívida do fiador é absorvida pela do devedor principal. Excepcionalmente, dá-se o contrário quando a caução é superior à dívida, quando a obrigação principal é natural: D., 46, 3, “De

solut.”, 95, 3 — Papiniano — “Quod vulgo jactatur, “fidejussorem qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari”: totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam, si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur. E contrario, non potest dici non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem: nam si minori vigintiquinque annis bonae fidei pecuniam credit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fidejussore: difficile est dicere causam juris accessit sine contemplatione juris praetorii. Auxilium jussoris obligationem quae principalis fuit, et cui fidejussoris accesit sine contemplatione juris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fidejussori qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit”.

Tradução: “O axioma vulgar: “o fiador, tornando-se herdeiro do devedor principal se exonera da fiança” é verdadeiro quando a obrigação do devedor principal é mais forte. Pois, se o devedor principal se obrigou simplesmente, o fiador se exonerará. Deve-se, pelo contrário, admitir a extinção da obrigação do fiador, se o devedor teve meios de defesa própria e pessoal: pois, se se emprestou de boa fé dinheiro a um menor de vinte e cinco anos, e este o perdeu, morrendo quando podia pedir a restituição por inteiro e deixando como herdeiro o fiador, é difícil dizer que o direito de restituição, ao alcance do menor, conserva a obrigação fidejussória. O direito de restituição é principal, tendo por acessória a obrigação do fiador, sem de modo algum visar o direito pretoriano. Porisso, o auxílio da restituição se dará, dentro do prazo legítimo ao fiador, tornado herdeiro do menor.”

Quando, porém, forem iguais, ambas as dívidas subsistem:

D., 46, 1, “De fidejuss.”, 21, 1 — Africano — “Non est novum ut fidejussor duabus obligationibus ejusdem pecuniae nomine teneatur: nam si in diem acceptus, mox pure accipiatur, ex utraque obligatur: et si fidejussor confidejussori heres extiterit, idem erit”.

Tradução: “Não é novidade um fiador se obrigar duas vezes em razão da mesma soma: pois, obrigando-se primeiro a partir de certo dia e depois pura e simplesmente, fica preso por ambas as obrigações; o mesmo acontecerá se um fiador se tornar herdeiro de seu co-fiador”

Compensação — O devedor pode opor em compensação seu crédito pessoal contra o credor, mas só lhe pode opor o de seu co-devedor se ambos forem “socii” — D., h. t., 10 — Pápiniano — “Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet”

Tradução: “Se dois copromitentes não forem sócios, não aproveitará a um deles o fato do estipulante dever dinheiro ao outro”.

Quanto à prescrição, interrompida contra um devedor, interrompe-se contra todos, segundo disposição expressa de Justiniano, C., 8, 3 (40), “De duobus reis”, 4, (5).

“Cum quidam rei stipulandi certos habebant reos promittendi, vel unus forte creditor, duos vel plures debitores habebat, vel e contrario multi creditores unum debitorem, et alii ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnoverunt, vel per solutionem, vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionis invenimus positos; et nos ampliavimus, vel forte ad unum creditorem quīdam ex debitoribus devotionem suam ostenderunt: vel cum plures essent creditores, debitor, qui solus existeret, ad unum ex his vel quosdam debitum agnovit: et quaerebatur si eis vel ei daretur licentia adversus alios indevotionem suam exercere, et quasi tempore emenso exactionem recusare, vel quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus, vel in iudicio pulsatis, deberent et alii ab omni contradictione repelli: nobis pietate suggerente videtur esse humanum, semel in uno eodemque contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita, omnes simul compelli ad persolvendum debitum, sive plures sint rei, sive unus: sive plures sint creditores, sive non amplius quam unus. Sancimusque in omnibus casibus, quos noster sermo complexus est, aliorum devotionem, vel agnitionem, vel ex libello admonitio-

nem aliis debitoribus praejudicare, et aliis prodesse creditoribus. Sit itaque generalis devotio, e nemini liceat alienam indevotionem sequi: cum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit”

Tradução: “Diversos credores solidários têm diversos devedores solidários, ou um credor tem dois ou mais devedores solidários ou pelo contrário diversos credores tem o mesmo devedor solidário; alguns dentre os devedores reconhecem a dívida, perante alguns credores, pagando, ou por qualquer outro modo, considerado pelas leis existentes e que confirmamos, capaz de interromper a prescrição. Ou então, alguns devedores reconhecem a dívida perante o credor comum; ou finalmente, o único devedor a reconhece perante um só ou apenas perante alguns credores. Discutia-se, a respeito desses casos, se seria permitido, ao devedor ou aos devedores, que tivessem pago a dívida comum, perseguir os outros, pela parte a eles cabível, sem poderem tais devedores opor aos primeiros a prescrição; ou se tendo alguns devedores reconhecido o débito ou sido chamados a juízo, deviam os outros ser privados de qualquer defesa, fundada em falta de reconhecimento ou de citação. Para nós, de acôrdo com a equidade, interrompida a prescrição em relação a um ou a alguns dos obrigados pelo mesmo contrato, interrompe-se em relação aos demais, tanto no caso dum só ou vários devedores, como no dum só ou vários credores. Ordenamos, pois: em todos os casos acima, interrompe-se a prescrição contra todos os devedores, quando ela se tiver interrompido expressamente contra um ou alguns deles, seja por pagamento, reconhecimento ou enfim por execução em juízo. Sejam de modo geral todos os devedores obrigados a pagar, afim da injustiça dalguns não servir aos outros de pretexto para se arrependem de haver cumprido suas obrigações: pois o contrato nasceu da mesma raiz e fonte e a causa do débito surgiu da mesma ação” (531).

Quanto à *correalidade ativa*, cada credor correal tem sobre o crédito direitos tão extensos como se fôsse credor

único; fica apenas sujeito a ver o exercício desses direitos limitado pelos direitos iguais de seus co-credores. Cada credor pode exigir pagamento integral ao devedor, e éste é obrigado a pagar ao credor mais diligente, sem direito de reclamar o concurso dos outros; nenhum interesse tem para êle tal concurso, pois, o pagamento feito a um credor exonera o devedor perante todos. Pode ainda cada credor exonerar o devedor por acceptilação, novação (apesar de aparente dificuldade de textos) e por “litis contestatio”. Não é certo tenha sido aqui abolido o efeito extintivo da “litis contestatio”, pois a constituição de Justiniano só fala de pluralidade de devedores. A questão é todavia controvertida.

Sôbre a novação, D., 46, 2, “De nov.”, 31, 1 — Venuleio — “Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur: et quid juris unus quisque sibi adquisierit? Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem, totam rem in litem deducere. Item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem. Ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset: excepto eo, quod etiam facto ejus cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum an altero poterit, cum id specialiter agit. Eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti eum promiserit? Nam debitor ab utroque liberabitur”.

Tradução: “Havendo dois co-estipulantes, pergunta-se se um dêles tem o direito de novar e qual o direito adquirido por cada um? Admite-se, em geral, o pagamento válido a um só, e a dedução integral em juízo, pela propositura da ação por um só. Igualmente, tôda a obrigação se extingue, pela acceptilação dum só. Donde se conclui que um e outro adquirem como se tivessem estipulado sôzinhos. Há, contudo, exceção: cada estipulante, pode perder o de-

vedor por fato do co-estipulante. Por conseguinte, se um dos co-estipulantes estipula de terceiro, poderá, pela novação, liberar êsse terceiro do co-estipulante, quando agir com tal intenção especial. Sôbretudo por tal estipulação nos parecer semelhante ao pagamento. Do contrário, que diremos, se um dos dois delegar o devedor comum ao seu credor e êste estipular dêle, devedor, ou se a mulher ordenar seja prometido um fundo como dote ao marido, ou devendo casar-se com alguém prometer-lhe êsse fundo, a título de dote? Pois, o devedor se exonera perante ambos”.

O devedor se exonera, também, perante todos pelo juramento, prestado com autorização dum dos credores ou pelo pacto de constituto com um dêles celebrado.

Textos: Paulo, D., 12, 2, “De jurejur.”, 28, pr. — “In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit”.

Tradução: “Quando dois credores são solidários, o juramento deferido ao devedor por um dêles, prejudica ao outro”.

Sôbre o pacto de constituto, Paulo, D., 13, 5, “De pec. const.”, 10 — “Idem est, et si duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri posteà solutum est: quia loco ejus cui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur”.

Tradução: “O mesmo acontece se um devedor de dois credores solidários, depois de se haver obrigado por constituto a pagar a um dêles, pagar ao outro. Pois, presume-se ter o devedor pago ao credor perante o qual se obrigou por constituto”.

A dificuldade relativa à novação provém dum texto de Paulo, D., 2, 14, “De pactis”, 27, pr. onde êste jurista, contrariando Venuleio, nega ao credor correal o direito de novar. Tal solução, porém, contradiz o que o próprio Paulo admite em matéria de constituto.

D., 2, 14, “De pactis”, 27, pr. — “Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit; an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum al-

ter petere possit. Idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint licet novare non possint: quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est”

Tradução: “Se um de dois banqueiros sócios exonerou o devedor comum, poderá o outro propôr sua ação, sem temer a exceção? Para Neracio, Atilicino e Próculo a convenção, mesmo sendo real, não prejudica ao outro banqueiro. Pois, as constituições dizem apenas que um deles poderá exigir tôda a dívida. O mesmo pensa Labeão, pois, embora um dos dois tenha capacidade para receber pagamento, não pode entretanto novar. Assim, pode-se pagar às pessoas em nosso poder, o por elas emprestado, embora não possam elas novar; e, esta opinião é verdadeira. Dir-se-á o mesmo de dois credores solidários”.

Quanto ao efeito extintivo da “litis contestatio” não é certo ter sido êle aqui abolido por Justiniano, pois sua constituição (embora a questão seja controvertida) só fala de pluralidade de devedores. Em matéria de “pactum de non petendo”, de confusão e de compensação, pelo contrário, não está provado possa o direito adquirido contra um dos credores ser utilizado contra os outros. Não há textos sobre confusão e compensação, mas, sobre “pactum de non petendo”, o texto de Paulo, D., 2, 14, “De pactis”, 27, pr. (citado à pág. 225) declara subsistente, em caso de pacto consentido por um dos credores, o direito de agir dos outros. Finalmente, quanto à interrupção da prescrição extintiva, ela se aplica às duas correalidades. (Ver C., 8,39(40), “De duobus reis”, 4(5), citado à p. 222).

Resta a questão da contribuição: se só um dos credores recebeu o pagamento, terão os outros recurso contra êle? se só um dos devedores pagou, terá recurso contra os outros? Existe, neste ponto, uma distinção bem conhecida: há ou não sociedade entre credores, dum lado e devedores do outro? Se há, se êles se acham ligados por laços de sociedade ou de indivisão, a ação oriunda de tais laços

(“pro socio”, “familiae erciscundae”, “communi dividundo”) permitirá dividir entre todos os lucros e encargos.

D., 35, 2, “Ad leg. Falcid.”, 62, pr. — Ulpiano — “In lege Falcidia hoc esse servandum Julianus ait, ut si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi: si quidem socii sint, in ea re dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulati essent, vel promisissent. Quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi”

Tradução: “Tratando-se de fixar a Falcidia nos bens dum testador, credor com outrém ou devedor solidário duma soma, é preciso, segundo Juliano, distinguir se o testador era sócio do outro; neste caso, deve a obrigação dividir-se entre os dois, como se cada um houvesse estipulado ou prometido separadamente essa soma. Se porém não havia sociedade, fica pendente a questão de saber em qual dos patrimônios dos dois credores deve ser incluída a soma, ou de qual dos patrimônios dos dois dévedores deve ela ser deduzida”. Além disso, na correalidade passiva, o codevedor de quem se reclama o pagamento, oferecendo-o na totalidade, tem, como o fiador, o direito de exigir a cessão das ações do credor, afim de melhor assegurar seu recurso contra os demais devedores.

Os dois textos abaixo, o demonstram e permitem exigir a cessão mesmo não havendo sociedade.

D., 19, 2, “Locati”, 47, Marcelo (citado à página 204).

C., 4, 65, 13 — “Si divisa conductio fuit, et in singulis pro partibus facta: alieno nomine conveniri vos non oportet. Si autem omnes qui conducebant, in solidum locatori sunt obligati: jus ei competens conveniendi quem velit, non debet auferri. Habetis sane vos facultatem locatori offerendi debitum; et ut transferantur in vos ea quae ob hanc conductionem ab iis quorum nomine inquietamini, obligata sunt, postulandi”.

Tradução: “Se a coisa objeto do contrato de locação foi parcialmente cedida, de modo a caber uma parte a

cada um, não podeis ser acionados uns pelos outros. Mas, se todos os locatários se obrigaram solidariamente, não se pode privar o dono de seu direito de acionar o locatário que tiver escolhido. Tendes, entretanto, a faculdade de oferecer pagamento ao dono afim de poderdes exigir sejam executadas as obrigações pelas quais sois chamados a juízo e contraídas pelos outros, por ocasião do contrato de locação”. Se não há sociedade alguma quer entre credores quer entre devedores, pode existir mandato, quando o segundo credor é na realidade adjunto do primeiro, incluído no contrato afim de receber pagamento; o mesmo pode suceder em relação ao segundo devedor, incluído como fiador. No primeiro caso, o “*adjectus solutionis causa*” fica sujeito à “*actio mandati directa*”; no segundo, a caução obterá indenização mediante a “*actio mandati contraria*”.

Resta, porém, uma última situação: pode não haver vínculo algum entre os codevedores ou os credores. Faltarão, porisso, qualquer forma de prestação de contas entre eles, extinta a obrigação? Parece difícil admiti-lo; entretanto, a solução é certa, no tocante à solidariedade ativa; quanto à solidariedade passiva, porém, a única de alcance prático, nada nos impede admitir a possibilidade do devedor, pagando, obter, como o fiador, recurso contra os outros devedores, exigindo a cessão das ações do credor. Alguns autores, como Accarias, objetam contra esta solução, lembrando a falta de qualquer laço entre o devedor que paga e seus codevedores. Tal fato, porém, não constitui obstáculo pois também o fiador, pedindo a cessão das ações para recorrer contra seus co-fiadores nenhuma relação mantém com eles. Devemos, por outro lado, admitir que Ulpiano, citando Juliano, D., 35, 2, “*Ad leg. Falcid.*”, 62, pr. (citado, p. 227), parece negar qualquer recurso, em falta de sociedade. Mas, o direito de requerer a cessão das ações é concedido indistintamente por Diocleciano, C., 8, 39(40), “*De duobus reis*”, 1(2): “*Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse: rector provinciae juvare te adversus*

eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur”.

Tradução: “Quando duas pessoas se obrigarem solidariamente perante um credor, pela mesma soma, este último não pode ser impedido de escolher o devedor do qual prefere exigir o pagamento. E porisso, se provares que executado, pagaste tôda a dívida, o presidente da província não hesitará em te ajudar contra quem recebeu em comum contigo a soma emprestada”. Dernburg combina com esta constituição, Papiniano, D., 45, 2, 11 (citado à p. 208) e pensa que a solução de Diocleciano foi favorecida pela fórmula segundo a qual os devedores correais se constituíam fiadores simultâneos uns dos outros (p. 208).

Obrigações “in solidum”

Na obrigação “in solidum”, também chamada solidariedade imperfeita, responsabilidade coletiva, os devedores se exoneram graças ao pagamento feito por um só; mas, a “litis contestatio” feita com um não exonera os demais, razão pela qual se admite haver não só pluralidade de vínculos como também pluralidade de obrigações.

I. Fontes das obrigações “in solidum” — A solidariedade simples pode ser ativa ou passiva, como a correalidade. Os textos nos apresentam sobretudo a obrigação “in solidum” a cargo de vários devedores. Quanto às suas fontes, pretendeu-se, considerando-a mera variedade de solidariedade convencional, ser a obrigação “in solidum” a solidariedade dos contratos de boa fé enquanto a correalidade seria a solidariedade dos contratos de direito estrito. A convenção de solidariedade originaria pelo menos (salvo cláusula expressa em contrário) obrigação correal, no caso de contrato de direito estrito e obrigação “in solidum” no de contrato de boa fé (vide, a p. 210 dêste estudo, a exposição e a crítica de tal doutrina, sustentada primeiro por Demangeat e depois por Hauriou).

A doutrina mais acertada parece ser aquela explicando o fenômeno jurídico fora de qualquer idéia de convenção. Quando um prejuízo é injustamente causado a alguém por várias pessoas, cada culpado deve repará-lo integralmente, pois a responsabilidade de cada um não deve ser diminuída pela dos outros. Mas, o pagamento feito por um exonera os demais, pois, pelo pagamento o prejuízo é reparado. A idéia, surgindo primeiro em matéria de delitos, era estranha ao antigo “jus civile”: êste admitia a cumulação de ações delituais contra todos os autores do delito. Assim acontecia não só na “actio furti” como também na “Actio legis Aquiliae”

Textos. “*Actio furti*”: C., 4, 8, “De cond. furt.”, 1 — “Praeses provinciae sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, conditionis vero numerum furtim subtractorum electionem esse, actum demum si ab uno satisfactum fuerit, caeteros liberari: jure proferre sententiam curabit”

Tradução: “O presidente da província, que não o ignora, declarará em sua sentença, na ação de furto, a responsabilidade solidária de cada um, mas, quanto à ação condicional de repetição do dinheiro furtado, se, intentada contra um dos autores do furto, êste satisfizer à vítima, os outros autores se exoneram”

Actio legis Aquiliae — D., 9, 2, “Ad legem Aquilliam”, 11, 2 — Ulpiano — “Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint teneantur videamus? Et si quidem apparet cujus ictu perierit, ille quasi occiderit teneatur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait; et si cum uno agatur, caeteri non liberantur: nam, ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat: cum sit poena”

Tradução: “Mas, se vários houvessem ferido o escravo, responderão todos, como se todos o houvessem morto? Sabendo-se de quem partiu o golpe mortal, responderá quem o tiver desferido; não sendo possível saber, todos responderão pela morte do escravo, segundo Juliano; e condenado um, nem porisso se exoneram os demais; pois, de

acôrdo com a lei Aquilia, o que um paga, não aproveita ao outro. Com efeito, esta lei é penal”

Mas, no Império, em consequência dum movimento desconhecido ainda de Labeão e talvez promovido por Sabino, o princípio das obrigações “in solidum” se applicou, progressivamente, ao caso de várias pessoas obrigadas a reparar o prejuízo resultante de delicto, por meio duma ação considerada reipersecutória, por exemplo a “actio quod metus causa”, “actio de dolo”, a “actio rationibus distrahendis” e talvez a “condictio furtiva”.

Que o movimento fôsse ainda desconhecido de Labeão, parece resultar de Ulpiano, D., 43, 24, “Quod vi aut clam”, 15, 2 — “Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit jussu meo, agendum esse quod vi aut clam mecum, Labeo scribit: et si communi consilio plurium id factum sit, licere, vel cum uno, vel cum singulis experiri: opus enim quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. Si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum. Itaque alter conventus alterum non liberabit: quinimo perceptio ab altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat. Praeterea sepulchri quoque violati agi potest”.

Tradução: “Escreve Labeão: se por minha ordem se amontoou terra em lugar destinado à sepultura de alguém, poder-se-á propor contra mim o interdito “quod vi aut clam”; e se a obra se fêz por conselho unânime de vários, o interdito se poderá propor contra um dêles, ou contra cada qual em particular. Pois, a obra indivisa, feita por muitos, obriga cada um solidàriamente. Se todavia, alguns realizaram a obra por seu próprio alvitre, é necessário acionar todos, isto é, solidàriamente. Por conseguinte, acionando-se um apenas ou mesmo, obtendo-se a condenação apenas contra um, os outros não se exoneram; enquanto, no caso precedente, proposta a ação contra um, exoneram-se os outros. Pode-se, também, intentar no caso, a ação de violação de sepulcro” Neste texto, deixando de lado as obscuridades produzidas por interpolação ou cor-

rupção, Ulpiano não encontra solução intermediária entre a cumulação, aplicada outrora a tôda as ações delituais e a exoneração por “litis contestatio” resultante da identidade de “res”. São mesmo compreensíveis as incertezas da doutrina colocando entre as obrigações correaais a pretexto de identidade de “res”, certas relações, melhor subordinadas às obrigações “in solidum”; tudo isto, antes de aparecerem as ações reipersecutórias e mistas, não cumulativas. As citações de Sabino, permitindo supor tenha sido êle o iniciador do movimento doutrinal, são as seguintes:

D., 27, 6, “Quod falso tut.”, 8 — “Et ideo si nihil, aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandum in id quod deest, Sabinus scribit”.

Tradução: “Porisso, diz Sabino: se o autor nada obteve ou não obteve integralmente seu crédito, dum dos tutores, conserva sua ação contra os outros”.

D., 43, 16, “De vi”, 1, 13 — “Quotiens verus procurator dejecerit, cum utrolibet eorum, id est, sive domino, sive procuratore, agi posse Sabinus ait, et alterius nomine alteri eximi: sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita. Non enim excusatus est, qui jussu alicujus dejecit, non magis quam si jussu alicujus occidit. Cum autem falsus est procurator, cum ipso tantum procuratore, interdicti debere: Sabini sententia vera est”.

Tradução: “Quando o esbulho fôr praticado pelo verdadeiro procurador, Sabino considera possível o uso do interdito tanto contra o constituinte como contra o procurador, desonerando-se um pela condenação do outro, se a condenação tiver sido executada. Pois, quem esbulhou por ordem de outrem não é mais escusável do que quem tiver morto por ordem de outrem. Sendo porém falso o procurador, só contra êste pode ser dirigido o interdito: a opinião de Sabino é verdadeira”.

D., h. t., 1, 14 — “Sed et si quod alius dejecit, ratum habuero, sunt qui putent secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri dejecisse, interdictoque isto teneri. Et hoc verum est: rectius enim dicitur, in maleficio ratihabitionem mandato comparari”.

Tradução: “Se eu, todavia, tiver ratificado o esbulho praticado em meu nome, muitos jurisconsultos, comparando segundo Sabino e Cassio a ratificação ao mandato, consideram o esbulho como por mim mesmo praticado, admitindo fique eu sujeito ao interdito. Esta opinião é verdadeira: pois, em matéria de delicto é justo comparar a ratificação ao mandato”.

Êstes dois textos são citados por Dernburg, como exemplos da nova orientação em matéria de obrigações “in solidum”, iniciada por Sabino. Eisele, pelo contrário, considera-os interpolados.

Sôbre “actio quod metus causa”, D., 4, 2, “Quod metus causa gestum erit”, 14, 15, Ulpiano — “Secundum haec, si plures metum adhibuerint, et unus fuerit conventus; siquidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt. Sed et si id non fecerit, sed ex sententia quadruplum restituerit, verius est, etiam sic perimi adversus caeteros metus causa actionem”.

Tradução: “De acôrdo com êsses princípios, se a violência foi praticada por vários, tendo porém a ação sido proposta só contra um, se êste restitui voluntariamente a coisa antes da sentença, todos os outros se exoneram. Porém, se não se executar voluntariamente, pagando entretanto o quádruplo em virtude de sentença, é mais verdade extinguir-se também nesse caso a ação de coação contra os outros”.

Dolo — D., 4, 3, “De dolo malo”, 17, Ulpiano — “Si plures dolo fecerint, et unus restituerit, omnes liberantur. Quod si unus, quanti ea res est, praestiterit, puto adhuc caeteros liberari”.

Tradução: “Sendo vários os autores do dolo, todos se exoneram pela restituição efetuada por um. Mas, se um dos autores, indenizar por perdas e danos, penso que também os outros se exoneram”.

Ação “rationibus distrahendis” — Trifonino-D., 26, 7, “De adm. tut.”, 55, 1 — “Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex

lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur? Et quamvis unus duplum praestiterit, nihilominus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus ejusdem rei pluribus, non est propterea caeteris poenae deprecatio, quod ab uno jam exacta est. Sed tutores, propter admissam administrationem, non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere. Nemo denique dicet, unum tutorem et duplum hac actione praestare, et quasi specie conditionis, aut ipsam rem, aut ejus aestimationem”.

Tradução: “Mas, se os próprios tutores tiverem furtado o pupilo, vejamos se cada tutor responde solidariamente pela ação de restituição em dobro, proponível contra o tutor, de acôrdo com a Lei das XII Tábuas? Embora um pague em dôbro, os outros são contudo responsáveis: pois, nos casos de vários autores do furto da mesma coisa, não ficam êles isentos da pena, por um haver satisfeito ao autor. Mas, os tutores, devido à sua administração aceita, não parecem tanto subtrair a coisa, contra a vontade do dono, como agir pèrfidamente. Afinal, ninguém dirá que um tutor deve não só responder em dôbro como ainda, por uma espécie de “condictio” prestar ou a coisa ou seu valor”

“Condictio furtiva” — Esta ação, no caso de pluralidade de autores do furto, se extingue pela satisfação prestada por um dêles, C., 4, 8, “De cond. furt.”, 1 (texto citado, pp. 230).

Eisele, segundo Girard, admite a existência de obrigação “in solidum” nos três casos de “metus”, dolo e “actio rationibus distrahendis” Pelo contrário, e no mesmo sentido de Demangeat, Eisele interpreta a constituição como determinando, ainda antes de Justiniano, a extinção da ação pela “litis contestatio”

No Império, ainda, a idéia de obrigação “in solidum” se applicou aos casos de dolo ou culpa de muitos, na execução de obrigação contratual ou quase contratual. Por exemplo: obrigação comum de vários tutores, sancionada

pela “actio tutelae”; obrigação de custódia, no comodato e depósito, obrigação de executar um mandato.

Tutores: D., 26, 7, “De adm. tut.”, 18,1 — Ulpiano — “Ex duobus tutoribus si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur”.

Tradução: “Havendo dois tutores, a ação proposta contra um não exonera os outros”

D., 27, 3, “De tut. et rat. distr.”, 15 — Ulpiano — “Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegerit, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri: nec immerito: cum unusquisque doli sui poenam sufferat. Quod si conventus alter praestitisset, proficiet id quod praestiti, ei qui conventus non est: licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere: ut in duobus, quibus res commodata est, vel deposita, quibusque mandatum est”

Tradução: “Se, dentre dois tutores, o pupilo transigir com um, a transação em nada aproveitará ao outro, embora o dolo seja comum. Isto é justo: pois cada qual deve sofrer a pena do próprio dolo. Mas, se um deles, sendo acionado, pagar, este pagamento exonerará ao outro: pois, embora ambos respondam pelo dolo, basta entretanto o pagamento feito por um, como no caso de dois comodatários, depositários, mandatários”

Locatários e comodatários — Ulpiano — 13, 6, “Comod.”, 5, 15 — “Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum, quaeri posse utrum unusquisque eorum insolidum, an pro parte teneatur? Et ait duorum quidem insolidum dominium vel possessionem esse non potest: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere: usum autem balnei quidem vel porticus vel campi uniuscujusque insolidum esse: neque enim minus me uti quod et alius uteretur. Verum in vehiculo commodato, vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere: quia non omnia loca vehiculi teneam. Sed esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo

quodammodo rei habebuntur: etsi alter conventus praestiterit, liberabit alterum: et ambobus competit furti actio”.

Tradução: “Se um veículo fôr comodado ou locado simultâneamente a dois, Celso filho escreveu no livro sexto do digesto que se pode perguntar se cada um dêles é responsável solidàriamente ou em parte? E não admite o domínio ou a posse por inteiro em favor de dois; assim, cada qual não é dono duma parte da coisa, mas tem o domínio parcial de tôda a coisa indivisa. Porém, o uso dum balneário, passeio ou campo cabe por inteiro a cada um: pois, eu não posso usar menos do que o outro. Posso porém usar em parte do veículo comodado ou locado, pois, não ocupo todos os lugares do veículo. Mas, afirma ser mais verdadeiro dever eu responder integralmente por dolo, culpa, falta de diligência e custódia. Haverá assim, de certo modo, dois devedores solidários. Se um dêles, acionado, pagar, o outro se exonerará; e a ambos compete a ação de furto”.

Depositários: D., 16, 3, “Dep.”, 1, 43 — Ulpiano — “Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit: nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione, liberantur. Proinde si ambo dolo fecerunt, et alter quod interest praestiterit, alter non convenietur, exemplo duorum tutorum. Quod si alter vel nihil vel minus facere potest, ad alium pervenietur. Idemque et si alter dolo non fecerit, et idcirco sit absolutus: nam ad alium pervenietur”.

Tradução: “Se a coisa fôr depositada junto a dois depositários, pode-se agir contra cada um dêles; nem se exonerará um, se a ação fôr proposta contra o outro, pois, as partes se exoneram não pela escolha, mas pelo pagamento. Porisso, havendo dolo de ambos, se um indenizar ao autor por perdas e danos, o outro não será acionado, como acontece no caso de dois tutores. Mas, se um nada pode ou pode menos, executa-se o outro. O mesmo, se não houver dolo de um, sendo porisso absolvido; pois, executar-se-á o outro”.

Mandatários: D., 11, 6, “Si mensor”, 3, pr. — Ulpiano — “Si duobus mandavero, et ambo dolose fecerint, adversus singulos insolidum agi poterit: sed altero convento, si satisfecerit, in alterum actionem denegari oportebit”.

Tradução: “Se eu tiver constituído dois mandatários, e ambos agirem com dolo, poderei agir contra cada um integralmente; mas, se o escolhido por mim pagar, deve-se negar ação contra o outro”. Eisele considera todos os textos aqui citados sôbre “metus”, dolo, ação “rationibus distrahendis”, etc. como interpolados. Para êle orginarmente as fontes estabeleciam em todos os casos correalidade não convencional, em virtude de identidade de causa da dívida. Existe, ainda, um caso de obrigação “in solidum”, admitido pelo próprio Eisele; é o de várias pessoas mandando, independentemente uma da outra, alguém fazer determinado empréstimo. Elas respondem, cada uma, pela totalidade do prejuízo.

D., 46, 1, “De fidejuss.”, 52, 3. — Papiniano — “Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, absolute quoque secuta non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta”.

Tradução: “Sendo vários os mandantes da mesma soma, se um fôr chamado a juízo os outros não se exoneram mesmo em caso de absolvição: mas, todos se exoneram pelo pagamento”.

Em todos êsses casos, pode-se reclamar, de cada obrigado, a reparação integral do prejuízo, pois, a culpa dos outros não deve diminuir sua responsabilidade. Mas, prestada a reparação por um, nada mais podemos exigir aos outros, pois o prejuízo só se repara uma vez:

II. Efeitos das obrigações “in solidum” — A própria idéia fundamental da obrigação “in solidum”, da solidariedade imperfeita ou da responsabilidade coletiva leva à seguinte conclusão: se o pagamento efetuado por um dos devedores exonera os outros, o mesmo não acontece com a “litis contestatio” feita com um dos devedores, e isto já antes de Justiniano. Ulpiano, por exemplo, D., 16, 3, “Dep.”,

1, 43 (texto citado, p. 236) diz: “Non enim electione, sed solutione liberantur”, “os devedores (“in solidum”) não se exoneram pela “l. c.” feita com um mas pelo pagamento”. Além disso, a novação e a acceptilação, quando feitas com um ou em favor dum dos devedores, não devem logicamente aproveitar aos outros. Neste sentido, Girardin invoca Ulpiano, D., 27, 3, “De tut.”, 15 (citado, p. 235), aplicando o mesmo principio contido nesse texto ao juramento e, inversamente, à interrupção da prescrição (O principio é o do efeito puramente pessoal dos atos mencionados).

Enfim, a responsabilidade “in solidum” é compatível com o beneficio de divisão, reconhecido talvez a todos os devedores, em todo caso, com certeza, aos depositários e tutores, responsáveis por culpa, mas não por dolo.

Textos: Depositários — D., 16, 3, “Dep.”, 22 — Marcelo — “Si duo heredes rem apud defunctum depositam interverterint, quodam utique casu in partes tenebuntur: nam si dividerint decem millia, quae apud defunctum deposita fuerant et quina millia abstulerint, et uterque solvendo est, in partes obstricti erunt: nec enim amplius actoris interest. Quod si lancem conflaverint, aut conflari ab aliquo passi fuerint, aliave quae species dolo eorum interversa fuerit, insolidum conveniri poterunt, ac si ipsi servandam suscepissent: nam certe verum est insolidum quemque dolo fecisse: et nisi pro solido res non potest restitui. Nec tamen absurde sentiet, qui hoc putaverit, plane nisi integrae rei restitutione eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse, condemmandum tamen, si res non restituetur, pro qua parte heres exstitit”

Tradução: “Se dois herdeiros furtarem uma coisa depositada com o defunto, responderão, em certos casos, cada um em parte: pois, se dividirem dez mil, importância depositada com o defunto, e furtarem cinco mil, sendo ambos capazes de pagar, cada um responderá por parte, pois, o autor não tem interesse maior. Mas, se fundirem um prato, ou o deixarem fundir por outrem, ou se qualquer outra coisa por seu dolo fôr subtraída, poderão ser chamados

a responder cada um pela totalidade da coisa, como se êles mesmos a houvessem recebido em depósito. Pois, é fora de dúvida haver, cada um, agido com dolo integral: e a coisa não pode ser restituída se não por inteiro. Todavia, não será absurdo pensar assim: embora, sem dúvida, não se exonere o réu senão pela restituição integral da coisa, deve ser condenado, em falta de restituição, de acôrdo com sua parte na herança”

Tutores: D., 27, 3, “De tut.”, 1, 11 — Ulpiano — “Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes solvendo sunt, aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fidejussorum” 12. Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt, dividitur actio. Sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri”.

Tradução — D., 27, 3, 1, 11 — “E por certo, se todos exerceram simultâneamente a tutela e são todos solventes, será da maior equidade dividir entre êles a ação em partes iguais, a exemplo dos fiadores”.

12. — “Mas, se nem todos forem solventes, a ação se divide entre os solventes: em tal caso, porém, cada um só responderá na medida de suas fôrças”

O devedor, pagando integralmente, pode recorrer contra seus codevedores, obtendo, do credor, cessão das ações dêste contra êles, também em caso de culpa e não no de dolo.

D., 27, 3, “De tut.”, 1, 13 — “Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre ejus utilem actionem tutori adversus contutorem dandam”

14. “Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit: quae res indignum eum fecit, ut a caeteris quid consequatur doli participibus: nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio justa damni ex maleficio est”.

Tradução: D., 27, 3, “De tut.”, 1, 13 — “E se por acaso, um dos tutores, condenado por fato do outro, ou por gestão comum, pagar, não se lhe transferindo as ações, foi constituído pelo imperador Pio e pelo nosso imperador e seu pai, caber ao tutor uma ação útil contra o co-tutor”.

D., h. t., 1, 14 — Mas, se o tutor, acionado em consequência de dolo praticado junto com outros tutores, pagar, nem terá direito de exigir a transferência das ações, nem de obter uma ação útil: a gestão desonesta, tornou-o indigno de obter qualquer coisa dos outros, participantes do dolo. Pois, nenhuma sociedade de crimes é admitida, assim como não se admite qualquer comunicação justa do dano oriundo de crime”.

Lei determinadora do fôro competente para o inventário e partilha dos bens imóveis deixados no Brasil por estrangeiro falecido no exterior

Antônio Chaves

Livre Docente de Direito Internacional Privado e de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Os dispositivos da lei pátria determinadores do fôro competente para o processamento de inventário podem dar origem a um curioso conflito não apenas de leis no espaço e no tempo, mas também, pelo menos aparentemente, nos seus diferentes graus hierárquicos, e até entre normas do mesmo diploma legal.

É o que ocorre com relação ao art. 10, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e ao art. 165 da Constituição Federal entre si e postos em confronto com o art. 12, § 1.º da mesma Lei de Introdução e com o art. 135, § 1.º do Código de Processo Civil, dando margem a dúvidas e controvérsias que, através dos pronunciamentos da jurisprudência, revelam um ponto de atrito que merece estudo.

Imigrantes idosos, depois de terem amealhado aqui sua fortuna, fazem freqüentemente uma viagem aos pagos nativos, para reverem paragens da sua infância ou mocidade, ou pessoas que julgam aí permaneçam.

Uns têm intenção de voltar logo e lá se vão deixando ficar anos a fio, muitas vêzes contra a sua vontade, retidos pelo cansaço, pela desilusão, pela necessidade de se submeterem a cuidados ou operações médicas; outros se ins-

talam em caráter definitivo, adquirem casa, fixam residência, para depois perceberem que não mais se acomodam ao antigo ambiente, deixando-se vencer pela vontade de regressar; nem faltam os que, combatidos por sentimentos opostos, não saibam sequer se querem ficar ou voltar.

Na hipótese de virem a falecer, deixando bens imóveis no Brasil, qual a lei que deverá determinar o fôro competente para o inventário e a partilha?

Afirma-se que a matéria será regulada pela lei do domicílio.

Mas, além da dificuldade de fixá-lo em muitos casos, cumpre verificar se é essa, realmente, a vontade do legislador.

Lembremos, num rápido retrospecto, ter vigorado o princípio de que a sucessão legítima ou testamentária se regia pela lei nacional do falecido: apenas na hipótese de ser êste casado com brasileira, ou ter deixado filhos brasileiros, determinava o art. 14 da antiga Lei de Introdução que ficariam sujeitos à lei brasileira.

Transcrevendo o dispositivo, aditou a Constituição Federal de 1934, no art. 134, reproduzido na de 1937, a ressalva de lhes ser mais favorável o estatuto do “de cujus”.

Passando a adotar o sistema do domicílio, o art. 10 da nova Lei de Introdução dispôs que a sucessão por morte ou por ausência passaria a obedecer à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

Registra o § único exceção apenas relativa à vocação para suceder em bens de estrangeiros situados no Brasil, a ser regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que lhes seja mais favorável a lei do domicílio.

Modificação ligeira, mas fundamental do art. 165 da Constituição de 1946 substituiu a referência à lei do domicílio do “de cujus” pela da sua lei nacional, reiterando, como observa OSCAR TENÓRIO, o princípio da lei nacional do “de cujus”, sem querer apegar-se ao princípio da lei domiciliar.

A importância e a complexidade da matéria de um lado, e, de outro, a substituição dos princípios norteadores da lei nacional pela do domicílio, e novamente pela lei nacional com os conseqüentes reajustamentos ainda não definitivamente assentados, levantam incertezas que não podem ser dirimidas sem levar em conta a ponderação de AMÍLCAR DE CASTRO: o art. 14 da antiga Lei de Introdução e os arts. 134 e 152 respectivamente das Constituições de 1934 e 1937 visavam a sucessão aberta no Brasil, ao passo que o art. 10 § 1.º da nova Lei de Introdução começou a focalizar a sucessão aberta no estrangeiro, inventário e partilha feitos no estrangeiro, por ser lá domiciliado o *de cujus*: fôsse êle domiciliado no Brasil e aqui se houvesse de fazer o inventário e partilha do espólio, a disposição seria inútil, uma vez que só a lei brasileira seria mesmo aplicável, a título de Lei do domicílio do finado.

Redigido como foi, acrescenta, o art. 165 da Constituição de 1946, derogando o art. 10 § 1.º da nova Lei de Introdução não se refere apenas a inventário e partilha feitos em jurisdição estrangeira, pois se pode haver lei nacional do *de cujus* mais favorável do que a brasileira ao cônjuge e filhos brasileiros, não há razão para que se limite o benefício à hipótese de ser a sucessão aberta no estrangeiro, e sim também deve ser concedido quando a sucessão seja aberta no Brasil.

As hesitações decorrem da dificuldade de extremar o conceito do domicílio do da morada.

“A morada transitória da pessoa natural em outro lugar” — decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, “Diário da Justiça” de 27.3.1948, pág. 1046 — “não altera o fôro domiciliar, que é o do lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo.”

O fato de ter o falecido terminado seus dias em Portugal, na Itália, na Espanha, após ter aí permanecido alguns anos, não é, na verdade, prova bastante de transferência de domicílio com ânimo definitivo.

Nem a essa conclusão é possível chegar-se por ter êle, antes de partir, liquidado seus negócios. Trata-se de cau-

tela elementar e corrente, por parte de quem se disponha a uma viagem prolongada.

Sôbre essas circunstâncias de caráter secundário prevalece a de ter deixado aqui o seu patrimônio, o tûmulo de seus entes queridos, parentes, círculo de amizades, interesses de tôda sorte.

Ressaltando a circunstância de que basta a pessoa morrer em viagem de recreio ou de guerra em país estrangeiro para que a partilha se faça em condições imprevistas, bem diferentes das que eram esperadas pelo defunto e pelos herdeiros, obtempera o catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais que a doutrina que recomenda o lugar onde haja falecido o *de cujus* e mantém a unidade de sucessão, constitui verdadeira loteria.

Não têm, apesar disso, faltado julgados no sentido de que o inventário e partilha dos bens devam ser processados no último domicílio do *de cujus*, embora seja no estrangeiro e os bens estejam situados no Brasil, procedendo-se aqui apenas à avaliação para fins fiscais.

Enumerando outros arestos análogos, critica-os o prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, encarecendo que, nos termos do art. 135, § 1.º do Código de Processo Civil, se o óbito tiver ocorrido no estrangeiro, tornar-se-á competente o fôro do último domicílio do *de cujus* no Brasil.

E assenta a questão na sua verdadeira base ao encarar que o fato de haver o *de cujus* falecido em outro país, onde era domiciliado, não impede a abertura de seu inventário no Brasil, nos precisos termos da mencionada lei adjetiva, cumprindo apenas ao juiz abster-se de partilhar bens situados no estrangeiro.

A norma do art. 10 “caput” da nova Lei de Introdução ao Código Civil procura, como é sabido, tornar efetiva a teoria unitária de SAVIGNY, que tantas dificuldades tem encontrado em sua aplicação prática.

1. *Revista dos Tribunaes*, 186/270, 193/381.

2. *Revista dos Tribunaes*, 191/761, 184/255, 176/369.

O alevantado propósito teórico do nosso legislador resultou numa proposição tènicamente errônea e praticamente contraproducente.

Tènicamente errônea porque não podíamos, no âmbito internacional, impor diretrizes a país estrangeiro.

Sentiu-o AMÍLCAR DE CASTRO ao ponderar, criticando o art. 165 da Constituição, que pela jurisdição estrangeira será observado o direito internacional privado estrangeiro, e êste pode não manter como circunstância de conexão para a vocação hereditária a nacionalidade do “de cujus”, sim o domicilio, ou mesmo o lugar de situação dos bens.

Claro que ao legislador pátrio incumbe apenas ditar normas aos que estejam sujeitos às suas determinações, nunca invadir a seara do legislador estrangeiro.

Êste, ou emanou disposição análoga, e a nossa não pasará de um truismo, — ou terá traçado orientação diferente, e, no estrangeiro, a determinação da lei pátria será letra morta.

Se o seu objetivo era evitar os efeitos da devolução, deveria limitar-se a declarar não aceitar a remissão por parte do legislador estrangeiro à nossa própria lei.

Praticamente contraproducente porque contraria não sòmente outro preceito da Lei de Introdução (art. 12, § 1.º), como o espírito da legislação pátria, inspirada em cunho acentuadamente nacionalista, manifestando um zêlo e um cuidado que não se cinge apenas ao cônjuge brasileiro e aos filhos do casal.

Êsse é apenas uma das manifestações de uma política legislativa que em centenas de atos e decretos, desde os tempos mais remotos da nossa nacionalidade, acompanhando o secular desenrolar-se de episódios históricos, procura, de um lado, incorporar à comunidade os elementos alienígenas úteis, predendo-os por laços de afinidades morais e espirituais, e, de outro lado, preservar a nossa estrutura política e evitar a perigosa dispersão dos recursos patri-moniais de maior valia.

É a preocupação constante, inexaurível, que se revela em mil e uma manifestações diferentes, de salvaguardar a segurança nacional, vedando aos estrangeiros o acesso aos cargos políticos e públicos; de ditar normas regulamentadoras das atividades e a participação nos capitais da imprensa, do rádio, do cinema, da televisão; de proteger as faixas de fronteira, os terrenos de marinha e marginais dos rios navegáveis contra a excessiva influência dos alienígenas, de evitar assessoramentos nas atividades econômicas, pela nacionalização do comércio da navegação aérea e marítima, dos estabelecimentos bancários, das operações de seguros privados e das sociedades de capitalização; de garantir os recursos naturais, através nacionalização de minas, jazidas, quedas de água, materiais estratégicos, etc.

A tudo isso contrasta o art. 10 “caput” da Lei de Introdução quando manda se obedeça à lei do país em que era domiciliado o defunto para regulamentar sua sucessão mesmo que seus bens imóveis estejam situados no Brasil.

E a quem veríamos aquinhoados por tão extraordinário favor? Súditos, muitas vezes, de países que não nos concedem a menor reciprocidade, que ciumentamente detêm os bens imóveis, evitando caíam em mãos de estrangeiros.

O dispositivo inspira-se no art. 8.º do título preliminar do antigo Código Civil italiano, que tantas recriminações tem levantado, a ponto de GABBA sustentar sua inaplicabilidade, afirmando que ao lado e acima da interpretação literal encontra-se a interpretação lógica, à qual, em caso concreto, é preciso ater-se de preferência, repugnando àquela, no direito internacional, a princípios jurídicos indiscutíveis tanto na ordem teórica como na ordem prática, primeiro entre estes a independência dos Estados.

Abona o ponto de vista PROSPERO FEDOZZI, para quem a norma deve ser considerada um *lapsus mentis* do legislador italiano “e considerarsi come non scritta, essendo in pari tempo inammissibile in teoria e impossibile nella pratica”.

O princípio foi abandonado pelo novo *Codice Civile*, que, coerente com a sua orientação, preferiu à regulamentação de acôrdo com a lei da situação dos bens, o da nacionalidade do *de cuius* por ocasião da sua morte, onde quer que se encontrem os bens³.

Se repulsa tão categórica mereceu o dispositivo em país de emigração, como a Itália, cuja política legislativa procura prender seus súditos pelo “jus sanguinis”, como poderíamos acolhê-lo nós, que temos interesses opostos, orientados por princípio antagônico, com tendência, mentalidade e necessidades díspares? Como admitir o sumário cancelamento de todo êsse esforço consubstanciado em minudentes, exaustivas, terminantes manifestações legislativas, e obedecer a lei estrangeira em casos que se opõem tão flagrantemente aos princípios básicos da nossa estrutura jurídica?

Por amor a princípios teóricos não é possível sacrificar interesses bem mais imediatos!

Não se pode deixar de reconhecer que, para o caso específico do Brasil, os conceitos de GABBA se afinam com a nossa realidade social: o art. 10, “caput” da Lei de Introdução precisa permanecer ilhado: como o peninsular, também o nosso legislador trasladou para o âmbito rigoroso de uma afirmação legislativa um daqueles cânones gerais de direito internacional privado que nem sequer têm o mérito de estar suficientemente sedimentado através das indispensáveis convenções internacionais sôbre as quais possa repousar sua eficácia.

Encarece AMÍLCAR DE CASTRO (e a crítica também se aplica ao dispositivo citado do Código Civil italiano) que é justamente na hipótese de se abrir a sucessão no estrangeiro que mais incompreensível se torna o art. 165 da Constituição, que qualifica de infeliz, merecedor das mesmas censuras feitas ao art. 14 da antiga Introdução.

Evidentemente, pela jurisdição estrangeira será observado o direito internacional privado estrangeiro, e êste pode

3. Art. 23 disp. prel.

não manter como circunstância de conexão para a vocação hereditária a nacionalidade do *de cujus* sim o domicílio, ou mesmo o lugar de situação dos bens.

“A quê virá, pois, aquela referência à lei nacional? E, se aberta a sucessão no estrangeiro, fôr aplicada, não a lei nacional do *de cujus*, mas a lei de seu domicílio, e esta fôr mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros do que a lei nacional do *de cujus*?”

Se o art. 165 da Constituição só se applicasse a sucessões abertas no estrangeiro, — remata —, seria preferível que sua referência fôsse a “lei reguladora da sucessão”, em lugar de o ser a “lei nacional do *de cujus*”.

HAROLDO VALADÃO, em seu minucioso e erudito estudo sôbre “A Unidade ou Pluralidade da Sucessão e do Inventário e Partilha, no Direito Internacional Privado”⁴, salienta que um dos maiores obstáculos à concretização da norma da universalidade da sucessão nas relações internacionais, é o que decorre do princípio geralmente aceito, de que a competência judiciária para decidir sôbre bens, particularmente imóveis, é privativa dos tribunais do Estado da respectiva situação.

Cita a lição de ALBERTO DOS REIS: “o bom senso aconselha que os tribunais de cada país, em caso de conflito, se limitem a inventariar e partilhar os bens deixados no território nacional.”

Uma coisa é, pois, o princípio, outra sua atuação prática.

Adverte que se nos outros países onde se acham situados os bens da herança, não se adota o nosso critério domiciliar unitarista e universalista, mas se observam outros preceitos de direito internacional privado sucessório, a regra geral brasileira falha novamente e será forçada a excepcionar em favor de alguns daquêles preceitos da “*lex*

4. *Revista dos Tribunais*, vol. 204, págs. 3 e segs.

rei sitae”, da lei da nacionalidade, da *lex fori* (ordem pública) do próprio domicílio no estrangeiro se conceituado diferentemente da definição brasileira, etc..

“Então o verdadeiro critério é também aqui proceder qual nos outros casos, constitucional e legais, em que não se pode aplicar aquela regra geral, isto é, proceder a inventário autônomo no Brasil e para os bens daqui, se no lugar da situação dos outros bens fôr diversa, o que será a hipótese corrente, a regra de direito internacional privado.”

FEDOZZI, não justificando embora o art. 8.º do antigo “Título Preliminare”, opunha-se aos conceitos de GABBA, demonstrando, em página memorável, que ao juiz não é lícito, a qualquer pretexto, deixar de aplicar a lei expressa.

A situação, entre nós, é porém diferente: não violaremos a lei deixando de aplicar a sua norma, pois socorrem-nos outros dispositivos, que se harmonizam perfeitamente com a orientação certa.

Pelo art. 12, § 1.º da Lei de Introdução só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

Ai está proclamada a competência privativa e exclusiva dos tribunais brasileiros para as ações relativas a imóveis situados no Brasil, pois a lei não se restringiu às ações reais sôbre imóveis, abrangendo, portanto, quaisquer litígios, quaisquer controvérsias, as ações mistas, as divisórias, os inventários e partilhas de bens imóveis situados no território nacional⁵.

E pelo art. 135, § 1.º do Código de Processo Civil, se o óbito houver ocorrido no estrangeiro, será competente para o inventário, a partilha e tódas as ações relativas à herança, o fôro do último domicílio do “de cujus” no Brasil.

5. FILADELFO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, I, pág. 151.

Aí está reconhecido que mesmo que o falecimento ocorra além fronteira, aqui deverá ser feito o inventário e dada a partilha.

Os comentaristas ao Código de Processo Civil não estabelecem qualquer ressalva ou reserva no que diz respeito a uma possível influência do art. 10 "caput" da Lei de Introdução sôbre a norma processual.

Para DE PLÁCIDO E SILVA a regra prevalece, mesmo que o falecido tenha mudado residência para o estrangeiro, porquanto a disposição do art. 135 § 1.º do Código de Processo Civil não abre exceções.

Menos axiomático não é J. M. DE CARVALHO SANTOS: "Em qualquer hipótese, prevalece a regra geral. Competente para o inventário e partilha é o juízo do último domicílio do *de cuius* no Brasil."

A jurisprudência pátria não se firmou ainda em caráter definitivo, e se existem manifestações como as inicialmente citadas, outras há, em sentido contrário.

HAROLDO VALADÃO, no trabalho mencionado, faz ligeira referência ao caso Paulo Dorsa. Localizamos o ven. acórdão do E. Supremo Tribunal Federal, que é de 15.10.1947, conflito de jurisdição n.º 1.685.⁶

Nele salienta o relator, Ministro LAFAYETTE DE ANDRADE, acompanhado à unanimidade, que o morto sempre havia residido em Cuiabá, onde mantinha negócios, fazendo parte de uma firma comercial cujas atividades cessaram em 1924.

Dessa cidade havia partido com destino a Nápoles, em 1926, não mais regressando ao Brasil, deixando no Estado de Mato Grosso bens imóveis, além de haveres da antiga firma comercial.

"Todos êsses fatos deixam ver claro a competência daquele Juízo (de Cuiabá), o que aliás está conforme ao preceito legal: se o falecimento tiver ocorrido no estrangeiro, será competente o

6. *Diário de Justiça da União* de 25-6-1949, pg. 1533.

fôro do último domicílio do *de cujus* ou sendo incerto êsse domicílio, o fôro da situação do imóvel.”

Outro caso de conflito de jurisdição, também procedente de Cuiabá, é o n. 1 716, relativo a José Orlando, que estabeleceu seu domicílio naquela cidade, para onde emigrara ainda jovem, constituindo família e formando valioso patrimônio.

Falecendo porém na Itália, de onde era originário, mais uma vez aplicou o Pretório Excelso o art. 135, § 1.º do Código de Processo Civil para a determinação do juízo competente⁷

Inscreeve-se dentro dêsses rigorosos princípios ven. acórdão unânime da C. Quarta Câmara do E. Tribunal de Justiça do Estado, reconhecendo que o fato de ter o *de cujus* falecido em Portugal, onde se diz que era domiciliado, ainda que efetivamente se verificasse esta última circunstância, não constituiria óbice ao processamento do inventário no Brasil, nos precisos têrmos do art. 135, § 1.º do Código de Processo Civil.

O inventário dos bens aqui deixados, sôbre não prejudicar direitos de quaisquer interessados, nenhuma moessa faria às disposições legais atinentes à espécie.

Teremos então prevaecimento de norma processual sôbre a da Lei de Introdução e sôbre o próprio preceito constitucional?

De modo algum. O dispositivo da Carta Magna apenas remete à lei brasileira que regule a vocação para suceder em bens de estrangeiros situados no Brasil, que fôr mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros do que a lei nacional do *de cujus*, ressaltando pois, a aplicabilidade desta lei na hipótese contrária.

7. Ven. acórdão de 23.6.1948, *Diário da Justiça* de 10.1.1950, pág. 175.

8. *Rev. dos Tribunais* 186/845.

O choque ocorreria entre a norma de Direito Internacional Privado e a de processo.

Mas uma vez que o contraste se nota entre os dois aludidos dispositivos da Lei de Introdução, o bom senso que orienta o Código de Processo Civil prevalecerá não como uma imposição da norma dêste, e sim como consequência, pelo menos quanto aos bens imóveis, do predomínio que sôbre o art. 10, 1.º não pode deixar de exercer o art. 12, § 1.º, que melhor se harmoniza com a legislação pátria e que é o único princípio que poderá ser observado enquanto a matéria não fôr regulamentada convenientemente por meio de convenções internacionais.

La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil

Vicente Marotta Rangel

Docente Livre de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

I

1. Pays très étendu, d'une superficie supérieure à 8.500.000 kms² (huit millions cinq cent mille kilomètres carrés), le Brésil comprend une population d'environ 65 millions d'habitants. On y trouve des zones de climat soit équatorial soit tropical et même subtropical; les régions géo-économiques se multiplient; la production est hétérogène; les populations diffèrent; la densité démographique oscille beaucoup d'une province à l'autre; les coutumes ne sont pas les mêmes car elles pourraient difficilement se maintenir eu égard à l'extension du territoire. D'autre part, la forme longitudinale du territoire détermine, par elle-même, l'autonomie des grandes divisions.

De l'Indépendance à la proclamation de la République, c'est-à-dire, pendant la période où l'on a adopté un gouvernement monarchique (1822-1889), le Brésil s'est maintenu unitaire. L'abdication de Don Pedro II a coïncidé avec l'institution d'une structure fédérative maintenue d'ailleurs par toutes les Constitutions républicaines (1891, 1934, 1937 et 1946). En raison des facteurs déjà mentionnés, cette

structure répond mieux aux exigences politiques, économiques et sociales du pays.

Le Brésil est donc un Etat fédéral. L'Union comprend, outre le District Fédéral, 5 Territoires et 21 Etats-Membres. A l'exception du Territoire de Fernando Noronha, les Territoires sont représentés à la Chambre des Députés, un des organes du Parlement National. Les Etats, au contraire, sont représentés tant à la Chambre qu'au Sénat. Ils possèdent les attributs d'unité fédérée. Ils sont autonomes. Chaque Etat a sa propre constitution et élit son Gouverneur et son Parlement.

2. Comme le prescrit la Constitution Fédérale (du 18 septembre 1946), le Brésil maintient, sous le régime représentatif, la Fédération et la République. Tout pouvoir émane du peuple et en son nom sera exercé (art. 1er). Le suffrage est universel, direct et obligatoire.

Indépendants et en harmonie, le Pouvoir Exécutif, le Législatif et le Judiciaire sont les Pouvoirs de l'Union. Aucun d'eux n'a le droit de déléguer ses attributions.

Le Président de la République détient le Pouvoir Exécutif. Il doit être âgé de 35 ans au moins. Il est élu par suffrage populaire pour un mandat de 5 ans, et non rééligible pour la période consécutive.

Le Pouvoir Législatif est confié au Sénat et à la Chambre des Députés. Chaque Etat est représenté par trois sénateurs, élus pour huit ans. La Chambre des Députés est formée par 304 membres, élus pour quatre ans proportionnellement au nombre d'habitants des Etats et des Territoires.

Le Pouvoir Judiciaire est exercé par le Suprême Tribunal Fédéral (11 membres nommés à vie par le Président de la République avec l'approbation du Sénat), par le Tribunal Fédéral de Recours (9 magistrats nommés de la même manière), par des juges et des tribunaux militaires, des juges électoraux et des juges compétents en matière de droit de travail.

3. Il appartient exclusivement à l'Union de maintenir des relations avec des Etats étrangers et de conclure avec eux des traités et des conventions. Cette disposition — consacrée par l'art. 5, n. I, de la Constitution Fédérale — est traditionnelle dans le droit public brésilien.

4. Dans le cadre de l'Union, le maintien des rapports avec des Etats étrangers est à la charge du Président de la République, qui, dans le régime présidentiel (en vigueur au Brésil), est à la fois chef d'Etat et chef du Pouvoir Exécutif. Cette compétence est exclusive. Ainsi l'ont uniformément établi les Constitutions républicaines. Pendant la période monarchique, ces pouvoirs appartenaient à l'Empereur, spécialement celui de nommer des ambassadeurs et de diriger des négociations politiques avec l'étranger.

C'est par l'intermédiaire du Ministère des Affaires Etrangères que le Pouvoir Exécutif maintient des contacts et des échanges avec d'autres Etats; c'est encore par son intermédiaire qu'on négocie des traités internationaux.

5. Cependant, lorsqu'on dépasse la simple phase du maintien des relations internationales ou de la négociation des traités et que l'on fait appel à une affirmation plus profonde de la volonté de l'Etat, alors la compétence du Pouvoir Exécutif n'est plus exclusive. La déclaration de guerre et le rétablissement de la paix ne peuvent se passer de l'autorisation du Congrès National. D'autre part, la conclusion des traités et conventions internationaux requiert le referendum du Pouvoir Législatif.

Dans notre pays, la formation des traités, après la phase préliminaire de la négociation, s'apparente à celle des lois. Elle exige outre l'approbation du Congrès, la promulgation et la publication, celle-ci soumise aux normes générales pour la mise en vigueur.

II

6. Le principe de la compétence du Parlement dans la procédure de ratification des traités est traditionnel dans les Constitutions républicaines. La Constitution Impériale de 1824 ne le reconnaissait pas. Seuls devaient être soumis au préalable à l'approbation du Pouvoir Législatif (Chambre des Députés et Sénat) les traités conclus en temps de paix qui réglèrent la cession ou l'échange des territoires de l'Empire, ou des possessions sur lesquelles l'Empire aurait des droits. Les autres traités n'étaient portés à la connaissance des organes parlementaires qu'après avoir été conclus par l'Empereur, et même ainsi, seulement quand l'intérêt et la sûreté de l'Etat le permettaient. La Constitution Républicaine de 1891 a apporté sur ce point un changement radical. Elle disposa, d'une manière semblable d'ailleurs aux Constitutions postérieures, qu'il serait de la compétence majeure du Congrès National de "résoudre en définitive sur les traités et conventions avec les nations étrangères" (art. 34, n. 12).

Dans un commentaire de cette disposition, devenu classique, João Barbalho expliquait (Constituição Federal Brasileira, Comentários, 1902, pg. 110) que, les traités étant un échange de concessions et établissant une réciprocité d'obligations, il n'était pas du ressort du Pouvoir Exécutif d'engager *motu proprio* la responsabilité de la nation, de lui provoquer des engagements et de lui attirer des charges, même au prix de certains avantages. "Pour cela la ratification des accords, des conventions et des traités passés par le Président de la République, fut réservée au Congrès National. Ce correctif entraîna une garantie contre des abus possibles, contre la mauvaise compréhension et le mépris des plus hauts intérêts nationaux". Et, cherchant à mettre en relief la solution brésilienne en face de la nord-américaine, il estimait que, si l'approbation de l'accord international par le seul Sénat était plus pratique et accélérerait l'acte d'approbation, il était pourtant indubi-

table que le processus adopté par la Constitution brésilienne (approbation tant par le Sénat que par la Chambre) obéissait plus complètement au principe représentatif démocratique: “et en faisant passer l'affaire par plus d'un creuset, on vise à l'épurer davantage” (“e fazendo o negócio passar por mais de um cadinho, visa apura-lo melhor”).

Aux termes de la Constitution Fédérale de 1934, le Pouvoir Législatif avait, de la même façon, le droit exclusif de “décider en définitive sur les traités et les conventions conclus avec les nations étrangères, signés par le Président de la République, y compris ceux concernant la paix” (art. 40 a); d'après cette même Constitution (art. 56, n. 6), et d'une manière cohérente, il appartenait personnellement au Président de la République de “signer des conventions et des traités internationaux *ad referendum* du Pouvoir Législatif”.

L'actuelle Constitution, du 18 septembre 1946 (art. 66, n. I), établit, de manière analogue, qu'il appartient au Congrès National de décider en définitive sur les traités et conventions passés avec les Etats étrangers par le Président de la République; et aussi, d'une manière cohérente, elle prescrit, dans l'art. 87, n. VII, que le Président de la République seul a le droit de “passer des traités et des conventions internationales *ad referendum* du Congrès National”.

Ainsi, conformément à l'actuelle Constitution (et selon d'ailleurs les Constitutions républicaines antérieures), la conclusion des conventions internationales n'a lieu qu'après avoir reçu, en vue de la ratification, l'autorisation du Parlement, c'est-à-dire, des deux Chambres qui le composent: Sénat et Chambre des Députés. Comme le signale M. Themistocles Brandão Cavalcanti, “les traités et les conventions internationaux sont conclus par le Pouvoir Exécutif, par l'intermédiaire de ses délégués, ambassadeurs et organes propres, mais leur validité dépend surtout de l'approbation du Congrès qui décide en définitive à leur égard”. (A Constituição Federal Comentada, II, pg. 129).

7. Néanmoins, une question se pose: n'y a-t-il pas d'accords qui se passent de cette approbation, d'accords réputés exclusivement du ressort du Pouvoir Exécutif? La réponse n'est pas unanime. Ce sujet donne encore lieu à des controverses, motivées d'ailleurs par une certaine im-
précision du texte de la Constitution, qui, il faut le reconnaître, n'a pas suivi la meilleure technique.

La Constitution se réfère aux "traités et conventions" Qu'a-t-elle voulu dire par ces termes? Signalent-ils deux espèces d'accords pour assurer que tous les accords internationaux ne peuvent se passer de l'approbation parlementaire? Ou alors désignent-ils une certaine catégorie d'accords, des *traités* ou *treaties*, pour témoigner l'existence d'une autre catégorie, non mentionnée explicitement dans la Constitution, qui serait celle des accords em forme simplifiée, pour laquelle l'approbation parlementaire ne serait plus requise?

La Constitution permet la formation de doutes qui ont favorisé des arguments propres aux deux courants d'opinions. C'est que, d'après l'expression d'une partie de la doctrine, l'approbation parlementaire est requise pour tous les accords internationaux; d'après l'expression de l'autre partie, cette approbation ne l'est pas pour tous les accords.

III

8. Au premier courant se rattache la tradition des commentateurs des Constitutions républicaines. C'est le cas de Barbalho, déjà cité.

C'est aussi le point de vue de M. Pontes de Miranda. "Le Brésil — écrit-il — ne s'engage que par la ratification; c'est le Congrès National qui rend définitif tout traité, convention ou acte unilatéral du droit des gens (art. 66, n. I). Le Président de la République les signe sous cette condition inéluctable" (Comentários à Constituição de 1946, 2.^a ed., vol. II, 1953, pg. 404).

9. La pensée de Clovis Bevilacqua, internationaliste réputé, ne diffère pas. D'après lui, aucune convention ne peut au Brésil être exécutée "sans l'approbation du Congrès". Tous les accords internationaux sont conclus par le Pouvoir Exécutif *ad referendum* du Congrès (Direito Público Internacional, 2.^a ed., 1939, pg. 21).

10. "According to the terms of the Brazilian Constitution, — écrit plus récemment M. José Sette Camara — the Congress has the last word as to whether the country will or will not be engaged in an international compact" (The Ratification of International Treaties, The Ontario Publishing Company Limited, Toronto, 1949).

11. C'est aussi ce que Braz de Sousa Arruda, Luis Antonio da Gama e Silva et Nicolau Nazo enseignent actuellement dans leurs cours universitaires.

12. De la même façon que Lafayette Rodrigues Pereira, M. Haroldo Valladão, après un examen minutieux du sujet, reconnaît (Aprovação de Atos Internacionais pelo Congresso Nacional, Parecer, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n. 11-12, pgs. 95-108) que la règle, d'après le droit brésilien, est celle de la nécessité de l'approbation par le Congrès des accords internationaux, à une seule exception: "celle qui concerne les pactes négociés par des chefs militaires dans les limites de leurs attributions".

13. M. João Hermes Pereira de Araujo signale que la Constitution de 1946, comme celle de 1934, établit qu'il appartient en propre au Président de la République de passer des "conventions et des traités internationaux, *ad referendum* du Pouvoir Législatif". La Constitution de 1891 disait (art. 48) qu'il était de la compétence du Président de régler "des accords, des conventions et des traités, toujours *ad referendum* du Congrès". Les Constitutions postérieures omirent les termes "toujours" et "accords". Pour cette raison et aussi par l'exigence d'une règle consuetudinaire, il semble à cet auteur que constitueraient une ex-

ception à la règle de la nécessité de l'approbation parlementaire "les actes internationaux dont la matière est du ressort du Pouvoir Exécutif" (A Processualística dos Atos Internacionais, Rio de Janeiro, 1958, pgs. 172-173).

14. M. Levi Carneiro étend ces exceptions aux accords suivants: a) accords dont la matière est de la compétence exclusive du Pouvoir Exécutif, et qui ne soient pas d'une importance capitale; b) accords sur des sujets d'importance secondaire, en vue de l'exécution, de l'application ou de l'élucidation d'un doute; c) ceux de *modus vivendi*, visant seulement à maintenir un état de fait ou établissant les bases de négociations futures; d) ceux de prorogation ou de modification d'un accord exécutif conclus par échange de notes, encore en vigueur; e) ceux qui promettent la réciprocité en cas d'extradition (Acordos por Troca de Notas e Aprovação pelo Congresso Nacional, Pareçer, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n. 13-14, 1951, pgs. 129-142).

15. D'autre part, M. Hildebrando Accioly fait remarquer que les hypothèses d'accords internationaux qui peuvent se passer de l'approbation parlementaire sont diverses, a savoir: a) accords sur des sujets de la compétence exclusive du Pouvoir Exécutif; b) ceux conclus par des intermédiaires ou des fonctionnaires compétents en matière d'intérêt local ou d'importance restreinte; c) ceux qui consistent simplement l'interprétation des clauses d'un traité déjà en vigueur; d) ceux qui découlent, d'une façon logique et nécessaire, de quelque traité déjà en vigueur et en sont comme le complément; e) ceux de *modus vivendi*, lorsqu'on a seulement en vue de maintenir un état de fait ou d'établir de simples bases en vue de négociations futures.

M. Accioly dit que fréquemment s'ajoutent à ces cas d'autres comme, par exemple, ceux qui concernent la prorogation des traités avant leur expiration, les déclarations dites d'extradition, c'est-à-dire les promesses de réciprocité en matière d'extradition, faites par simple échange de notes (A Ratificação e a Promulgação dos Tratados em face da

Constituição Federal Brasileira, Boletim, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n. 7, 1948, pg. 8).

Le même auteur affirme qu'au Brésil "depuis de nombreuses années la coutume — quoiqu'on la prétende établie *extra legem* — est de ne pas exiger l'approbation du Congrès National pour certains actes internationaux" (Hildebrando Accioly, Ainda o Problema da Ratificação dos Tratados em face da Constituição Federal Brasileira, Boletim, n. 13-14, 1951, pg. 33).

16. L'opinion de M. Geraldo Eulalio de Nascimento e Silva confirme les cinq hypothèses de dispense d'approbation parlementaire, indiquées par Accioly. Comme exemple de la seconde de ces hypothèses, il rappelle les accords que règlent les commandants militaires ou de la marine, en temps de guerre et en cas d'urgence. (Cf. A Referenda feita pelo Congresso Nacional de Tratados Internacionais, in "Direito", vol. XLVI, 1947, pgs. 41-46).

IV

17 D'après ce que l'on a vu sur la nécessité de l'assentiment parlementaire à tout accord international, la doctrine est incertaine et instable.

La controverse attend toujours l'occasion d'être appréciée et réglée une fois pour toutes par le Pouvoir Judiciaire.

18. Tant que la solution judiciaire n'intervient pas et que la doctrine se révèle de plus en plus imprécise, la pratique tend à favoriser l'adoption d'accords exécutifs. Et elle le fait — d'après ou contre les termes de la Constitution — depuis le régime de la Grande Charte de 1891.

A ce propos, M. Braz de Sousa Arruda témoigne, dans son cours (Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, 1960, pg. 165), il y a de divers accords mis en vigueur dont le Législatif n'a pas pris connaissance.

19. M. Hildebrando Accioly donne comme exemple les actes bilatéraux suivants signés par le Brésil: ceux du 10 et du 20 juillet 1899 avec l'Allemagne; celui du 9 août 1895 avec l'Argentine; ceux du 4 juin et du 24 septembre 1891 avec l'Autriche-Hongrie; ceux du 4 et du 9 juillet 1899 avec la Belgique; ceux du 10 mai 1895 et du 30 octobre 1899 avec la Bolivie; celui du 10 janvier 1896 avec le Chili. Il en ajoute d'autres plus récents, conclus sous le régime des Constitutions de 1934 et de 1946, respectivement: accords commerciaux bilatéraux de 1936 conclus avec l'Allemagne, l'Autriche, le Chili, la Colombie, Cuba, Danemark, Equateur, Mexique, Norvège, Pérou, Roumanie, Suisse, Tchécoslovaquie; accords bilatéraux sur l'instruction militaire, signés soit avec les États-Unis soit avec la France en 1936; accords sur le riz, conclus le 23 décembre 1946, avec les États-Unis et avec la Grande-Bretagne; accords bilatéraux sur les tissus de coton passés en 1946 et en 1947 avec l'Uruguay, le Chili, la Bolivie, le Paraguay; accord du 26 novembre 1948, avec les États-Unis en vue de l'étude et de la jouissance des ressources minérales du Brésil; accords sur les valises diplomatiques, conclus en 1951 et en 1952, avec la Colombie, le Costa-Rica et le Honduras; accord du 15 octobre 1951, avec le Portugal, en vue de la suppression de visas aux passeports; arrangements commerciaux avec l'Islande, l'Espagne, l'Italie et la Grèce, passés en 1952; accord administratif sur les paiements avec l'Islande, l'Espagne, l'Italie, la Grèce, conclus en 1952; accord administratif sur les paiements avec le Japon, conclu le 12 septembre 1952, etc. etc. (Ainda o Problema da Ratificação dos Tratados em Face da Constituição Federal Brasileira, op. cit., pgs. 22-28).

20. À une solution judiciaire serait préférable celle qui proviendrait du législateur.

Les incertitudes nées de l'imprécision du texte constitutionnel sont de sérieuses atteintes à la sécurité, au dynamisme et à la rigueur avec lesquels les organes gouverne-

mentaux doivent agir dans le cadre complexe et très important des rapports internationaux.

Jusqu'à ce que le législateur intervienne efficacement, il n'y aura d'autre solution — suggère M. Themistocles Brandão Cavalcanti — que de soumettre tous les actes internationaux au Congrès en vue de la ratification. "Il serait sans doute dangereux en vertu des seuls principes doctrinaires d'accorder au Président de la République un pouvoir de discrimination des actes internationaux" (A Constituição Federal Comentada, vol. II, 2.^a, ed. 1952, op. cit., pg. 131).

"Et il ne serait pas licite de laisser à l'arbitre du Pouvoir Exécutif sans contestation — écrit plus loin le même juriste — des intérêts d'une telle importance alors que des mesures d'ordre intérieur de moindre importance ne sont pas soumises au Congrès" (pg. 263).

21. Corriger la lacune et le doute de la Constitution pourrait être l'oeuvre soit du législateur ordinaire (hypothèse retenue par M. Brandão Cavalcanti), soit du législateur constituant. Parmi ceux qui soutiennent expressément cette dernière hypothèse, se trouvent des juristes appartenant aux courants divergents déjà mentionnés.

Ainsi, d'une part, écrit M. Pereira de Araujo, la réforme aurait lieu en vue de la reconnaissance de normes coutumières "en faveur du progrès de nos relations internationales" (op. cit., pg. 173).

D'autre part, la réforme devrait éviter que des actes internationaux non classés parmi les conventions et les traités fussent "dispensés du contrôle du Législatif" (Afonso Arinos de Melo Franco, Estudos de Direito Constitucional, Rio, 1957, pgs. 265-266).

V

22. Une fois approuvé par le Congrès, le traité n'est plus soumis à la sanction du Président de la République (comme il l'était d'après la Constitution de 1891) mais

promulgué — par décret législatif — par le Président du Senat, car il s'agit d'une matière du ressort exclusif du Congrès (arts. 66 et 71 de la Constitution Fédérale de 1946).

L'effet de cette promulgation est de permettre au Président de la République de ratifier le traité et d'échanger ou de déposer les instruments de ratification.

23. C'est après l'échange ou le dépôt des ratifications que le Président de la République — autorité en droit interne des accords conclus internationalement — doit rendre un acte espécial pour qu'ils soient applicables en Droit interne.

Cet acte est le décret de promulgation du traité.

Bien qu'elle ne soit pas prévue dans un texte légal, la promulgation est en usage depuis 1826, lors du premier traité conclu par l'Empire du Brésil.

24. Le décret de promulgation, de même que le texte intégral du traité qui l'accompagne, sont publiés au Journal Officiel.

Sauf disposition contraire, le traité de même que la loi entre en vigueur dans le territoire brésilien quarante cinq jours après sa publication, délai présumé suffisant pour que le norme juridique soit portée à la connaissance de tous (art. 1er. de la Loi d'Introduction au Code Civil Brésilien).

VI

25. Les accords internationaux n'entrent dans le droit interne qu'avec une valeur supérieure à celle des lois ordinaires.

C'est ce que soutient la doctrine dominante. Ainsi: Pedro Lessa, "Do Poder Judiciário", Rio, 1915, pg. 220.

Philadelpho Azevedo, "Os Tratados e os Interesses Privados em face do Direito Brasileiro, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional", 1945, ano I, n. 1, pgs. 12-29.

Vicente Rao, “O Direito e a Vida dos Direitos”, 1.^o vol., tomo II, 1952, pg. 489.

Hildebrando Accioly, “Tratado de Direito Internacional Público”, I. 2.^a ed., 1956, pgs. 44-50, pg. 547.

Oscar Tenório, “Direito Internacional Privado”, 3.^a ed., 1953, pg. 55.

Carlos Maximiliano, “Comentários à Constituição Brasileira” 4.^a ed., 1948, n. 353.

Carlos Medeiros Silva, “As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo”, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 31, 1953, pg. 8.

C'est ce que Braz de Sousa Arruda enseigne dans sa chaire.

Telle est aussi l'orientation de la jurisprudence interne. C'est ce que Philadelpho Azevedo a essayé de montrer dans un commentaire de deux arrêts du Suprême Tribunal Fédéral. Cette orientation fut, d'ailleurs, confirmée par la suite par le même Tribunal, d'après la Revue de Droit Administratif, 1953, vol. 34, pgs. 106-110.

À propos de la jurisprudence de ce Tribunal, Philadelpho Azevedo précise qu'elle se prononce en faveur du prestige attaché à la parole du pays, consignée dans des Traités, qui sont ainsi exclus de la procédure commune de révocation (“Os Tratados e os Interesses Privados”, *op. cit.*, pg. 28).

26. Les Etats — écrit Clovis Bevilacqua — doivent observer les traités qu'ils ont régulièrement conclus. Il ajoute que la “validité des conventions ne dépend pas des changements constitutionnels subis par les Etats contractants” (“Direito Público Internacional”, 2.^a ed., 1939, §§ 167 et 168).

La majorité des auteurs enseigne, cependant, que les accords internationaux ne peuvent pas prévaloir sur la Constitution Fédérale. C'est ce que soutiennent Pedro Lessa, “Do Poder Judiciario”, *op.cit.*, pg. 224; Carlos Medeiros

Silva, “As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo”, op. cit., pg. 6; Aurelino Leal, “Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira”, parte primeira, pg. 628; Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição”, I, pg. 253; Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, “Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. VII, 1941, pg. 571.

Ce dernier auteur donne un exemple: les traités signés par le Brésil, accordant l'extradition des nationaux, ont cessé d'être en vigueur d'après les Constitutions de 1934, 1937 et 1946, qui l'ont expressement défendus.

M. Gama e Silva insiste: “Aucun traité international ne peut s'opposer aux normes constitutionnelles, car le précepte de la primauté des lois constitutionnelles sur leurs, “la loi ne peut exclure de l'appréciation du Pouvoir Internacional Privado, Curso, pg. 141).

VII

27 À la rigueur, l'interprétation en Droit interne des accords qui y sont applicables a lieu non par voie gouvernementale (administrative) mais par voie juridictionnelle. D'après la Constitution brésilienne (art. 141, § 4.º) d'ailleurs, “la loi ne peut exclure de l'appréciation du Pouvoir Judiciaire aucune atteinte au droit individuel” Il appartient à ce Pouvoir de contrôler la constitutionnalité des traités, car on assimile ceux-ci aux lois. Ce contrôle est d'autant plus fort du fait que, d'après la Loi d'Introduction au Code Civil, “le Magistrat ne refusera pas de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi”.

Le juge applique le traité dûment ratifié et publié comme il applique la loi brésilienne. Si les parties trouvent qu'il a fait une mauvaise application ou interprétation des traités, elles pourront faire usage de voie de recours du droit commun.

Il appartient au Suprême Tribunal Fédéral de connaître et de juger ces recours en dernière instance. Il jugera

“em recurso ordinario” les causes réglées par des juges locaux, basées sur un traité international. Et il jugera “em recurso extraordinario” les causes décidées dans une seule ou dernière instance par d’autres tribunaux ou juges, quand la décision est contraire à la lettre du traité international (art. 101, n. II, b, e n. III, a, de la Constitution).

28. Les doutes jadis suscités sur la possibilité de l’examen de la constitutionnalité d’un traité par le Pouvoir Judiciaire, comme s’il s’agissait d’une loi ordinaire, n’existent plus. La solution en faveur de ce contrôle est devenue bien établie, comme le certifièrent Pontes de Miranda (Comentários, pg. 142) et Aurelino Leal (Op. cit., pg. 629), dont les enseignements furent mentionnés par Philadelpho Azevedo, quand il fut ministre du Suprême Tribunal Fédéral (Arquivo Judiciario”, vol. 69, 1944, pg. 19 — Apelação Civil n. 7872).

Les conventions ne seraient soustraites au *judicial control* que dans l’hypothèse où le Pouvoir Judiciaire devrait prendre connaissance des questions exclusivement politiques, comme par exemple celles qui toucheraient l’opportunité, l’exactitude ou la convenance de ces actes. Actes qui sont entre autres, cités par Rui Barbosa: la déclaration de guerre et la conclusion de la paix; le maintien et l’orientation des relations internationales; le contrôle des pouvoirs des représentants des gouvernements étrangers; la reconnaissance de l’indépendance, de la souveraineté et du gouvernement des autres Etats; la fixation des frontières du pays avec ses voisins; la conclusion et la rescision des conventions; le régime du commerce international (“O Direito do Estado do Amazonas ao Acre Setentrional”, vol. I. Rio, 1910, pg. 163).

Le contrôle judiciaire subsistera en cas d’abus de pouvoir ou si la question cesse d’être exclusivement politique.

Ainsi, le Judiciaire décidera sur les questions où l’on prétend que le traité a modifié — écrit M. Pontes de Miranda — “ce que la Constitution a établi sur la compétence législative ou financière des Etats-membres, ou sur les

droits individuels” (Comentários à Constituição de 1946, vol. II, 2.^a ed., pg. 470). Toutes les fois que la question politique se lie à des actes qui violent des droits, laissant d’être ainsi exclusivement politique. Toutes les fois que l’on discute — ajoute le même juriste — si l’acte du Pouvoir Exécutif, du Pouvoir Judiciaire ou du Pouvoir Législatif, est constitutionnel ou non, la question judiciaire est formulée, l’élément politique est dépassé et on est tombé sur le terrain de la question juridique (pg. 474).

VIII

En vertu de ce que nous venons d’exposer, nous pouvons dégager les conclusions suivantes :

- 1.° Il appartient exclusivement à l’Union de maintenir des rapports avec des Etats étrangers et de conclure avec eux des traités et des conventions. Cette disposition — consacrée par l’art. 5, n. I, de la Constitution — est traditionnelle dans le droit public brésilien.
- 2.° Dans le cadre de l’Union, le maintien des relations avec les Etats étrangers est à la charge du Président de la République, qui, dans le régime présidentiel (en vigueur au Brésil), est à la fois chef d’Etat et chef du Pouvoir Exécutif. Il a la compétence majeure de passer des traités et des conventions internationaux ad referendum du Congrès National (art. 87, n. VII).
- 3.° Il appartient au Congrès National de décider en définitive sur les traités et conventions passés avec l’étranger (art. 66, n. I).
- 4.° D’après l’expression d’une partie de la doctrine, l’approbation parlementaire est requise pour tous les accords internationaux; d’après l’expression de

l'autre partie, cette approbation ne l'est pas pour tous les accords.

- 5.° La jurisprudence n'a pas jusqu'à ce jour tranché la controverse et sans doute il appartient au législateur ordinaire ou constituant de se prononcer en définitive. Dans la pratique, cette controverse est source de lacunes et d'incertitudes qui réclament une solution prompte et énergique.
- 6.° La convention internationale étant approuvée par le Congrès, elle est ensuite ratifiée par le Président de la République. L'instrument de ratification étant échangé ou déposé, la convention est promulguée par décret du Président de la République. Elle entre en vigueur dans le territoire brésilien, sauf disposition contraire, quarante cinq jours après sa publication au Journal Officiel.
- 7.° L'orientation dominante de la doctrine et de la jurisprudence est que les accords internationaux n'entrent dans le droit interne qu'avec une valeur supérieure à celle des lois ordinaires. La plupart des auteurs estiment que le traité international ne peut pas prévaloir sur la Constitution Fédérale.
- 8.° L'interprétation em Droit interne des accords qui y sont applicables a lieu surtout par voie judiciaire. Les conventions n'échappent au *judicial control* que dans l'hypothèse où le Pouvoir Judiciaire serait appelé à prendre connaissance des questions exclusivement politiques, comme celles qui concernent l'opportunité, l'exactitude ou la convenance de ces actes. Dès que la question politique touche à une question juridique, le Pouvoir Judiciaire en décide.

Ces conclusions s'appuient sur la manifestation de la doctrine et de la jurisprudence concernant les principales

dispositions légales qui règlent la procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil. Il est clair qu'on doit les considérer, d'autre part, comme de simples prémisses de conclusions à tirer, tout en ayant en vue des solutions d'une plus haute portée pour le pays.

C'est ce que l'on prétend établir à une autre occasion.

Bibliographie

- Accioly (Hildebrando) — A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição Federal Brasileira, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, 1948, n. 7. — Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional, Parecer, Boletim, 1950, ns. 11-12. — Ainda o Problema da ratificação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira, Boletim 1951, ns. 13-14. — Tratado de Direito Internacional Público, 2.^a ed., 1956.
- Arruda (Braz) — Direito Internacional Público (Cours polycopié), 1960.
- Araujo (João Hermes Pereira de) — A Processualística dos Atos Internacionais, Rio, 1958.
- Azevedo (Philadelpho) — Os Tratados e os Interesses Privados em face do Direito Brasileiro, Boletim, 1945, n. I.
- Barbalho (João) — Constituição Federal Brasileira, Rio, 1902.
- Barbosa (Ruy) — O Direito do Estado do Amazonas ao Acre Setentrional, Rio, 1910.
- Bevilaqua (Clovis) — Direito Público Internacional, 2.^a ed., 1939.
- Câmara (José Sette) — The Ratification of International Treaties, Toronto, 1949.
- Carneiro (Levi) — Acordos por Troca de Notas e Aprovação pelo Congresso Nacional, Boletim, 1951, ns. 13-14.
- Cavalcanti (Themístocles Brandão) — A Constituição Federal Comentada, 1952, 2.^a ed., 4 vols.
- Espinola (Eduardo) e Espinola Filho (Eduardo) — Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. VII, Rio, 1941.
- Franco (Afonso Arinos de Melo) — Estudos de Direito Constitucional, Rio, 1957.
- Leal (Aurelino) — Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira.
- Lessa (Pedro) — Do Poder Judiciário, Rio, 1915.
- Maximiliano (Carlos) — Comentários à Constituição Brasileira, 4.^a ed., 1948, 3 vols.

- Miranda (Pontes de) — Comentários à Constituição de 1946, 2.^a ed., 1953, 5 vols.
- Nazo (Nicolau) — Direito Internacional Privado (Cours polycopié), 1960.
- Silva (Carlos Medeiros) — As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 31, 1953.
- Silva (Geraldo Eulalio do Nascimento e) — A Referenda pelo Congresso Nacional de Tratados Internacionais, Direito, julho-agosto 1947, vol. XLVI.
- Silva (Luís Antônio da Gama e) — Direito Internacional Privado (cours polycopié), 1957.
- Rao (Vicente) — O Direito e a Vida dos Direitos, 1.^o vol., 1952.
- Tenório (Oscar) — Direito Internacional Privado, 3.^a ed., 1953.
- Valladão (Haroldo) — Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional, Parecer, Boletim, 1950, ns. 11-12.

Questões metodológicas em Direito Internacional Público

Vicente Marotta Rangel

Docente livre de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

I

Se bem que problemas de método se devam formular no derradeiro estágio de aperfeiçoamento de uma disciplina, encontram-se êles formulados — no que tange ao direito internacional — desde meados do século XVIII.

Coube a Johann Jakob Moser o mérito da iniciativa.

Deu-lhe continuidade a doutrina, com impulso e extensão, logo a seguir. Mencionem-se, na Itália, Anzilotti, Perassi, Morelli, Ago; na Áustria, Kelsen que, à maneira de Kant e dos neokantinos, insiste — assinala Verdross¹ — na distinção entre ciências causais e ciências normativas; na França, além de A. de La Pradelle e de Gidel, Politis e Scelle cujas tendências são as de aplicar sistematicamente ao direito internacional a concepção “realista” formulada notadamente para o direito público interno por Duguit, Bonnard e Jèze, de conformidade com o que faz ressaltar Pierre Renouvin².

Acerca dos problemas metodológicos se têm especialmente inquietado os internacionalistas norte-americanos, de

1. *L'Etude du Droit International dans les Pays de Langue Allemande*, in *La Science Politique Contemporaine*, Unesco, 1950, pg. 615.

2. *La Contribution de la France à l'Etude des Relations Internationales* in *La Science Politique Contemporaine*, pg. 586.

que dão farto comprovante os “Proceedings of the Conference of Teachers of International Law and Related Subjects” (Publicações da “Carnegie Endowment for International Peace”).

Na Grã-Bretanha, cite-se G. Schwarzenberger, que inicia seu clássico Tratado por admirável estudo sôbre temas metodológicos³. Entre nós é de justiça indicar Braz de Sousa Arruda, que os versou eruditamente na “Estrutura do Direito Internacional”⁴.

II

Assevera Schwarzenberger não ter podido senão tardiamente aparecer o método indutivo. Sômente seria dado a êste competir com o tradicional tratamento dedutivo do direito das gentes, a partir do momento em que a existência de razoável soma de questões concretas desse ensejo a plausíveis generalizações.

Amplamente difundidos, conhecem-se argumentos favoráveis a um e outro método tanto quanto os inconvenientes que a adoção exclusiva de um dêles acarreta. O uso excessivo do “case-law method” tende a obscurecer a unidade sistemática do direito internacional; a utilização extremada do método dedutivo conduziria à sensação de “a beautiful spiral in the air, coming from nowhere and disappearing in the clouds”⁵. Acordes são os autores em reconhecerem a natureza e alcance dessas desvantagens, propendendo, em consequência, para o sistema de conjugação criteriosa dos dois métodos, conjugação essa, no entanto, em que um dêles acabaria por prevalecer.

3. *International Law*, vol. I, 2nd. edition, 1949, *Introduction*.

4. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 36, 1941, pg. 471-478.

5. SCHWARZENBERGER, op. cit., pg. *Introduction*.

Qual dêles?

Representante do sistema de ensino anglo-saxão, explica Schwarzenberger que a primazia compete ao indutivo, o qual contudo, como acentua, não importaria no culto dos precedentes ou do “case law method”, mas no respeito à hierarquia das fontes, às normas emanadas dos organismos internacionais e aos ensinamentos dos publicistas mais qualificados. Ao invés de dar ao direito internacional, por um lado, fisionomia de irrealdade ou de illusória simplicidade, êsse método também não o reduziria, por outro lado, “à idolatria da prática do Estado” nem também “a uma espécie inferior de história diplomática relatada por meio de anedotas”.

Deve a prevalência incumbir, observa em contraposição La Pradelle, ao método prestigiado no ensino continental. Conquanto inconvenientes ostente, e persista à maneira de monólogo, certo é que o sistema de exposição geral do programa permite compreensão mais firme, ordenada e orgânica dos temas gerais da disciplina. Deve ser, no entanto, completado pelo sistema dos “cases book”. Aos alunos que acorrem ao Curso com textos de jurisprudência, pedirá o professor explicação sobre esta ou aquela decisão. É forma de ensino — observa o mesmo autor — viva, animada. Não lhe cabe, contudo, o posto de prioridade. “A titre principal — aduz —, elle est insuffisante. A titre complémentaire, elle est très utile”⁶.

Como quer que seja, no entanto, acolhida a primeira ou a segunda tese, lícito é delas inferir duas conclusões idênticas: a) a da necessidade de rejeitar o exame de casos isolados, desde que não se filie à sistemática dos princípios; b) a da conveniência de ilustrar a exposição da matéria com o exame de casos da jurisprudência ou da prática internacional.

6. *Les Grands Cas de la Jurisprudence Internationale*, Paris, Les Editions Internationales, 1938, pg. 9.

III

Sem embargo de inserir-se na problemática metodológica específica da Ciência Jurídica, — o problema que estamos a considerar oferece peculiaridades no que tange à pesquisa e ao ensino do direito das gentes.

Dêles emanam dificuldades precisas.

Focalizou-as, há três décadas atrás, De Visscher⁷. Guardam atualidade, conquanto mereçam em alguns passos retificação e aditamentos.

Decorre uma delas do contraste entre os ideais e a ação dos poderes públicos, entre os princípios e a contingência da atividade política, que não cabe ao docente ignorar, mas que lhe não permite — dada a escassez do tempo disponível — com proficiência focar e solver.

Aumentam os óbices à medida que sôbre o direito internacional se fazem sentir as influências de ordem política, a competição dos poderes governamentais, e das quais se fizeram eco fundamentais obras do direito das gentes como as de Ellery C. Stowell, (*International Law, A restatement of principles in conformity with actual practice*, 1931, 3 vols), de Charles Dupuis (*Les Relations Internationales, Règles générales du droit de la paix*, cursos professados na Academia de Direito Internacional de Haia, *Recueil*, 1924-I, pp. 287-436, 1930-II, pp. 5-289), de Charles de Visscher (*Théories et Réalités en Droit International Public*, Paris, 1953), de Stanley Hoffmann (*Organisations Internationales et Pouvoirs Politiques des États*, Paris, 1954), de Jean Buchmann (*A la Recherche d'un Ordre International*, Louvain-Paris, 1957).

Deflui outra ordem de dificuldades da amplitude sempre crescente do domínio do direito das gentes. Nele se postulam questões específicas suscitadas pelo avanço da

7. *Proceedings of the Fourth Conference of Teachers of International Law and Related Subjects*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, pg. 16-20.

técnica, a conquista do poder científico, e de conseguinte político, nessa área de competições acirradas entre Estados. São exemplos os problemas sôbre espaço sideral, sôbre as aplicações da energia atômica e termo-nuclear, sôbre a utilização dos satélites artificiais e dos projéteis balísticos inter-continetais. Como estudá-los, pesquisá-los, discerní-los, sistematisá-los, e a seguir ensiná-los, à luz de princípios e de fatos que deitam raizes nos povos mais antigos e se projetam vertiginosamente na voragem dos novos tempos? Como permanecer indiferente às exigências pedagógicas que êsse panorama sugere e reclama?

Ao tempo da palestra de De Visscher proferida na Conferência dos Professôres norte-americanos de Direito Internacional, citavam-se três organizações internacionais: a Liga das Nações, a Côrte Permanente de Justiça Internacional e a Organização Internacional do Trabalho. Seria necessário recordar a quantas montam atualmente, discriminar como hodiernamente se estruturam, e enumerar as entidades regionais das Nações Unidas, as agências especializadas das Nações Unidas e dessas entidades regionais, os órgãos dessas entidades e dessas agências?

Importa, de outro lado, notar que a área de aplicação do direito internacional penetra, de forma progressiva, setores que tradicionalmente eram reservados ao direito interno dos Estados. Ela o faz de maneira envolvente à medida que se atenuam as rígidas barreiras outrora erigidas entre os dois ordenamentos jurídicos, que se contesta à vontade estatal a qualidade de congerar, com exclusividade, a norma de direito, e se proclama ao mesmo tempo o homem sujeito de direito internacional.

O domínio do direito das gentes não mais se estende apenas, como o dissera certa feita Alphonse Rivier, desde o "boudoir" da embaixatriz até o campo de batalha. Alarga-se a muito mais, a fatos impostos pela transformação da estrutura material do mundo, a concepções destinadas a explicá-los. Fala, por outro lado, linguagem mais direta e menos esotérica. Inclina-se para os sofri-

mentos da humanidade e se torna porta-voz de suas esperanças. “Desceu do Olimpo para misturar-se com a multidão”. E sua intervenção se torna necessária tôda vez que a regulamentação de um problema se torne válida para mais de um Estado⁸.

Finalmente, dificuldades de terceira ordem cumpre assinalar. Patenteiam, ainda mais, os óbices que cercam o ensino da disciplina.

Dizem elas respeito à complexidade da técnica do direito internacional. Participa essa técnica, em parte, da do direito privado. Testemunham-no a utilização do procedimento da analogia em matéria de tratados, de soberania territorial e de mandatos internacionais; a construção subjetivista do direito das gentes; a teoria dos direitos fundamentais; a noção de servidões internacionais; a teoria do mandato-tutela; a concepção de sucessão de Estados; o postulado da responsabilidade internacional.

Participa essa técnica, em parte, da do direito público. Assim: distinção entre duas modalidades de direito internacional, o direito constitucional e o direito administrativo internacional; a noção de funções legislativa, executiva e jurisdicional; conceito de serviço público e de domínio público internacional.

Possui ela enfim características próprias do direito das gentes, como minuciosamente analisa Charles Rousseau, e que decorrem notadamente da maneira peculiar de elaborar a norma jurídica, assim como da forma de organizá-lhe o sistema de coercibilidade⁹.

8. MAURICE BOURQUIN, *L'Humanisation du Droit des Gens*, in *La Technique et les Principes du Droit Public*, tome premier. Paris, 1950, pg. 21-32.

9. *Principes Généraux du Droit International Public*, Paris, tome premier, 1944, pg. 75-95.

IV

Se a influência dessas dificuldades acomete, ao mesmo tempo, qualquer dos métodos de ensino do direito das gentes, somente a conjugação dêles permitiria eficazmente conjurá-las.

A necessidade de que o saber se conserve, aumente e se difunda, diz bem não apenas das vantagens da utilização simultânea e coerente dos métodos senão também da conveniência de outros se adotarem além dos tradicionais. Assinale-se, a propósito, a ênfase que Burdeau vem dando ao “*approach*”, se bem que tenha em mira o campo da ciência política. Prestigiem-se as vias de acesso ao conhecimento, independentemente de tóda preocupação de articulá-las num processo intelectual lógico. Tôdas elas são válidas desde que conduzam ao verdadeiro objetivo tão bem ressaltado por Oppenheim¹⁰: inferir os princípios das decisões e acolher essas decisões como exemplos de aplicação dos princípios: “*The right method is to abstract the principles from the decisions, and then quote the decisions themselves as examples of application of the principles*”

São terrenos êsses onde há de exercer-se espirito de pioneirismo a acompanhar a renovação profunda por que passam os fatos e a doutrina do direito das gentes.

10. *The Science of International Law, American Journal of International Law*, 1908, pg. 341.

A regulamentação das vendas a prestação

Oscar Barreto Filho

Docente livre de Direito Comercial na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

CAPÍTULO I

Aspectos econômicos

1. O problema precípua da economia é o da satisfação material das necessidades humanas. A vida econômica se desenvolve impulsionada pelos esforços dispendidos pelos homens para a satisfação dessas necessidades, que são ilimitadas. De certo modo, porém, a lei do preço refreia e modera tal satisfação, implantando a ordem na vida econômica. Cada pessoa é obrigada a limitar o suprimento de suas necessidades, de acordo com a sua capacidade de pagá-las pelos preços correntes no mercado.

A complexa vida moderna trouxe novos dados para o equacionamento do problema. O progresso técnico, se de um lado acarretou o barateamento dos bens, facilitando a satisfação de necessidades já conhecidas, por outro lado introduziu novas necessidades até então não sentidas, e que se estendem, pela imitação, que é uma constante na psicologia social, por toda a coletividade. Isto tudo evidencia a base psicológica em que se funda a economia¹.

1. J. PINTO ANTUNES, *Introdução econômica ao Direito*, preleções de aula, São Paulo, 1956.

As necessidades não satisfeitas podem originar recalques, os quais, acumulados, manifestam-se por meio de reivindicações contra a ordem social. Por isso, todo processo técnico ou econômico que propicie o atendimento dos desejos do maior número de consumidores é de interesse geral, contribuindo para o bem comum.

2. Não há negar a importância econômico-social das vendas a prazo. O comerciante que vende a prazo aumenta a utilidade econômica do produto, colocando-o ao alcance de consumidores que não têm capacidade financeira para adquiri-lo mediante o pagamento total do preço. Por outro lado, estimula a produção, possibilitando a renovação mais rápida da atividade produtiva, e o conseqüente abaixamento do custo de produção.

Sob o ponto de vista da psicologia social, as vendas a prazo multiplicam a possibilidade da satisfação das necessidades dos consumidores, propiciando melhores condições para um ambiente de bem-estar social. Permitem, de certa forma, que maior número de pessoas participem da divisão do “bolo da produção”. As vendas mediante pagamento parcelado do preço beneficiaram os assalariados, que representam a maior parte dos consumidores, e que estavam impossibilitados de gozar o conforto proporcionado pelos modernos aparelhos que constituíam, até então, privilégio das classes mais favorecidas.

Nesse terreno, como acontece em toda atividade humana, os abusos são possíveis; mas a missão da lei é, exatamente, a de enquadrar, nos limites impostos pelo interesse coletivo, as manifestações da livre iniciativa privada².

3. Grandes são os debates a respeito da significação econômica do crédito sob a forma de vendas a prazo.

Contra esse sistema, argumenta-se que a venda a prazo fomenta os hábitos de desperdício, induz muitas pessoas a

2. Este, aliás, é o princípio consagrado pelo art. 145 da Constituição Federal: *A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.*

comprar coisas fora de seu alcance e as obriga depois a reduzir gastos necessários. No quadro geral dos negócios, constitui fator importante de oscilações, pois promove um excesso de expansão nos bons tempos e dá ensejo a acentuadas reduções dos negócios nos maus momentos.

A seu favor, entretanto, alega-se que a venda a prazo permite que os consumidores desfrutem antecipadamente bens custosos e duráveis, que de outra forma permaneceriam fora de sua capacidade aquisitiva, estimulando, desse modo, a produção. Desde que aplicado por empresas bem administradas, o sistema tem bases sólidas e salvaguarda o bem-estar da população.

A questão, portanto, é disciplinar as vendas a crédito, de maneira a não permitir que as mesmas contribuam para a instabilidade dos negócios, o que se conseguiria, segundo alguns economistas, assegurando a possibilidade de adotá-las somente a empresas estabelecidas, que ofereçam um mínimo de garantias, e, o que é importante, somente em relação a artigos duráveis, excluídos, portanto, os bens de consumo imediato e os serviços.

4. O sistema de vendas a prazo, como lembra HAROLD G. MOULTON, foi criado para facilitar o consumo de produtos de alto preço e duráveis, tendo se desenvolvido, de início, principalmente no negócio de automóveis. Para ajudar financeiramente a distribuição desses produtos, fundaram-se, nos Estados Unidos, as chamadas companhias financeiras ou de crédito comercial, especializadas em operações de desconto de papéis relacionados com esse tipo de atividade³.

Nessa modalidade de comércio, as normas que regulam o pagamento inicial e a duração dos prazos devem ser cuidadosamente determinadas, em função da conjuntura econômica. Nos Estados Unidos, os prazos se estendem por períodos de até dois anos, porém, comumente é considerado

3. *La organización financiera y el sistema económico*, trad. argentina, Buenos Aires, 1944, pag. 374.

prudente o limite de dezoito meses. A duração do crédito está relacionada com o vulto da entrada inicial; quanto menor seja esta, mais curtos os prazos.

Do comércio de automóveis, as vendas a prazo passaram para outros ramos de negócio, tais como os de máquinas de costura, geladeiras, instrumentos musicais, fogões, móveis e outras coisas não perecíveis.

Em nosso país, com a melhoria do padrão de vida verificada há cerca de vinte anos, houve rápida expansão das vendas a prazo, mormente nos grandes centros urbanos. Dada a inexistência, até há pouco, de instituições de crédito especializadas nessa atividade, as empresas comerciais recorriam, para o financiamento de suas operações, aos bancos comerciais, tendo as de maior vulto instituído, para os serviços de investigações, cadastro e cobrança, departamentos dedicados especialmente ao sistema que se chamou de “crediário”^{3A}.

5. Já antes da segunda Guerra Mundial, vários Estados norte-americanos haviam regulado alguns aspectos do sistema de vendas a prestação (*conditional sales*), com o propósito de reprimir abusos específicos, principalmente com o objetivo de reduzir o prazo de duração dos créditos concedidos pelas companhias financiadoras do comércio de automóveis.

A guerra cria sempre uma congêrie de problemas econômicos, decorrentes do agravamento da inadequação da produção ao consumo. Daí a indispensabilidade de medidas rigorosas de intervenção na ordem econômica, que chegam ao dirigismo total da produção e do consumo, característico da chamada economia de potência, que se contrapõe à economia do bem-estar.

3A. Nos últimos anos, vêm se desenvolvendo largamente no país as sociedades de crédito e financiamento, que têm por escopo a constituição de fundos de participação, para com êles financiar vendas a prazo de bens duráveis. Tais sociedades são reguladas pela Portaria n. 309 do Ministro da Fazenda, de 30 de novembro de 1959.

A diminuição da produção de bens de consumo e o aumento dos meios de pagamento impuseram, nos países empenhados na última guerra, o racionamento do consumo e a adoção de medidas complementares, cuja vigência se prolongou até o restabelecimento das condições normais da economia de paz.

A regulamentação das vendas a prestação foi uma consequência da economia bélica, tendo se originado, nos Estados Unidos e na Inglaterra, durante o período da última conflagração.

Nos Estados Unidos, a regulamentação do crédito de consumo foi iniciada em agosto de 1941, com a famosa "Regulation W", expedida pela Junta de Governadores do Sistema de Reserva Federal. Estabeleceram-se, então, as seguintes condições para as vendas a prestação: fixação do pagamento inicial mínimo na base de um terço do preço total e limitação do número máximo de prestações a doze. Durante a Guerra, o valor de entrada de qualquer mercadoria chegou a ser de 50% do preço de venda, e o limite de prestações não passava de cinco. A restrição foi suspensa em novembro de 1947, mas logo restabelecida em agosto de 1948, especificando-se a entrada mínima de um terço para automóveis e um quinto para outros bens, fixando-se em dezoito o número máximo de prestações. Somente em maio de 1952 foi suspensa, nos Estados Unidos, a regulamentação das vendas a crédito.

Na Inglaterra, só em 1952 as vendas a prestação foram restabelecidas nos limites considerados normais, a fim de evitar uma excessiva procura dos bens de consumo.

6. A principal crítica formulada contra o sistema atual de vendas a prestação é a de que constituem um fator inflacionário que deve ser coarctado.

Entre nós, as preconizadas medidas restritivas das vendas a prazo são justificadas como meio de combate à inflação de crédito, que está contribuindo para o crescimento dos meios de pagamento, sem a contrapartida do aumento da produção de bens de consumo. As providências

adotadas até agora pelo Poder Executivo só têm visado à organização bancária do país, sem atingir, de forma ponderável, o crédito ao alcance da grande maioria da população, representado pelas vendas a prestação. Daí a necessidade de regular a matéria, à semelhança, aliás, de países com potencial econômico e financeiro infinitamente superior ao nosso, como os Estados Unidos e a Inglaterra, que possuem legislação específica reguladora das vendas a crédito do mercado varejista, para condicioná-las à capacidade da produção nacional, e evitar que, artificialmente, se produza estímulo para a compra de mercadorias escassas ⁴.

As vendas a crédito têm contribuído bastante para que se agrave a inflação, porque é através de financiamentos oferecidos pelas casas comerciais para a aquisição de bens de consumo que o público vem comprando artigos custosos, que na realidade não pode possuir, de modo a desviar a aplicação do numerário para finalidades muitas vezes supérfluas ou adiáveis, em detrimento da economia nacional. A limitação e a fiscalização das vendas a prestação visarão diretamente à proteção do consumidor, mas beneficiarão sem dúvida o próprio comércio ⁵.

Note-se, no entanto, como o faz ROBERTO PINTO DE SOUZA, que “nem sempre constitui a restrição às vendas a prestação medida anti-inflacionária; ao contrário, em determinadas circunstâncias e tendo em vista certos produtos, a sua difusão é anti-inflacionária. Por êsse motivo a regulamentação exige elasticidade, a fim de causar os efeitos almejados; daí a necessidade de constante revisão, para se adaptar às condições do momento. Quanto ao valor da medida, o exemplo fornecido pelos Estados Unidos ilustra-o bem: durante a última guerra, a “Regulation W”, como é

4. Justificação do projeto n. 864, de 1955, do deputado JOSUÉ DE SOUZA, no *Diário do Congresso Nacional* secção I, de 13 de dezembro de 1955, pág. 9.147.

5. Justificação do projeto n. 3.337, de 1957, do deputado JOSÉ MIRAGLIA, no *Diário do Congresso Nacional*, secção I, de 10 de outubro de 1957, pág. 8.161.

denominada naquele país, esteve em vigor, e o montante das transações a prazo se conservou em tórno de 1,8 bilhões de dólares. Suprimida a regulamentação, em 1947, as vendas a prestação se elevaram a 7,2 bilhões de dólares”⁶.

7. Nesta, como em outras muitas questões, sobreleva a importância jurídica do fator econômico-social. O Estado, disciplinando a nova modalidade contratual, deve procurar a justa medida de equilíbrio das forças atuantes, para editar uma norma socialmente eficaz.

Assim, a projetada regulamentação das vendas a crédito deve consultar aos interesses dos consumidores, da produção e do próprio Estado, de modo que se atinja o almejado grau de segurança nas relações jurídicas, sem prejuízo da indústria e do mercado de consumo estabelecido com base nesse sistema.

Regulamentação não significa *supressão* das vendas a prestação, porém a edição de normas que evitem os abusos a que dá azo êsse sistema, de forma a resguardar os legítimos interesses de tôdas as partes que intervêm na negociação. Assim, na disciplina jurídica do comércio a crédito, não devem ser olvidados os inconvenientes que medidas restritivas dessa natureza podem acarretar a indústria, como a de vestuário e a de utilidades domésticas, cuja produção em grande parte tem escoadouro no fornecimento a emprêsas que utilizam êsse sistema de vendas.

É oportuno, nesta altura, lembrar a verdade sedida, porém frequentemente olvidada pelos legisladores, de que nada adianta editar leis desprovidas de eficácia, pelo seu patente desacôrdo com a realidade da vida econômica, política ou social. As normas jurídicas que se divorciam da realidade das coisas, como sói acontecer, revelam-se de todo inoperantes.

6. *Da inflação*, São Paulo, 1954, pág. 150.

CAPÍTULO II

Exame dos projetos de leis em curso no Congresso Nacional

§ 1º *Legitimidade da regulamentação*

8. Os abusos a que o sistema de negócio a prazo tem dado margem, configurando, em muitos casos, a prática da usura, bem como a necessidade de combater o processo inflacionário que se desenvolve em nosso país, têm suscitado o debate dêsse problema no Congresso Nacional, através da apresentação de várias proposições legislativas.

A primeira delas, de autoria do deputado ABGUAR BASTOS, tomou o n. 688, de 1955, e cuida apenas do aspecto relativo à cobrança de juros nos contratos de vendas a prestação⁷. O segundo projeto de lei, apresentado pelo deputado JOSUÉ DE SOUZA, tem o n. 864, de 1955, e regula a matéria de modo global, prevendo diversas limitações a êsse sistema de negócios; a êle foi oferecido substitutivo pelo deputado HUGO NAPOLEÃO, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça⁸. Finalmente, o projeto n. 3.337, de 1957, do deputado JOSÉ MIRAGLIA, também abrange tôda a regulamentação das vendas a prestação de utensílios domésticos e artigos destinados a vestuário e alimentação, prevendo, inclusive, a fiscalização da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) sôbre os estabelecimentos comerciais que negociarem por êsse modo⁹.

7. *Diário do Congresso Nacional*, secção I, de 6 de outubro de 1955, pag. 7.325.

8. *Diário do Congresso Nacional*, secção I, de 13 de dezembro de 1955, pág. 9.147.

9. *Diário do Congresso Nacional*, secção I, de 10 de outubro de 1957, pág. 8.161.

Merece, ainda, ser citado o ante-projeto oferecido à Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) pelos lojistas do Rio de Janeiro e de São Paulo, a título de substitutivo ao projeto JOSUÉ DE SOUZA ¹⁰.

9. Nada se pode objetar, sob o ponto de vista constitucional, às medidas preconizadas nessas proposições. Encontram elas fundamento no art. 5.º, XV, alíneas *a*, *c* e *k*, da Constituição Federal, que atribuem à União competência para legislar privativamente sobre direito civil, comercial e penal, produção e consumo e instituições de crédito. A intervenção do Estado no domínio econômico também encontra apoio no art. 146 do texto constitucional, e o art. 154 da Magna Carta, por outro lado, preceitua que a usura, em tôdas as suas modalidades, será punida na forma da lei.

Convém, no entanto, assinalar que, de acôrdo com o art. 146 da Constituição, a intervenção do Estado na economia deve conformar-se ao interêsse público, tendo por limite os direitos fundamentais assegurados pela própria lei magna. Ora, entre os direitos e garantias individuais inscreve a Constituição, no art. 141, § 14, o da liberdade de profissão, que compreende o princípio da liberdade de comércio. Dêsse modo, na disciplina das vendas a prestação, deve-se ter em mira a sua regulamentação, de acôrdo com o interêsse público, e não a criação de condições que conduzam inelutavelmente à sua extinção ou proibição.

10. Não há dúvida que legislação dessa natureza importa restrição à liberdade contratual. A limitação à autonomia da vontade, na hipótese, é contudo, plenamente admissível, à vista da circunstância de que, nas vendas a prestação, há a considerar não só a desigualdade econômica que ocorre frequentemente entre as partes que intervêm no negócio, como também a necessidade que tem o Estado de tutelar o bem jurídico que representa a economia popular.

10. *Diário de São Paulo*, secção I, de 30 de maio de 1956, pág. 3.

Tão relevante é esse bem, que não se atém o Estado à simples edição de normas reguladoras do contrato, mas, indo além, define na lei penal os crimes e contravenções contra êle praticados. “Nos crimes contra a economia popular”, escreve ELIAS DE OLIVEIRA, “não se tem em conta pròpriamente a lesão ao patrimônio individual, que venha a ser atingido, nem se visa em especial a proteger o patrimônio público, que êles aliás não alcançam; considera-se, ao contrário, com razão, que a ofensa é dirigida, sobretudo, contra o patrimônio do povo, perturbando o bem-estar social e o seu poder econômico, pelo assalto ganancioso dos infratores”¹¹.

São inúmeros os exemplos, nas legislações nacional e estrangeiras, em que o arbítrio dos indivíduos na feitura dos contratos vem limitado por normas imperativas. De uma certa forma, pode-se afirmar que a legislação ora proposta nada mais é, na verdade, do que uma complementação da lei contra a usura.

11. No Estado moderno, o poder de polícia (*police power*) alargou-se extraordinariamente, e passou a ser encarado, ao invés de um conjunto de restrições aos direitos e garantias individuais, como um complexo de condições para o exercício dêsses mesmos direitos.

Como afirma THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “o poder de polícia visa a proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem estar econômico. Constitui uma limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem”. Inclui o poder de polícia “tôdas as restrições impostas pelo poder público aos indivíduos, em benefício do interêsse coletivo — saúde, ordem pública, segurança, e ainda mais, os interêsses econômicos e sociais”¹².

11. *Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional*, Rio de Janeiro, 1952, pág. 9.

12. *Curso de Direito Administrativo*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1954, pág. 127.

A intervenção do Estado na economia nada mais é do que o exercício do poder de polícia também na esfera econômica, por imposição de novas circunstâncias. Contrôles de preços, controle de câmbio, controle de importação e exportação, congelamento de aluguéis, repressão à usura, são outras tantas manifestações do poder de polícia na ordem econômica, e nele encontram o seu fundamento doutrinário.

Não se pode, portanto, discutir a propósito da legitimidade da regulamentação das vendas a prestação, que encontra apoio “em faculdades inerentes ao Poder Público, implícitas, independentemente de disposições constitucionais, porque visam o bem estar do maior número ameaçado pela ação de minorias egoístas”¹³.

De outra parte, ponderáveis argumentos militam quanto à oportunidade e conveniência dessa regulamentação, que a tornam, em princípio, aconselhável.

§ 2.º *Itens da regulamentação*

12. Admite-se geralmente que os principais pontos sobre que deve versar a regulamentação das vendas a prestação (*ventes à tempérament, Abzahlungsgeschäfte, instalment sales, credito rateale*) são os seguintes:

- a) mercadorias que podem constituir objeto de vendas a crédito;
- b) garantias exigíveis para o pagamento do débito;
- c) importância percentual do crédito que deve ser concedido, em relação ao valor total da mercadoria;

13. Parecer do senador GOMES DE OLIVEIRA, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, a respeito do projeto que se converteu na Lei n. 1.521, de 26/12/1956, que dispõe sobre crimes contra a economia popular, *apud* ROBERTO PEREIRA DE VASCONCELOS, *Crimes contra a Economia Popular* Rio de Janeiro, 1952, pág. 232.

- d) número máximo de prestações que deve abranger o saldo devedor;
- e) valor mínimo das mercadorias vendidas a prazo;
- f) taxa de juros que pode ser exigida do comprador;
- g) controle governamental dos comerciantes que efetuam vendas a prestação e dos respectivos planos de venda;
- h) registro das operações;
- i) sanções pela infração dos preceitos legais.

13. Através da regulamentação desses itens tem-se em vista não só o combate ao processo inflacionário, como ainda a vedação das cláusulas leoninas nas vendas a prestação, o que é de relevante interesse social. Além disso, impede-se sejam os consumidores induzidos a assumir compromissos onerosos e superiores à sua capacidade econômica. Por estes motivos, uma regulamentação dessa ordem deve abranger apenas as vendas a crédito feitas a consumidores, não havendo igual necessidade para a sua extensão às vendas feitas a produtores, que revestem geralmente a forma de empresas (como, por exemplo, sucede em relação às máquinas-instrumentos).

Cabe lembrar, a propósito, a lição de COSACK, que temos em mãos, também invocada por NELSON HUNGRIA: “Nessas vendas (a prestação), os vendedores impõem habitualmente aos compradores, antecipadamente, condições jurídicas muito rigorosas, para o caso destes incorrerem em mora no pagamento de uma das prestações; e os compradores, que são, na sua maioria, pessoas sem experiência de negócios e sem crédito, ficam adstritos, na formação do contrato, a aceitar cláusulas desse gênero (omissis). No tocante ao comprador, tal ajuste impõe-lhe muitas vezes uma obrigação que ele não pode absolutamente cumprir¹⁴.”

14. C. COSACK, *Traité de Droit Commercial*, trad. francesa de LÉON MIS, Paris. 1904. tomo I, págs. 295/297.

Foram justamente considerações dessa natureza que levaram a Alemanha a coibir os abusos verificados em torno às vendas a prestação, pela lei de 16 de maio de 1894, logo seguida pela lei austriaca de abril de 1896.

14. Como acentuou o deputado LUIZ VIANA, na justificação do projeto de regulamentação das vendas a prestação em geral, que apresentou à antiga Câmara dos Deputados, “o comprador, premido pela necessidade da aquisição, seduzido pela propaganda, requestado pelos agentes vendedores, dominado enfim por todo um sistema de “vendas agressivas”, como chama MAURICE DRUESNE, mas sem o dinheiro suficiente para a compra à vista, escraviza-se ao vendedor”¹⁵.

As emprêsas comerciais que adotam o sistema de vendas a prestação geralmente celebram com seus clientes contratos de compra e venda com reserva de domínio. Tais contratos, uma vez não cumpridos, dão ao vendedor o direito de promover a ação especial a que se referem o art. 343 e seguintes do Código de Processo Civil, a fim de exigir o pagamento das prestações vencidas e vincendas, ou, então, a reintegração na posse da coisa.

Um sintoma de que o sistema de vendas a prazo vem sendo perigosamente ampliado, de modo a abranger pessoas que não se acham em condições de solver os compromissos assumidos, encontra-se no aumento das ações reintegratórias ajuizadas no fôro das capitais.

As facilidades concedidas aos consumidores, desde a abolição da quota de entrada até a dispensa da carta de fiança, estimulam as transações supérfluas, ainda mais que os compradores são animados pela perspectiva de lucro representado pela diferença entre o preço atual do produto e o preço que terá quando o último pagamento fôr realizado.

15. Apud NELSON HUNGRIA, *Dos Crimes contra a Economia Popular*, Rio, 1939, pág. 109.

Lançam-se, assim, os consumidores à especulação, muitas vezes sem contar para tanto com os recursos financeiros mínimos para garantir a segurança da transação.

§ 3.º *A taxa de juros*

15. O primeiro aspecto a ser considerado, na disciplina jurídica das vendas de bens móveis a prestação, diz respeito aos juros cobrados nessas transações, não sobre o líquido, em parcelas decrescentes, mas sobre o total da compra e que por isso chegam a atingir taxas absurdas.

Nos termos do art. 1.º do Projeto n.º 688/55, considera-se saldo devedor, para efeito de juros, o que fôr devido, não só após qualquer entrada em dinheiro, como o que, periodicamente, fôr computado como dívida, após cada amortização.

A fim de acautelar o limite legal de 12% ao ano, estabelece o art. 2.º que ficam obrigados os estabelecimentos ou emprêsas que vendem mercadorias a crédito, a inscrever nos contratos, faturas, recibos e notas de venda, a prazo de pagamento, o número das prestações, o preço da mercadoria e o total dos juros cobrados.

O art. 3.º considera delito de usura incluir os juros como parte representativa do preço da mercadoria para pagamento à vista, a título de venda sem juros. O § 2.º prevê as penas aplicáveis na hipótese de infringência da lei.

16. Referindo-se às várias modalidades de fraudes praticadas pelas emprêsas que se dedicam a êsse ramo de comércio, em contravenção às disposições do Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933 (lei de usura), o autor do projeto n.º 688/55 afirma que, atualmente, os compradores pagam mais de 24% de juros ao ano, o que é preciso coibir.

Para obviar a essa fraude, o projeto define o que se entende por saldo devedor, para efeito do cumprimento do Decreto n. 22.626, a fim de que fique bem nítido que

não se trata do saldo após o pagamento da entrada em dinheiro feita no ato do contrato, porém do saldo posterior a cada amortização satisfeita. Estatui, outrossim, o projeto, medidas que visam a fornecer ao comprador todos os elementos para verificar por quanto está comprando a mercadoria e quais os juros cobrados, o que servirá, também, para melhor fiscalização.

Por sua vez, dispõe o Projeto n. 864/55, no art. 4.º, que os acréscimos, a qualquer título, excluídos os impostos específicos da transação, sobre o preço de venda à vista de qualquer mercadoria vendida a prestação, não poderão, em qualquer hipótese, ser maiores do que 1% para cada mês do prazo concedido, sobre a quantia realmente devida. Consoante o disposto no § 1.º, (único, aliás), o valor da entrada, pago pelo comprador, não poderá ser maior do que a exata porcentagem estabelecida pela lei sobre o preço de venda à vista da mercadoria transacionada. O projeto n.º 3.337/57, no artigo 3.º, letra *d*, preceitua que o preço não poderá ultrapassar o das vendas à vista, corrente na praça, apenas majorado dos juros sobre o saldo, que serão acrescidos às prestações mensais.

De um modo geral, pode-se afirmar que a legislação vigente sobre repressão à usura e aos crimes contra economia popular já prevêem as fraudes e os abusos mais comumente praticados nas vendas de mercadorias a prestação. A Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, considera crimes contra a economia popular as fraudes nessa modalidade de comércio (art. 2.º, inciso X) e a prática da usura pecuniária ou real (art. 4.º, letras *a* e *b*). O Código de Processo Civil (Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939), nos arts. 343 e 344 regula os direitos do comprador e do vendedor nos casos de violação dos contratos de vendas a prestação sob reserva de domínio. A êsse respeito, podem ainda ser invocados os dispositivos do Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, que dispõe sobre os juros nos contratos (lei da usura).

O art. 1.º do Decreto n. 22.626, citado, declara vedada e punível a estipulação, em quaisquer contratos, de taxas

de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062). Em caso de amortização, reza o § 2.º do art. 7.º, os juros só serão devidos sobre o saldo devedor. Nos termos do art. 11, o contrato celebrado com infringência da lei é nulo de pleno direito, ficando assegurada ao devedor a repetição do que houver pago a mais.

Por seu lado, a Lei n. 1.521/51, no art. 4.º, letra *a*, define como modalidade da usura pecuniária a cobrança de juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei. E no mesmo artigo, letra *b*, define como crime de usura real a obtenção ou estipulação, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, de lucro patrimonial que excede o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Constitui circunstância agravante do crime a dissimulação da natureza usurária do contrato (art. 4.º, § 2.º, inciso III). Aduz o § 3.º do art. 4.º que a estipulação de juros ou lucros usuários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.

As disposições dessas leis, que configuram o ilícito penal e, de modo correlato, a lesão civil, na estipulação de juros ou lucros usuários, já preenchem os objetivos colimados pelo projeto n. 688, de 1955. Tratar-se-ia, no caso, de má ou defeituosa aplicação da legislação vigente, não havendo necessidade de editar novo diploma a propósito de matéria já suficientemente regulada.

18. Como medida acautelatória, afigura-se-nos, todavia, conveniente a medida preconizada pelo art. 2.º do Projeto n. 688/55. A discriminação, a que ficariam obrigadas as empresas que vendem a crédito, nos contratos, faturas, recibos e notas de vendas, do prazo de pagamento, número das prestações, preço da mercadoria e juros cobrados, seria providência de salutares efeitos de ordem psicológica, cuja

adoção é aconselhável. Dessa maneira, o comprador terá uma noção exata dos compromissos que assume e do custo suplementar da mercadoria adquirida a prazo.

No entanto, para obviar a eventuais discussões de ordem fiscal, (como aconteceu com o problema da incidência do impôsto de vendas e consignações mercantis sôbre a parcela referente ao impôsto de consumo), é recomendável que tal discriminação seja feita unicamente nos contratos, e não nos documentos exigidos pela legislação tributária, dos quais deverá constar apenas o preço da mercadoria.

18-A. Ocorre, entretanto, que, como tem demonstrado a experiência, o acréscimo representado pelo juro máximo de 12% não basta para remunerar o capital empatado e, ao mesmo tempo, cobrir as despesas adicionais de organização que exige o sistema de vendas a crédito: informações, contabilização, contrôle e cobrança. Por outro lado, não é possível deixar a fixação dessas despesas adicionais ao livre critério das emprêsas.

Adotando uma solução transaccional, de modo a atender à realidade econômica, cremos que seria de todo razoável prefixar na lei o limite máximo de 5%, cobrável a título de comissão, para fazer face às despesas de administração provenientes da modalidade de vendas a prestação. Essa comissão de 5% foi, aliás, a pleiteada pelos lojistas do Rio e de São Paulo, no substitutivo que apresentaram à SUMOC.

Por outro lado, deve ser prevista em lei a permanência do acréscimo relativo aos juros de mora de até 1% ao mês, quando houver atraso nos pagamentos. A fluência dos juros de mora, até final solução do débito, aliada à faculdade, que tem o vendedor, de exercer ação executiva, para exigir o pagamento das prestações vencidas e vincendas, ou ação de reintegração de posse, para obter a devolução da coisa vendida, representam garantia suficiente para o vendedor¹⁶.

16. Código de Processo Civil, arts. 343 "caput" e 344, § 4.º

Em consonância com preceito semelhante da lei da usura, seria conveniente, outrossim, possibilitar ao comprador a antecipação, parcial ou total, do pagamento das prestações vincendas, procedendo-se ao desconto dos juros respectivos.

§ 4.º *Mercadorias que podem ser objeto de vendas a prazo*

19. O art. 1.º do projeto JOSUÉ DE SOUZA estabelece que só poderão ser objeto de venda a prestação mercadorias duráveis, proibindo, estritamente, no § 1.º dêsse artigo, a concessão de crédito para tal modalidade de venda, sem a discriminação exata da mercadoria que constitui objeto da transação. Aduz, no § 2.º, que viagens, estadias em hotéis, serviços de qualquer natureza, não poderão ser objeto de venda em prestações. Do mesmo modo, proíbe o § 3.º as vendas a prestação de mercadorias de origem estrangeira, exceto as destinadas ao aumento e melhoria das condições de produtividade agrícola e industrial.

O Projeto JOSÉ MIRAGLIA é mais explícito, pois no art. 1.º enumera quais os artigos abrangidos pela regulamentação das vendas a prestação: móveis, máquinas para escritório, utensílios domésticos (geladeiras, fonógrafos, televisores, aparelhos elétricos e adornos), artigos de consumo destinados a vestuário e alimentação. No art. 5.º, estatui que a prestação de serviços, mediante pagamentos parcelados mensais, fica sujeita às mesmas regras que prevê para a venda de mercadorias.

20. De acôrdo com a natureza mesma do contrato de venda a crédito de coisa móvel, que em regra traz adjecta a cláusula de reserva de domínio¹⁷, parece óbvio que somente mercadorias duráveis deverão ser objeto de venda em

17. O *pactum reservati domini* é a cláusula inserta no contrato de compra e venda a crédito, pela qual, não obstante a entrega imediata da coisa ao comprador, a transferência da propriedade fica subordinada à condição do pagamento integral do preço (RUHL, apud NELSON HUNGRIA, *Dos Crimes contra a Economia Popular*, Rio de Janeiro, 1939, pag. 96).

prestações a consumidores. Seria, contudo, da maior conveniência que a lei conceituasse desde logo tais mercadorias, assim consideradas as não perecíveis ou inconsumíveis. Aproveitando a *contrario sensu* a definição de bens consumíveis, constante do art. 51 do Código Civil, poderíamos conceituar as mercadorias duráveis como sendo aquelas cujo uso normal não importa destruição imediata da própria substância ^{17A}.

Quanto às viagens, estadias em hotéis e serviços de qualquer natureza, é claro que não podem ser objeto de venda, quer à vista quer a prestação, pois não são coisas; assim, o art. 1.º, § 2.º do projeto n. 864/55, padece de evidente erro de técnica. Na verdade, os contratos de prestação de serviços, mediante pagamentos parcelados, contêm adjecto um contrato de mútuo, o que, porém, não impede sua sujeição, no que fôr aplicável, às regras restritivas das vendas a prestação, como prevê o art. 5.º do Projeto n. 3.337/57.

21. Algumas casas comerciais que se dedicam às vendas a crédito, entre nós, operam de acôrdo com o sistema adotado, no estrangeiro, por estabelecimentos famosos, como, em Paris, a *Semeuse*.

Essas emprêsas entregam aos consumidores bonus, vales ou “carnets”, de valor determinado, os quais são aceitos em pagamento de mercadorias. A entrega desses vales é feita mediante a emissão, pelos compradores, de notas promissórias de valor correspondente. Caracteriza-se, na espécie, um verdadeiro contrato de abertura de crédito, que, a nosso ver, se enquadra entre as operações de financiamento peculiares aos bancos, cuja regulação compete à SUMOC exercer. Para GEORGES RIPERT, não há dúvida de que as emprêsas, assim agindo, “efetuam então uma operação de crédito” ^{17B}.

17A. CLOVIS BEVILACQUA, *Código Civil Comentado*, 6.^a ed., vol. pág. 281.

17B. *Traité Elementaire de Droit Commercial*, Paris, 1948, pág. 833.

Aliás, o Decreto-Lei n. 9.603, de 16 de agosto de 1946, no art. 1.º, prevê a possibilidade de empresas comerciais e industriais, pessoas físicas ou jurídicas, manterem seções de financiamento ou de crédito, sob o regime do Decreto Lei n.º 7.583, de 25 de maio de 1945, desde que suas atividades isso justifiquem, a juízo da SUMOC. Tais seções de financiamento ou de crédito, previstas pela lei vigente, são, exatamente, as chamadas seções de “crediário”.

Nas aberturas de crédito, adjungidas a vendas a prestação, deverão ser também observadas as limitações que se pretende introduzir nessa modalidade de comércio. Nessa conformidade, será conveniente inscrever na lei que a utilização do crédito concedido para vendas a prestação dependerá sempre da apresentação de pedido discriminativo das mercadorias objeto do negócio, pedido esse que não será sujeito ao imposto do selo federal.

21-A. Segundo o art. 3.º do Projeto n. 864, de 1955, para garantia do débito contraído pelo comprador de qualquer mercadoria, com pagamento parcelado, só responde essa mesma mercadoria, seja ela, ou não, objeto de contrato de reserva de domínio.

Não é possível aceitar essa disposição, porquanto viria de encontro ao princípio básico em nosso direito, de que o patrimônio do devedor responde, na totalidade, pelo pagamento de suas dívidas¹⁸; a fim de não contrariar a sistemática da legislação, mister se faz a supressão desse dispositivo.

§ 5.º *O controle governamental das vendas a crédito*

22. Estatuí o projeto n. 864, de 1955, no art. 2.º, que a faculdade de negociar pelo sistema de crédito fica restrita aos estabelecimentos comerciais, legalmente organizados com o propósito definido de venda de mercadorias duráveis, vedando, o § 1.º, terminantemente, o uso desse

18. Cf. o parecer do deputado Hugo Napoleão, no *Diário do Congresso Nacional*, seção I, de 20 de maio de 1956.

sistema pelo comércio ambulante de qualquer natureza. O § 2.º declara insuscetíveis de transação bancária, excluídas as operações de cobrança, quaisquer títulos ou documentos, referentes à venda de mercadorias a prestação.

Não encontramos fundamento constitucional para a discriminação que se pretende introduzir no tocante a estabelecimentos comerciais autorizados a operar na modalidade de vendas a crédito, e outros que não o são. A nosso vêr, tal distinção não pode prevalecer, diante do princípio da liberdade de comércio, tradicional em nosso direito, e que se contém no preceito do art. 141, § 14 da Constituição Federal. Não há motivo, por outro lado, para excluir do comércio ambulante o uso do sistema de vendas a prestação, proibição que, aliás, seria inteiramente inócua, dada a dificuldade de uma fiscalização eficiente nesse setor.

Reputamos, ainda, inteiramente sem propósito a exclusão de transações bancárias, de quaisquer títulos ou documentos referentes à venda de mercadoria a prestação (art. 2.º, § 2.º do projeto n. 864/55). Essa disposição não se justifica, visto que “a regulamentação é feita exatamente para permitir como contrapartida o privilégio do desconto aos que negociarem de acôrdo com as condições estabelecidas”¹⁹.

23. O projeto n. 3.337/57, do deputado JOSÉ MIRAGLIA, propugna a adoção de medidas mais nitidamente intervencionistas. Assim, estabelece no art. 2.º que os estabelecimentos comerciais que desejarem efetuar vendas a prestação deverão requerer alvará de autorização à Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC). A autorização da SUMOC somente será concedida, na forma do art. 3.º, após exame do respectivo plano de vendas, cujas condições mínimas enumera (ver *infra* n. 25).

Indo além, no art. 6.º prevê a fiscalização, pela SUMOC, dos estabelecimentos autorizados a efetuar vendas ou a

19. S. M. POLITI, *parecer* datado de 30 de abril de 1956, aprovado pelo Departamento de Economia Industrial do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo.

prestar serviços pelo sistema de pagamento em prestações, de forma a coibir e punir as transgressões. A repressão será feita pela aplicação de multas progressivas e pela cassação da autorização de funcionamento, independentemente de outras medidas de ordem fiscal, penal ou civil que forem cabíveis. Acrescenta o art. 7.º que caberá à SUMOC reprimir com energia a cobrança de juros acima da taxa legal e a elevação de preços das mercadorias ou serviços, em razão da facilidade de pagamento. Competirá, outrossim, à SUMOC, nos termos do art. 8.º, editar, dentro do prazo de noventa dias, instrução regulamentando a aplicação e a fiscalização da lei.

Não acreditamos na exequibilidade das medidas de fiscalização, atribuídas à SUMOC pelo projeto n. 3.337/57. Temos diante dos olhos o exemplo frisante da Lei n. 1.522, de 26 de dezembro de 1951, que criou a Comissão Federal de Abastecimento e Preços, órgão governamental que de nenhum modo correspondeu aos objetivos que ditaram sua criação, e cuja extinção tem sido preconizada pelo Poder Legislativo²⁰.

Não confiamos na eficácia de contrôles e restrições, exercidas por órgãos estatais, que muitas vèzes sòmente entravam a expansão da atividade econômica, sem qualquer resultado útil. Será preferível, a nosso vêr, assegurar a observância da lei através da previsão de sanções pela violação de seus dispositivos, de modo a conferir-lhe realização espontânea, independentemente de contrôle ou fiscalização.

24. Por outro lado, embora deva haver uma correlação entre a importância máxima do crédito a ser concedido ao consumidor, e o seu rendimento, não nos parece viável o estabelecimento de contrôle individual, em relação aos consumidores, mediante “vistos” nas carteiras profissionais ou nos títulos a serem descontados, tarefa essa que

20. Discurso do deputado DANIEL FARACO, transcrito no *O Estado de São Paulo* de 12 de abril de 1958, pág. 16.

cabe naturalmente a cada empresa ou banco interessado na transação.

Por último, afigura-se-nos inconstitucional o dispositivo do art. 8.º do projeto n. 3.337/57, que autoriza a SUMOC a expedir instrução regulamentando a aplicação e fiscalização da lei de vendas a prestação. Nos termos do art. 87, inciso I da Constituição, compete *privativamente* ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, sendo que o art. 36, § 2.º da mesma Carta veda expressamente a qualquer dos Poderes delegar atribuições. Estamos, assim, que a regulamentação da lei só poderá ser feita por meio de decreto do Poder Executivo, nunca através de simples instrução da SUMOC^{20A}.

§ 6.º *Entrada inicial e número de prestações*

25. O art. 5.º do projeto n. 864, de 1955, autoriza o Poder Executivo a fixar, mediante decreto, o valor percentual mínimo da entrada sobre o preço de venda à vista, bem como o número máximo de prestações a serem pagas pelo comprador, para os diversos tipos de mercadorias, de produção nacional ou estrangeira, que possam ser objeto de venda a prestação. O valor da entrada, em qualquer caso, não poderá ser inferior a 20% do preço de venda à vista e o número de prestações mensais superior a dez.

O projeto n. 1.337, de 1957, no art. 3.º inscreve as condições mínimas exigíveis para os planos de venda em prestações a serem submetidos à SUMOC: a) — lavratura de contrato, em livro próprio, que se refira expressamente às

20A. No mesmo sentido é o parecer do Professor WALDEMAR FERREIRA, concluindo pela inconstitucionalidade da Portaria n. 309, do Ministro da Fazenda, que regula as sociedade de crédito, financiamentos e investimentos.

21. O projeto n. 1.337/57, se refere, nos arts. 3.º, letra *a* e 4.º a planos de “crediário”, para indicar o sistema de vendas a crédito. Não é, contudo, de boa técnica o uso da expressão “crediário”, que é criação de fantasia de propriedade particular, devidamente registrada no Departamento Nacional da Propriedade Industrial.

mercadorias vendidas²¹; b) — pagamento inicial em dinheiro, correspondente a 25% do valor da compra, no mínimo; c) — o restante do preço dividido, no máximo, em doze pagamentos mensais e iguais; d) — o preço não poderá ultrapassar o das vendas à vista, apenas acrescido dos juros sobre o saldo devedor, que serão acrescidos às prestações mensais. O art. 4.º proíbe, outrossim, a venda em prestações de mercadorias não essenciais de valor unitário inferior a Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros).

26. Entendemos, neste particular, que a melhor orientação será a de conceder ao Executivo poderes para fixar as condições mínimas a que se deverão subordinar as vendas a crédito, de acôrdo com as mutações econômicas. Como declarou o deputado HUGO NAPOLEÃO, relator do projeto n. 864/55 na Comissão de Constituição e Justiça, “os instrumentos de política econômica devem ser suficientemente flexíveis, para que possam ser aplicados nas diferentes situações conjunturais”²²

Existem, porém, limites que naturalmente não podem ser ultrapassados, como, por exemplo, a permissão de vendas sem pagamento inicial. Dentro dos critérios impostos pela política de maior restrição ao crédito de consumo, que as autoridades monetárias julguem conveniente adotar, é claro que sempre caberá uma boa dose de discricionariedade. As próprias restrições introduzidas pela regulamentação das vendas a prestação impedirão a fixação de prazos excessivamente longos.

Estamos, por esse motivo, de acôrdo com as diretrizes que nortearam a apresentação de substitutivo pelo deputado HUGO NAPOLEÃO, no qual, em essência, propõe a manutenção, tão somente, dos arts. 1.º e seu § 1.º, 4.º e 5.º do projeto n. 864/55. Tal substitutivo confere à proposição maior flexibilidade, em contraste com a rigidez de alguns dispositivos da redação original.

22. *Diário do Congresso Nacional*. secção I, de 20 de maio de 1956 pag. 3.881/2.

§ 7.º *Sanção penal e sanção civil*

27. Os projetos ns. 864/55 e 3.337/57 não inscreveram normas cominando sanções pela infração de seus preceitos, restringindo-se o último apenas a declarar, no parágrafo único do art. 6.º, que a repressão será feita pela aplicação de multas progressivas e pela cassação da autorização de funcionamento, independentemente de outras medidas de ordem fiscal, penal ou civil que forem cabíveis.

O projeto n. 688/55 cuida, porém, no § 2.º do art. 3.º, de estipular as penalidades cabíveis pela infringência de seus preceitos, e que são as seguintes: um a dois anos de prisão e multa de vinte mil cruzeiros (Cr\$ 20.000,00) a cem mil cruzeiros (Cr\$ 100.000,00), elevadas ao dôbro no caso de reincidência.

Para melhor adequação das penas previstas, seria aconselhável a remissão ao texto da lei que regula os crimes contra a economia popular (Lei n. 1.521 de 26 de dezembro de 1951, art. 4.º), a qual pune a usura pecuniária ou real com a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa de cinco mil a vinte mil cruzeiros. Evitar-se-ia, dessa forma, a desproporção flagrante entre as penas cominadas pelo projeto n. 688/55 e as previstas na legislação que define o crime de usura.

28. Em consonância com a opinião de NELSON HUNGRIA, acreditamos, porém, que a sanção mais eficaz ainda é a decretação da nulidade da convenção contendo a estipulação de juros ou lucros usurários, tal como já prevê a legislação, pois tal fraude resultaria inútil. “Desde que se suprime o livre arbítrio na estipulação de juros, prefixando-se na lei o máximo algarismo percentual dêstes, a sanção penal é uma superfetação, reduzindo-se ao papel, pouco edificante, de uma medida que se decreta para o só efeito de ser burlada”²³.

No caso das vendas a prestação, o melhor meio de assegurar o cumprimento das medidas restritivas ora pre-

23. NELSON HUNGRIA, obra citada, pág. 164.

conizadas, será a sanção civil, mediante a decretação da nulidade das cláusulas infringentes da lei.

Nesse sentido, pode ser invocado o precedente do art. 11 do Decreto n. 22.626, de 1933, que dispunha: “O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais”. Essa norma foi abrandada no seu rigor pelo disposto no art. 4.º, § 3.º, do Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, que estatuiu: “A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido”. Essa disposição foi reproduzida *ipsis litteris* no mesmo artigo da Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

De acôrdo, portanto, com a legislação em vigor, “a nulidade atingirá não o contrato em que se tenha estabelecido juros acima da maior taxa permitida por lei, mas apenas a estipulação, e essa mesma só na parte que ultrapassar aquela taxa. O contrato continuará válido, devendo sòmente os juros ser contados de acôrdo com o que foi ajustado pelo juiz”²⁴.

§ 8.º Conclusão

29. Dada a evidente conexão dos assuntos tratados pelos projetos ns. 688/55, 864/55 e 3.337/57, somos de opinião que deveriam ser objeto de exame em conjunto, razão pela qual deveriam ser apensados ao de n. 864/55, que se encontra com a tramitação mais adiantada, para que fôsem apreciados concomitantemente, na forma do Regimento Interno da Câmara Federal.

As sugestões oferecidas neste trabalho poderão servir de subsídio ao debate do importante problema da restrição do crédito ao consumo, e para a projetada regulamentação.

24. MARCELLO ULYSSES RODRIGUES, *Empréstimos de Dinheiro e a Nova Legislação Brasileira*, São Paulo, 1941, pag. 164.

A Etnografia como ciência auxiliar do estudo da história do Direito

Fernando Henrique Mendes de Almeida

Docente livre de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

I

Introdução

1. Em 1939, tivemos o ensejo de publicar um trabalho¹ que nos havia sido suscitado pela intuição de que uma ciência nova se fazia necessária como instrumento de poderoso auxílio para a compreensão de não poucas relações jurídicas e leis antigas que as regulamentaram. O trabalho, como é forçoso reconhecer, é repentino e imperfeitíssimo e só o perdôa a circunstância de haver sido escrito à altura dos ridentes e saudosos 30 anos de idade, quando tínhamos convicção de nossa maturação e o leitor, desgraçadamente, não a tinha.

A ciência nova, de que falamos aqui, tomou impulso no século passado e se chama, numa expressão consagrada: *Etnografia*.

II

O que é a Etnografia

2. A ciência que se destina a estudar povos, como unidades ou grupos naturais, tomando por base suas ori-

1. É: *O folclore nas Ordenações do Reino*, constante do volume LVI (1939), da *Revista do Arquivo Municipal*.

gens comuns, seus costumes, sua língua e posição geográfica das terras em que vivem tem um nome, hoje. E seu nome é: *Etnologia*². Como um conjunto de conhecimentos vastos, que é, tal ciência compreende um gênero, de que participam duas espécies, a saber:

- 1.º) a Etnogenia;
- 2.º) a Etnografia³.

A Etnogenia ocupa-se de estudar a origem dos povos; da parte descritiva da Etnologia, cujo objeto tivemos o ensejo de determinar, cuida a Etnografia.

Ora, os costumes dos povos aparecem: a) como expressão do meio de os identificar e distinguir; b) como manifestação de idéias do vulgo, sejam estas produtos de concepção mental primitiva, ou residuo de elementos eruditos, de que se perdeu consciência, quanto à origem^{3-A}. Pois bem. A parte da Etnografia que se desincumbe de estudar os fenômenos apontados na letra “b” supra chama-se: “*folk-lore*” Este nome não foi criado com a ciência a que êle foi dado, como designação especial, pois, ela, como veremos, preexistiu a êle, sendo tratada como “demopsicologia”, “tradições populares” ou “antiguidades vulgares”.

3. Ao referir a importância da Etnografia como auxiliar da história do Direito em geral, não estamos propondo ao leitor qualquer idéia abstrusa, nem procurando ser original com a apresentação de mais uma novidade. Tal importância já foi pressentida por muitos escritores. Com efeito, estudo do homem e da terra, bem como do trabalho de que aquêle vive (Tecnografia), dos usos que se trans-

2. LEITE DE VASCONCELOS, *Conceito de Etnologia, na Revista Lusitana* vol. XVI, 1913, págs. 330 a 337.

3. LEITE DE VASCONCELOS, ob. cit., lug. cit. e *Opúsculos*, Parte I do vol. V, págs. 2 a 8.

3A. No interior, muitos acreditam que, quando gritam em grutas e o eco se faz sentir, êste último é a voz de uma moça encantada. Êste fato, que se prende à tradição das mouras encantadas em Portugal, está ligado à vida mítica da ninfa *Eco* (veja: BOUILLET: *Dictionnaire Classique*, vb. *Eco*).

mitem de geração a geração, de superstições e parlendas, de pulhas ou pegas (Folklore); estudo de usos e modas, de pratos e adágios, que ou passam, para se transformarem noutros, ou persistem, a Etnografia oferece a vantagem de podermos explicar muitos aspectos do Direito Antigo. É o que se percebe, inúmeras vezes, quando se nos enseja ler textos das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, bem como das disposições suplementares do Direito Canônico, conhecidas como Constituições de Bispados, assim em Portugal, como no Brasil. Onde, contudo, a valia e o prestadio da nova ciência transparecem é, sobretudo, na ocasião em que nos prendemos à leitura do livro 5.º das Ordenações Filipinas, no qual são cominadas terríveis penas a todos quantos fazem feitiço, ou a êste dão curso ou crédito.

4. As considerações ora feitas devem ser lidas e meditadas. Não podem suscitar dúvidas, pois, nada contém de especialmente inovador. Aliás, a propósito disto, occorre-nos recordar uma passagem de nossa vida, de quando tivemos a fortuna de passar pelos bancos acadêmicos desta Faculdade. Foi em 1932. Para ministrar-nos ensinamentos de Direito Penal, foi designado o saudosíssimo professor LUÍS BARBOSA DA GAMA CERQUEIRA, velho amigo de JOAQUIM CANUTO DE FIGUEIREDO, nosso avô materno, desde que andou lá pelas bandas de São José do Além Paraíba e de Pôrto Novo do Cunha, nos idos do século passado.

O professor GAMA CERQUEIRA, que era um espírito curioso, ao invés de ater-se à desencantadora redação do Código Penal de 1890, por êle passava rapidamente, para ocupar-se com o título 3.º do livro 5.º das Ordenações Filipinas, no qual declarava, por intuição (porque não era conhecedor da Etnografia), havermos as raízes do fetichismo gêge-nagò da Bahia e do Rio de Janeiro. Como se tivesse ocupado longamente disso, recordamos que minoria da turma de seus alunos esboçou a idéia de protestar. Nela não nos incluímos. Primeiramente, porque não estava em nosso temperamento fulgir de valentão diante de um mestre, sobretudo

de um mestre respeitabilíssimo; segundo, porque, precisamente, ao tempo de estudante, éramos encarregado de reger, como professor adjunto, a cadeira de História da Música, no Conservatório de São Paulo e, portanto, estávamos relativamente habilitados a atinar com a utilidade das observações, alvo de injusta e insólita censura. Escoados os dias, os meses e os anos, em 1934, começamos a ver sazoados os primeiros frutos das observações do professor GAMA CERQUEIRA. Foi quando, às vésperas da conclusão do curso de bacharelado em ciências jurídicas e sociais, procuramos associar o nosso imaturíssimo conhecimento da Etnografia ao texto do livro 5.º, tit. 3.º, das Ordenações Filipinas, de onde se seguiu a publicação do trabalho acima referido^{3B}, do qual, tomando por base a frase de MELO FREIRE acêrca das "*Institutiones Iuris Civilis Lusitani*", podemos dizer que é obra "repentina, imperfecta et intra paucos menses confecta" Mas, do tentâme se tirou um resultado: algumas informações que embasaram trabalhos posteriores de outros, dotados de mais ponderação e, sobretudo, de mais segurança para o exame das questões, à luz da Etnografia.

5. Por outro lado, se a ciência aqui referida, isto é, a Etnografia, não fôsse, porventura, instrumento de cultura, não se lhe dedicariam homens do porte de MELO MORAIS FILHO, SÍLVIO ROMERO, AMADEU AMARAL, JOÃO RIBEIRO, JOAQUIM RIBEIRO e LUÍS DA CÂMARA CASCUDO, para falar nos seus mais dedicados estudiosos no Brasil. Nem despertaria ela a curiosidade de humanistas do valor de TEÓFILO BRAGA, ALEXANDRE HERCULANO, ADOLFO COELHO e JOSÉ LEITE DE VASCONCELOS, em Portugal. Nem estaria, como num veeiro de ricas informações, sugerida, através de obras de ficção, nos escritos do Padre MANUEL BERNARDES, DOM FRANCISCO MANUEL DE MELO, CAMILLO CASTELLO BRANCO e FRANCISCO XAVIER DE OLIVEIRA, mais conhecido como CAVALEIRO DE OLIVEIRA.

3B. Veja nota 1 de rodapé.

A Etnografia, para a compreensão de textos antigos de nossas leis, é arma poderosíssima. É de se lamentar, por isto, que estudiosos de nossas instituições não lhe dêem a atenção que realmente merece.

III

Área de estudo da Etnografia

6. A Etnografia aplica-se tanto ao estudo dos povos cultos, quanto ao dos povos incultos, e, assim, às comunidades incultas existentes nos agrupamentos civilizados e a influência que logram ter nestes, pelo processo da sedimentação. Por isto é que há nela aquela importante parte que, tratando de “tradições populares”, é chamada: folk-lore, isto é: folk (=povo), lore (=saber). É necessário, todavia, que, desde já, tenhamos cautela com o que, no Brasil, se tem indevidamente incluído no objeto do “folk-lore”. Assim procedendo, perdemos a prevenção que nutrimos contra êle. A expressão “folk-lore”, entre nós brasileiros, se desvirtuou devido, principalmente, à imprensa. Esta que, entre nós nada mais representa, com raras exceções, do que sub-cultura, ou melhor, “ignorância informada”, é a principal fonte da desnaturação do sentido da expressão, o qual diz respeito a uma ciência, a um conjunto de conhecimentos tão respeitável quanto muitos outros que lograram obter o respeito e a consideração até dos homens medianos. A precaução, que é de urgência tomar, há de ser tomada através da explicação de como surgiu o termo e de qual foi, antes dêle, o modo de designar os conhecimentos que se encontram em seu estudo, em bases circunspectas. É o que iremos tentar fazer, ainda que não esperançados de testemunhar efeitos capazes de garantir, para a dita ciência, todo o respeito que ela merece e lá fora lhe é tributado. Para, em suma, pôr fim a possíveis incompreensões de leitores atarantados com o emprêgo arbitrário e abusivo da expressão em foco.

7 A palavra “folk-lore” surgiu pela primeira vez no número de 22 de agosto de 1896, do jornal londrino chamado “The Athenaeum”. Empregou-a, sob o pseudônimo de *Ambrose Merton*, o arqueólogo inglês WILLIAM JOHN THOMS, para substituir termo até então em uso para significar “Antiquitates Vulgares” ou “Popular Antiquities”. Essas “Antiquitates Vulgares” eram aquêles costumes que, de geração a geração, se transferem e que êste ou aquêles povo conserva, sem ter, por vêzes, consciência de explicá-los e que, explicados, esclarecem muitas dúvidas⁴, inclusive aquelas que velhos textos de leis portuguesas, essenciais ao estudo da história do Direito no Brasil, suscitam freqüentemente. De sorte que, a rigor, não há como repudiar a utilidade de tal soma de conhecimentos que raramente a curiosidade do jurista procura.

IV

Aplicações de quanto se disse aqui

8. Na “Acta” do 2.º Concílio de Braga proibe-se aos cristãos culto aos astros (Non liceat tenere traditiones gentium, et observare vel colere elementa, aut lunae, aut stellarum cursum). E as Constituições de Bispados vieram a declarar:

“E proibimos sob pena de excomunhão maior que. pessoa. faça juízo ou levante figuras pelos movimentos, ou aspectos do sol, lua, ou estrelas. ”

4. Vejam-se: COCCHIARA (Giuseppe), *Folklore*, ed. Hoepli, Milão, 1927, págs. 1 e 2; RAMOS (Arthur), *Estudos de Folk-lore*, págs. 11 e 12; AMARAL (Amadeu), *Os estudos folclóricos no Brasil*, ed. Instituto Progresso Editorial S/A., págs. 2 a 38; LEITE DE VASCONCELOS, ob. cit., pág. 8, nota 1, pág. 10, nota 1, pág. 11, notas 1 e 2 e *Revista Lusitana*, XVI, 1913, págs. 330 a 337.

E de uma constituição do Bispado da Guarda se repete, noutras palavras, a mesma vedação, para não falar na do Pôrto, datada de 1687, que comina castigos severos a quem “reze à lua” ou “às estrêlas”⁵. É a proibição de que se façam sortilégios a poder da astrologia. Ora, sabe-se quanta influência houve das Constituições de Bispados no livro 5.º, título III, das Ordenações Filipinas. O estudante da História do Direito Nacional, que já deve saber de tal influência, pela Etnografia, compreenderá que a proibição de ligar os astros a fatos da vida humana (pôsto persista no povo e residualmente em pessoas cultas, ou como tais havidas) é antiga como a “Ora marítima” de AVIENNO, ou o que consta da Geografia de STRABÃO⁶.

9. Nalgumas legislações, as testemunhas dos testamentos deveriam ser 7. Era isto uma homenagem à significação simpática que o povo dava a tal número, o que dispensa maiores considerações⁷.

10. Do simples rifão “Bofetada! Mão cortada”, se descobre a pena cruel de mutilação da mão, da qual, aliás, nos dão notícia, ainda, muitas das passagens das Ordenações⁸.

11. Relativamente ao culto das águas, muitas são as passagens que se encontram assim nas Ordenações como nas Constituições dos Bispados. São as recomendações de que não se veja em água, cristal ou espelho, nem que ben-

5. LEITE DE VASCONCELOS, *Tradições Populares de Portugal*, págs. 2 e 3.

6. LEITE DE VASCONCELOS, *Tradições Populares de Portugal* págs. 1 e 2.

7. Sobre êste assunto, veja-se: LEITE DE VASCONCELOS, *Número 13*, nos *Opúsculos*, vol. VII *Etnologia*, parte II, pág. 1.343.

8. Veja-se: LEITE DE VASCONCELOS, *Mão cortada*, nos *Opúsculos*, VII, Parte II, pág. 1.323. — Para texto legal, veja-se: Ordenação Filipina do livro 5.º título 138.

zam “espada que passou o Douro e o Minho por três vêzes”. É matéria realmente encontradiça nos textos⁹.

12. A fitolatria é até hoje frequente entre o vulgo. Por isto o roubo de pedra de altar era rigorosamente punido¹⁰ e as Constituições do Bispado de Lamêgo, do ano de 1563, proibiam procissões a outeiros e a penedos¹¹, tradição que está viva no topônimo Montessanto¹².

Por cima do rio Douro há um penedo chamado Meio-Dia, o qual, segundo crença popular, tem três minas de ouro, prata e peste¹³, bem como Mouras Encantadas. E isto é mais um atestado da fitolatria proibida nas Ordenações Filipinas do livro 5.º, título 3º. Contudo, as Senhoras da Penha e da Lapa são admitidas no culto católico. Ademais, quem ignora as muitas superstições, ligadas ao casamento, e associadas às pedras¹⁴?

13. Inumeráveis são os exemplos em que a Etnografia oferece ao estudioso da História do Direito Nacional elementos de compreensão de textos antigos. Aqui fizemos apenas uma ligeira excursão por assunto de tamanho interesse, precisamente na esperança de que pessoas de mais largueza de vistas e de mais rica bibliografia aceitem, de uma vêz por tôdas, a afirmação que nos preocupou neste artigo.

9. LEITE DE VASCONCELOS, *Tradições Populares de Portugal*, págs. 66 a 68; *As águas, Nota acerca das fontes, Superstições de rios nos Opúsculos*, V, Parte I, págs. 516 a 521. Para textos legais, veja-se a Ordenação Filipina do livro 5.º, tit. 3.º, item 3, acerca da Rábdomania, da Hidromancia, da Cristalomania e da Catoptromancia. Consulte-se: SILVA PEREIRA, *Repertório das Ordenações I*, nota da pág. 51.

10. ORDENAÇÃO FILIPINA, do livro 5.º, tit. III, *in principi*.

11. LEITE DE VASCONCELOS, *Tradições Populares de Portugal*, pág. 85.

12. LEITE DE VASCONCELOS, *Tradições Populares de Portugal* pág. 85.

13. LEITE DE VASCONCELOS, *O penedo do Meio-Dia VII*, Parte II pág. 1.321 dos *Opúsculos*. E no mesmo autor, *Tradições Populares de Portugal*, págs. 89/90.

14. Cf. TEÓFILO BRAGA, *Origens Poéticas do Cristianismo* págs. 134 e 135.

14. Ocorre-nos, também, lembrar, aqui, as doutíssimas lições do professor JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA. De copioso saber e dedicada preocupação em transmiti-lo, foi êle um dos mestres desta Faculdade, dentre os a quem devemos nossa formação, preocupados, ainda com as idéias da Etnografia como auxiliar da compreensão da História do Direito Nacional. Fê-lo sentir, por diversas feitas, quando nos prelecionou em 1931 a Introdução à Ciência do Direito. Aos dois mestres (professôres GAMA CERQUEIRA e JOÃO ARRUDA) prestamos a homenagem de nossa gratidão aqui. E' expressão incolor e, contudo, bem intencionada, que aqui deixamos.

16. Oxalá, portanto, o que aqui pomos escrito dê os frutos que dêle esperamos, frutos que, como aqui fazemos manifesto, se prenderão à passagem daqueles dois professôres por esta Casa, que, de-menino, aprendemos a venerar.

A representação orgânica no condomínio por planos

Paulo Carneiro Maia

Docente livre de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

1. O condomínio¹ designado por planos, pela fecundidade do assunto, tem suscitado inúmeras e variadas questões. Muitas delas versadas pelos escritores, por vèzes insatisfatòriamente, enquanto outras persistem íntegras desafiando a intranquilidade dos estudiosos.

Na gama multifária dêsses temas avulta o da representação, como órgão coletivo, que não pode ficar insensível à realidade subjacente.

2. A qualificação da natureza das pessoas jurídicas sempre dividiu e continua dividindo os escritores. Averigüa-se a cada passo. Bem por isto, a extensão do conceito de personalidade jurídica a entidades coletivas, embora

1. Os vocábulos condomínio, comunhão ou compropriedade, conquanto apresentem nuanças desiguais, não tendo nossa língua "nome breve" e extreme de dúvidas para revelar o conteúdo conceitual da comunhão em edifícios de apartamentos, por andares ou não, (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito predial*, 1947, Rio de Janeiro, José Konfino, vol. II, p. 27 n.º 3 e p. 29, n.º 1; J. A. DE FARIA MOTA, *Condomínio e vizinhança*, 1942, São Paulo, Saraiva & Cia., n.º 8, p. 17; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Loteamentos e Condomínios*, 1953, São Paulo, Max Limonad, vol. II, n.º 170, pp. 69/75), são empregados como sinônimos, generalizando-se o acolhimento dessa prática (EDUARDO ESPINOLA, *Posse. Propriedade. Compropriedade ou condomínio. Direitos autorais*, 1956, Rio de Janeiro, Conquista, n.º 178-A, p. 334, nota 2; ORLANDO RIBEIRO DE CASTRO, *A propriedade dos apartamentos*, 1944, Rio de Janeiro, Rodrigues & Cia., n.º XV, pp. 50/51).

não se espinhe das dificuldades que afrontem seu caráter unitário, reclama ordenação de idéias.

Regista o professor VICENTE RÁO, depois de passar em análise os principais sistemas doutrinários destinados a qualificar a natureza das pessoas jurídicas, que no estágio atual do direito às propensões de elasticidade não são escassas. Suas palavras conclusivas foram as de que, efetivamente, se acentua, “no direito moderno, a tendência de se ampliar o campo de aplicação do conceito de personalidade jurídica de modo a compreender, por exemplo, os patrimônios separados, o condomínio, a massa hereditária e situações outras que, como estas, reclamam nova e melhor disciplina. Assim se procedendo, admitir-se-iam, ao lado de unidades jurídico-sociais, unidades meramente técnicas e jurídicas, dotadas, umas e outras, de subjetividade de direito”².

3. A concepção romana da propriedade individualista, adotando a regra da indivisibilidade dos prédios por

Embora sem justificativa histórica, alguns escritores já estão perfilhando a expressão “propriedade horizontal”, mais suscinta, para significar essa espécie de propriedade por planos (LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, 1936, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, vol. XI, n.º 1.669, p. 283 e *Da propriedade horizontal por andares*, 1956, Lisboa, Ática Limitada, n.º 5, pp. 18/23; JOSÉ CANDIDO PIMENTEL DUARTE, *Edifício de apartamentos*, 1935, Rio de Janeiro, Tip. Jornal do Comércio, n.º 1, p. 11; MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Propriedade em planos horizontais. Edifícios de apartamentos*, in *Rev. de Direito* 139/15-27 e *Tratado dos registros públicos*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Editora A Noite, vol. IV, n.os 676-690, pp. 253/297; ORLANDO GOMES, *Direitos reais*, 1958, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, n.º 173, pp. 301/302), a despeito de não ser ela isenta de mácula, implicar na existência oposta de propriedade vertical, quando toda propriedade tem extensão horizontal e vertical, e poder constituir até um paradoxo das construções que se levantam em sentido chamado vertical.

2. *O direito e a vida dos direitos*, 1958, Max Limonad, São Paulo, vol. 2, n.º 124, p. 250. Sem que o condomínio seja, própria e propriamente, pessoa jurídica, ente dotado de personalidade, encerra comunidade de interesses, tanto ativos como passivos, no qual, por vèzes, há comportamento assemelhado a aconselhar que se credencie, com atribuições, quem por êle possa agir, em nome do grupo, no mundo exterior.

planos³, cedeu lugar ao critério oposto, qual o da sua divisibilidade em unidades autônomas.

Com a codificação francesa, seguida de perto pelas que nela se moldaram⁴, regulando a matéria para épocas que já se foram e sem lhe dar maior projeção, desbordou o problema para as leis especiais.

Entre nós, como interessa lembrar, ante as contingências impostas pelas construções modernas fraccionadas, que os rumos sociais e as conveniências econômicas alvitram, cogitou o Congresso Nacional de regular o assunto. Fê-lo, há mais de trinta anos, através de diploma legislativo que dispôs sobre a alienação parcial dos edificios acima de cinco andares⁵.

Apesar de suas deficiências inegáveis e mesmo de seus defeitos de técnica — tudo a exigir novas vistas do legislador pátrio — êsse decreto visou a atender àquelas necessi-

3. A asseveração de SAVIGNY quanto à repetida repulsa do direito romano pela compropriedade dos andares não é mais tranqüila a teor dos reparos de FILADELFO AZEVEDO, (*Destinação do imovel*, 1932, Rio de Janeiro, Tipografia Alba, n.º 27, p. 118), LUIZ MACHADO GUIMARÃES, (*Comentários ao código de processo civil*, 1942, Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, vol. IV, n.º 87, p. 88, nota 137), MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, cit. (*Tratado dos registros públicos* vol. IV, n.º 679, p. 266), PONTES DE MIRANDA, (op. vol. cit., vol. II, § 7, p. 31) e notadamente de STANISLAU PINELES, (*Questions de droit romain*, tradução de Nicolas Herzen, 1911, Paris, V. Giard & E. Brière, pp. 13/32), pelo primeiro divulgado entre nós e que, no seu dizer, demonstrou, “com argumentos de erudição pouco vulgar”, a tese oposta bem como o “uso imemorial dêsse sistema de habitação, salvo na Germânia”.

4. *C. c. francês*, art. 664, com a redação da lei de 28.VI.1938, e modificações do dec. de 29.XI.1939, e da lei de 4.II.1943; *c. c. italiano* de 1865, arts. 562 e 564, sendo essa matéria hoje tratada, de modo sistematizado, pelo *c. c.* de 1942, em capítulo próprio, arts. 1.117 a 1.139; *c.c. espanhol*, art. 396, com a redação da lei de 26.10.1939 e outros códigos mais.

5. Dec. 5.481, de 25.6.1928. O art. 1 dêste decreto foi modificado, originariamente, pelo dec.-lei 5.234, de 8.2.1943, depois pela lei 285, de 5.6.1948, reduzindo-se a exigência, primeiro, de cinco para três andares, depois de três para “dois ou mais pavimentos” a fim de ser instituído condomínio em qualquer edificio.

dades geradas por outras condições de vida, nas cidades maiores, com suas abrangências múltiplas.

4. Pela sistemática do decreto regulador dessa espécie de condomínio ficaram distinguidas, como convinha, a unidade autônoma, com os direitos e obrigações que lhe são inerentes, e as partes comuns que constituem coisa inalienável e indivisível, *pro partibus indivisis*, do domínio de todos os proprietários do prédio (arts. 1 e 2).

Surgem aí, paralelamente, as obrigações *propter rem* ou *ob rem*, que configuram direitos mixtos e constituem *tertium genus* a qualificar figuras ambíguas, que participam tanto do direito real como do direito obrigacional, tutelando relações em conflito dos *jura vicinitatis* ⁶.

Estabeleceu-se critério para a administração do imóvel, “no que respeita aos serviços que interessam a todos os moradores” (art. 8), às “despesas comuns de conservação do edificio” (art. 9) e às “obras que interessarem à estrutura integral do edificio ou seu serviço comum” (art. 10).

Ao lado das atribuições cometidas ao administrador, que, por costume, veio a ser denominado síndico ⁷, escolhido pela forma preconizada (art. 8), estatuiu-se acêrca

6. CARLOS MAXIMILIANO, *Condomínio. Terras, apartamentos e andares perante o direito*, 1944, Rio de Janeiro, São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, n.º 54, p. 72; FILADELFO AZEVEDO, op. cit. n.º 7, p. 30 e n.º 28, p. 122; ALFREDO BUZARD, *Da ação renovatória*, 1957, São Paulo, Saraiva S. A., n.º 96, pp. 158/159; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, cit. *Da propriedade horizontal ou por andares*, p. 93; FRANCESCO FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, 1921, Roma, Athenaeum vol. 1, único, n.º 96, p. 451; DOMENICO RICCARDO PERETTI-GRIVA, *Il condominio di case*, Torino, 1942, Utet, n.º 6, p. 57; HASSEN ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation "propter rem" en droit positif français*, 1957, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. n.º 21-29, pp. 18/26.

7. Censura PONTES DE MIRANDA o emprêgo do vocábulo escrevendo que “síndico é italianismo, que não corresponde à figura do administrador segundo a lei brasileira, nem há, no Brasil, sindicato de comuneiros. Ao nosso individualismo repugna êsses enxertos corporativos, com que escritores nossos, copiando livros estrangeiros, conspur-

do orçamento, para atender às despesas comuns de conservação, e de seus efeitos vinculativos, inclusive quanto aos ausentes e dissidentes (art. 10).

Esse quadro, nos seus contornos largos, já nos permite devassar e situar o motivo objetivado, qual o da representação condominial e sua órbita.

5. Semelhante idéia de indivisão segundo a qual, de um lado, o comuneiro é proprietário individual de sua unidade autônoma, com a propriedade plena e privativa que lhe é inerente, de outro lado, é titular de quota-parte ideal, inalienável e indivisível do domínio de todos os outros co-proprietários, sôbre o “terreno em que assentam o edifício e suas instalações e o que lhe sirva a qualquer dependência de fim proveitoso e uso comum” (art. 2), conduz à concepção de certa representação do órgão, considerado distintamente dos co-interessados na comunhão.

Já que o próprio diploma específico dispôs que o condomínio por meação de paredes, soalhos e tetos dos apartamentos “regular-se-á pelo disposto no código civil, no que lhe fôr aplicável” (art. 4), apegando-se a essa estrutura que “não repugnava a construção jurídica da comunhão pro diviso, com a porção *maior dividida* e a porção menor *indivisa*”⁸, bem como preceituou quanto a administração (art. 8), verifiquemos as relações entre comuneiros nos dois graus de incidência. Façamo-lo atentos a que a administração, por sua natureza, envolve a representação nas controvérsias atinentes ao seu âmbito, a caracterizar aquelas “unidades meramente técnicas e jurídicas”, dotadas de “subjetividade de direito”, de que fala VICENTE RÁO⁹

cam o nosso direito. Já é tempo de pensarmos por conta própria, ou melhor, de voltarmos a pensar por conta própria, bebendo a ciência, note-se a ciência, onde quer que a encontremos. E fazemos mais do que os outros”, (Op. vol. cits., § 96, p. 238).

8. PONTES DE MIRANDA, op. vol. cits., § 8, n.º 2, p. 32. Tal não é a opinião de FILADELFO DE AZEVEDO, (op. cit., n.º 27, 121), que, sem maior desenvolvimento, asseverou ter o nosso código silenciado a respeito.

9. Op. vol. loc. cits..

6. No condomínio tradicional — fazendo-se aqui abstração das teorias de sua natureza jurídica, a cujo balanço LODOVICO BARASSI procedeu a contento¹⁰ — encontramos elementos abonadores da construção representativa no condomínio por planos ou, pelo menos, aspectos análogos que contribuem a tanto.

Com efeito, o condômino que, no interesse da coletividade dos membros partícipes do condomínio, intenta qualquer medida judicial, age não somente em nome próprio, representando sua fração no imóvel, como em nome de todos. E até considerado por muitos um verdadeiro *negotiorum gestor* pelas dívidas contraídas em proveito da comunhão.

Tal situação jurídica — já o esboçamos em estudo de outra ordem¹¹ — foi entrevistada, de há dilatado período a esta parte, pela doutrina dos povos cultos e se consubstancia no nosso direito positivo. Este, de forma expressa, assegura a cada condômino, exercer “todos os direitos compatíveis com a indivisão”¹².

Qualquer condômino pode intentar ação de nunciação de obra nova e defender, em geral, seus direitos no condomínio¹³.

Em diversas passagens processuais¹⁴ o legislador tornou inconteste a atuação do condômino depois de firmar a regra do litisconsórcio unitário, havendo coincidência de direito objetivo¹⁵.

O princípio da representação recíproca assenta no dever de solidariedade já que não se compreende que o co-li-

10. *Proprietá e comproprietá*, 1951, Milano, Dott. A. Giuffrè, n.os 39-50, pp. 104/157.

11. *Sôbre a individuação da responsabilidade na execução do projeto condominial*, 1957, São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais Ltda., n.os 6-7, pp. 17/20.

12. *C. c.*, art. 623, n.º I.

13. *C. c.*, arts. 488 e 634.

14. *C. p. c.*, arts. 302, n.º VIII, 392, 405 e 410.

15. *C. p. c.*, art. 90.

tigante, em se lhe deparando oportunidade de defender interesses comuns a várias pessoas, se limite egoisticamente à defesa dos interesses próprios. É a consagração legal de que se dá a representação do litisconsorte inativo pelo litisconsorte ativo ¹⁶.

Torna-se, assim, manifesto que os atos benéficos praticados por um condômino aproveitam aos demais. Seu exercício não impõe a unanimidade de apoio e nem reclama autorização prévia. Bem o observam COLIN E CAPITANT: “De même, un copropriétaire n’a pas besoin de se ménager l’assentiment des autres pour apporter à la chose commune des modifications et des transformations, pourvu qu’elles ne causent aux autres consorts aucun préjudice et ne soient pas contraires à la destination de la chose” ¹⁷.

Tem, pois, cada condômino o direito de agir em nome próprio, acarretando, com isso, proveito para os demais condôminos. E o direito de cada condômino é amplo como o do proprietário singular, limitado, apenas, pelo exercício de igual direito por parte de outro consorte. Expressiva e concludente é a lição, sempre nova, de DEMOLOMBE: “Nous croyons même que chacun des cohéritiers a également le droit, avant tout partage et durant l’indivision, d’agir, pour sa part, en revendication contre les tiers détenteurs des immeubles de l’hérédité, et plus généralement d’exercer, jusqu’à concurrence de sa part, toutes les actions dont le but sera de conserver son droit dans les biens héréditaires” ¹⁸.

7. Se a administração do condomínio por planos cabe ao administrador, pelo sistema legal regente (art. 8), assegurando-lhe, ainda, o diploma processual ação executiva, “para cobrar do co-proprietário do edifício de apartamentos

16. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, 1947, Rio de Janeiro, *Rev. Forense*, vol. 1, p. 347 e cit. *Tratado de direito predial*, vol. II, § 99, p. 243.

17. *Cours élémentaire de droit civil français*, 1923, 4.^a ed., Paris, Librairie Dalloz, vol. I, p. 777.

18. *Cours de code de Napoléon*, vol. XV, *Traité des successions*, 1859, Paris., L. Hachette et Cie., tomo III, n.º 481, p. 463.

a quota relativa às despesas gerais fixadas em orçamento”¹⁹, seria desarrazoado negar-lhe o direito de representação para isto. Tanto mais quanto é princípio geral e indiscutível que, quem administra, tem representação judicial nos casos advindos de suas atribuições.

A qualificação do condomínio como ente coletivo, representado pelo administrador, nos limites estreitos da administração, encontra sustentáculos conhecidos.

Em sua monografia, ORLANDO RIBEIRO CASTRO, levando ao extremo esta concepção, depois de enunciar que, “extinta a fase da incorporação, surgindo o condomínio por fórmulas jurídicas diversas como massa condômina, sociedade civil, sociedade por quotas ou anônimas, a critério do seu organizador”, passa a desenvolver seu pensamento. Viu êle no próprio decreto (art. 9), em cuja análise se deteve, a criação de figura jurídica que, à míngua de denominação, chamou de massa condômina. E frisou: “o legislador criou uma figura jurídica, composta dos proprietários dos apartamentos, com atribuições definidas (deveres), podendo obrigar aos proprietários ao concurso nas despesas (direitos). Logo foi criada uma pessoa jurídica legal semelhante à massa falida na falência, a massa concorrente, no concurso de credores, ao espólio — no inventário, etc.”²⁰.

Embora essa construção seja extremada, encerrando confrontos nem sempre aceitáveis, proporciona subsídios para a representação orgânica.

Mais moderado num sentido, porém avançado em outro, é CARLOS MAXIMILIANO quando aceita a representação ativa e passiva do administrador em juízo, como se fora o “conjunto, em litígios contra o condomínio ou terceiros”, para deduzir, ainda, que se não houver administrador “o

19. *C. p. c.*, art. 298, alínea X.

20. *Op. cit.*, pp. 28 e 63.

juiz designa um dos condôminos, para representar o todo, na lide contra êste iniciada”²¹.

Em têrmos de equilíbrio, entre estas duas opiniões, EDUARDO ESPINOLA, diz que “o administrador representa o condomínio em juizo, ativa e passivamente, dependendo em certos casos de poderes especiais”²².

8. Objetar-se- , talvez, que no caso da aço executiva, atribuida ao administrador, tudo se passa no plano do fen meno da substitui o processual, em grau de singularidade, que não justificaria regra para representa o orgânica do condomínio.

Essa figura do substituto processual, a bem dizer especiosa, idealizada na Alemanha, cuja conceitua o e nomenclatura CHIOVENDA introduziu na ciência processual italiana, consiste no fen meno pelo qual alguém age em nome próprio, mas no interêsse alheio.

Explica o laureado processualista, distinguindo a *legitimatío ad causam* da substitui o processual, que muitas vêzes um direito, reconhecível como pertencente a uma pessoa ou a uma entidade, faz-se valer em juizo *por outra pessoa*, mas em *nome próprio*, nó como representante²³.

9. Ocorre que várias das aplica es enumeradas pelo consagrado professor, como  le mesmo o reconhece²⁴, são comumente explicadas como casos de representa o.

Ademais, no código civil italiano de 1942, que disciplina a matéria “do condomínio nos edifícios” (livro III, t -

21. Op. cit., n.  209, pp. 270/271. Diverge PONTES DE MIRANDA, situado entre os poucos que repulsam a representa o judicial do administrador, argumentando que “a idéia da escolha de comuneiro que deva representar os demais   fora de qualquer fundamento jurídico. Nem há texto que pudesse invocar, nem princípio de direito. A representa o só se d  em caso de revelia e por fôrça de lei processual, atendendo-se   unitariedade do litisconsórcio” (Cit. *Tratado de direito predial*, vol. 2,   99, p. 244).

22. Op. cit., n.  202, p. 379, nota 144.

23. *Istituzioni di diritto processuale civile*, 6.  tiragem da 2.  ed., 1957, Napoli, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, vol. I, n.  39, p. 157.

24. Op. cit., vol. II, 2.  ed. revista, 1936, n.  223, p. 229.

tulo VII, capítulo II), ficou acolhido, expressamente, o princípio da representação, cometendo-se ao administrador, nos limites próprios de suas atribuições, agir em juízo seja contra os condôminos, seja contra terceiros ²⁵.

Alerta GIUSEPPE BRANCA que o fundamento dessa norma está em que o administrador representa *ex necessario* o condomínio. Há representação orgânica porque o condomínio é um ente coletivo e sua vontade se manifesta através da pessoa do órgão, o administrador. Dentre as atribuições conferidas ao administrador, “che parla *ex necessario* la voce del gruppo”, figuram as de agir em juízo “a nome del condominio, per le stesse cause per cui agisce contro i tezi. É, questo, un ulteriore riflesso della sua qualità di organo dell’ente: egli tutela l’interesse del gruppo (e non solo quello dei singoli condomini) anche contro i suoi stessi componenti” ²⁶.

Elucidam outros que, ao se reproduzir a disposição do art. 20 do Real decreto lei de 15 de janeiro de 1934, relativamente à representação dos condôminos, ocorreu conversão da fórmula, ampliando-se, assim, o âmbito dessa re-

25. O art. 1131 do c.c. italiano, sob a epígrafe “rappresentanza” dispõe: “Nei limiti delle attribuzioni stabilite dall’articolo precedente o dei maggiori poteri conferitigli dal regolamento di condominio (1135) o dall’assemblea, l’amministratore ha la rappresentanza dei partecipanti e può agire in giudizio sia contro i condomini sia contro i terzi (1133).

Può essere convenuto in giudizio per qualunque azione concernente le parti comuni (1117) dell’edificio; a lui sono notificati i provvedimenti dell’autorità amministrativa che si riferiscono allo stesso oggetto (Att. 65).

Qualora la citazione o il provvedimento abbia un contenuto che esorbita dalle attribuzioni dell’amministratore, questi è tenuto a darne senza indugio notizia all’assemblea dei condomini.

L’amministratore che non adempie a quest’obbligo può essere revocato (1129) ed è tenuto al risarcimento dei danni (1138; Att. 64).

26. *Della proprietà, in Commentário del codice civile*, a cargo de Antonio Scialoja, 1951, Bolonha — Roma, S. I. A. E., pp. 406 e 433/436.

apresentação concedida ao administrador “nelle liti promosse contro i partecipanti”²⁷

10. Já parece equacionado, tanto como problema quanto como conceito, que a representação orgânica do condomínio, em esfera circunscrita, constitui imperativo no direito moderno.

Basta discernir, quer na representação ativa, quer na passiva, aquilo que se contém nas atribuições inerentes ao administrador e aquilo que encerra os direitos dos próprios condôminos, não envolvendo interesses da comunhão.

Assim distinguido, sob o prisma ativo tem o administrador representação para agir contra o condômino ou qualquer estranho em tudo quanto resulte de suas atribuições normais. Cabe-lhe, independentemente de autorização da assembléia, cobrar em juízo, do condômino faltoso, sua quota relativa às despesas gerais fixadas em orçamento; obstar, mediante medida judicial, que se estabeleçam no apartamento — desnaturando-se sua finalidade residencial — enfermarias, oficinas, laboratórios ou instalações perigosas; impedir que o condômino transmude em uso privado as partes de uso comum do edifício, como os corredores, caminhos internos, entradas principal e de serviço; opôr-se à mudança da forma externa da fachada do prédio ou à alteração das esquadrias externas e tantas outras medidas — inclusive as possessórias sôbre as áreas e coisas comuns — que muitas leis regentes do condomínio especificam²⁸.

Tem o administrador, por outro lado, a representação passiva do condomínio, em qualquer processo em que se

27. G. PANDOLFELLI, G. SCARPELO, M. STELLA RICHTER, G. DALLAR, *Codice civile*, 1941, Milano, Dott. A. Giuffrè, p. 285; NICOLA STOLFI e FRANCESCO STOLFI, *Il nuovo codice civile comentato*, 1944, Napoli, Casa Editrici Dott. Eugenio Jovene, vol. III, p. 437.

28. Entre nós, o cit. dec. 5.481, de 25.6.1928, no seu art. 11, veda ao proprietário de apartamento uma série desses atos, permitindo que o “interessado” intente a competente ação, o que não exclui, antes justifica, o ingresso do administrador em juízo, pois seu interesse nisso a benefício do condomínio e bom desempenho da administração, não pode ser menor.

litigue a respeito das deliberações tomadas em assembléia, envoltentes de direitos de terceiros, condôminos ou não; nas reclamações trabalhistas; nas ações possessórias e petitórias relativas às partes comuns e em outras oportunidades mais. Não na tem, por óbvio, estando em jôgo direitos exclusivos dos condôminos, *verbi gratia*, na desapropriação.

A expropriação — ensina CUNHA GONÇALVES — “ainda que parcial, deverá ser feita com citação de todos os proprietários; e a respectiva indenização paga pela entidade expropriante deverá ser rateada entre todos os condôminos, proporcionalmente ao valor dos seus apartamentos. Se, porém, a expropriação fôr parcial e a parte expropriada pertencer, apenas, a um grupo de condôminos, é claro que só êstes poderão participar do rateio da referida indenização”²⁹.

Teve CARLOS MAXIMILIANO a intuição do problema ao notar, com arrimos em VISCO e PERETTI GRIVA, que o administrador, nos limites da lei e do regulamento ou título do imóvel, “representa em juízo o conjunto, em litígios contra condômino ou terceiro, como autor ou réu”. Prossegue afirmando que o administrador “pode agir no fôro, por alvedrio próprio, nos casos inerentes ao seu cargo: por exemplo, nas controvérsias relativas a deliberações da assembléia de consortes, cobrança das quotas dos co-interessados, locação de coisa comum ou licenciamento do porteiro. Propõe ações possessórias, de nunciação de obra nova e dano temido, sequestros e outros atos conservatórios e ur-

29. Cit. *Da propriedade horizontal ou por andares*, n.º 15, pp. 66 /67. Dispõe o art. 7, parágrafo único do cit. dec. 5.481, de 25.6.1928, que a desapropriação “alcançará sempre a *totalidade* do edifício com tôdas as suas dependências”, estabelecendo, assim, restrição até anti-econômica para o poder expropriante e instituindo regra de duvidoso caráter absoluto.

Observa PONTES DE MIRANDA, a propósito dessa limitação, que “isso não quer dizer que se não possa desapropriar apenas um pedaço de terreno não construído”, pois a “lei fala da totalidade do edifício, e não de totalidade do prédio” (Op. vol. cit., § 104, p. 253).

gentes, bem como ações petitórias com objeto reintegrativo; enfim, tudo o que tenha caráter e finalidade de conservação”. Finaliza frisando que “maiores são os poderes do síndico em hipótese de representação passiva, quando a comunidade seja Ré. Se êle não dá conta, aos condôminos, da citação recebida, nem por isto a mesma e as respectivas conseqüências deixam de atingir a todos; pois a obrigação de comunicar é interna”³⁰

11. A conclusão que se impõe, se não falhou a economia dêste estudo, é a de que, embora o condomínio não seja pessoa jurídica³¹, traduz conjunto econômico-jurídico que enseja representação. Tal representação, naquilo que não discrepa da configuração unitária e dentro das lindes anteriormente distinguidas, deve caber ao administrador como intérprete legítimo da voz do órgão.

30. Op. cit., n.º 209. pp. 270/271.

31. CARLOS MAXIMILIANO, op. cit., n.º 205, p. 267; CALOGERO GANGI, *Personae fisiche e personae giuridiche*, 1948, Milano, Dott. A. Giuffrè, n.º 171, pp. 223/224; ANTONIO VISCO, *La disciplina giuridica delle case in condominio*, 4.^a ed., 1953, Milano, Dott. A. Giuffrè, n.º 156, p. 238.

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

A crise do Supremo Tribunal Federal*

Alfredo Buzaid

Catedrático de Direito Judiciário Civil
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

CAPÍTULO I

Breve perfil histórico

SUMÁRIO: 1. *Distinção entre sentença injusta e sentença nula em direito romano.* 2. *A função da querela "nullitatis" no direito intermédio.* 3. *A Côte de Cassação francesa. Sua origem.*

1. O direito romano distinguiu a sentença injusta, viciada por êrro de julgamento (*error in iudicando*), da sentença nula por defeito de forma (*error in procedendo*); a primeira transitava em julgado, não sendo impugnada tempestivamente; a segunda era considerada juridicamente inexistente e por isso "*non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia iure non teneat.*"¹ O direito romano, segundo observaram CALAMANDREI e FURNO, contém várias regras, através das quais se vê claramente a contraposição entre as duas categorias de vícios da sentença: enquanto é simplesmente apelável a sentença em que o juiz errou ao resolver a questão de fato, ou considerou inaplicável a êle certa disposição de lei "*quod non existimat causam de qua iudicat per eas iuari*" (D.42.1.32), é, ao contrário, nula

* Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 6 de abril de 1960.

1. C. 7.64.4.

e, portanto, inexistente a decisão em que o juiz desconheceu a existência *in abstracto* de uma norma jurídica, deixando, assim, de a ter como direito constituído. Nesta segunda hipótese, as fontes romanas (que falam a êste respeito de sentença dada “*contra tam manifesti iuris formam*”, “*expressim. contra iuris rigorem data*”, “*specialiter contra leges*”) vêm um vício mais alarmante do que o da simples injustiça, porque não está em jôgo tanto o interêsse do vencido quanto a observância da lei em sua manifestação geral e abstrata; assim a injustiça da sentença acarreta um perigo de caráter constitucional e político, cuja repercussão transcende os limites do caso individual e assinala a rebeldia do juiz diante da lei, de que foi chamado a ser o intérprete. Enquanto, no primeiro caso, o juiz decide “*contra jus litigatoris*”, no segundo o faz “*contra jus constitutionis*” (D.49.8.1. § 2) e ofende, pois, não o direito subjetivo do individuo, que é igualmente sacrificado qualquer que seja o êrro, de fato ou de direito, de que resulta a injustiça da sentença, mas a observância da lei como preceito abstrato, o obséquio à vontade de legislador e quase se poderia dizer, empregando conceitos modernos, aquêle princípio constitucional de distribuição dos poderes, pelo qual ao juiz toca o dever de aplicar a lei, não o de criá-la, ou reformá-la a seu arbítrio. Remonta, pois, ao direito romano a idéia sôbre a qual se formou, muitos séculos depois, o instituto da cassação, isto é, a de uma reação mais vigorosa da lei para se defender contra a rebeldia do juiz.²

2. Recebendo a distinção entre sentenças *iniustae* e *nullae*, o direito intermédio elaborou, sôbre novas bases, o seu sistema: contra as primeiras admitia sempre a apelação; mas, quanto às segundas, com o objetivo certamente de aumentar a segurança das relações jurídicas, observou

2. CALAMANDREI e FURNO, *Cassazione Civile (Novissimo Digesto Italiano, II, pág. 1.058)*.

LIEBMAN que o direito canônico, a legislação estatutária das cidades italianas e a doutrina medieval exigiram que se alegasse a nulidade por meio de um remédio especial tendente à anulação da sentença, a que denominaram *querela nulitatis*, remédio que não era nem um recurso, nem uma ação, mas uma invocação do *officium iudicis* (ALTIMARO BLASIO, *Tract. de Nulitatibus Sententiarum*, Venetiis, 1701, rub. 1. 2. 1). Mas as causas de nulidade distinguiram-se em sanáveis e insanáveis; quanto às primeiras, que eram as mais numerosas, devia propor-se a *querela* dentro de prazo breve, igual ou pouco maior que o da aplicação, transcorrido o qual àquelas se consideravam sanadas. Contudo, a existência paralela da apelação era fonte de incertezas e complicações; por isso a prática permitiu o acúmulo dos dois remédios, que se efetivava com a fórmula “*dico sententiam nullam et si qua est appello.*” (Glosa *Non obtinebit* ao Cód. Just.7.64.1 e *Altimaro Blasio, op. cit.* rub. 2. III, n.º 20); e depois se chegou a admitir que, ainda sem expressa interposição da *querela*, podia sempre o juiz da apelação conhecer da nulidade (SCACCIA, *Tract. de Appellationibus*, Roma, 1612, qu. 11 n.º 114 e *Altimaro, op. cit. loc.* n.º 25). Foi só mais tarde, em França, por força do princípio “*voies de nullité n'ont pas lieu en France*” (REBUFO, *Tract. de Appellationibus*, art. 11. gl. II, n.º 19) que a *querela* desapareceu de todo, podendo alegar-se a nulidade na apelação quando ainda cabível, ou então como fundamento de dois recursos extraordinários, a saber, a *requête civile* e a *demande en cassation*.³

3. Êste breve perfil histórico sôbre os vícios da sentença e os remédios instituídos pelo direito positivo, em diferentes épocas, preordenados a declarar a sua nulidade, era indispensável para compreender a índole da Côte de

3. LIEBMAN, em CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, pág. 277, nota 4.

Cassação, criada pela Revolução Francesa.⁴ Ela surge, em sua forma originária, com a finalidade de obstar que os juizes, proferindo sentença *en contravention expresse au texte de la loi*, segundo o enunciado do Decreto de 27 de novembro de 1790, ainda hoje em vigor, usurpassem atribuições pertencentes ao poder legislativo. De acôrdo com a concepção dominante no seio da Assembléia e que resulta das discussões parlamentares, a Côrte de Cassação não é um órgão judiciário, antes um órgão de contrôle constitucional, destinado a impedir que os juizês invadissem a esfera do legislativo e se subtraissem de tal modo à observância da lei: “*une sentinelle*”, assim dizia PRIEUR na sessão de 11 de novembro de 1790, “*établie pour le maintien des lois.*”⁵

4. Foi a França o teatro onde se travou, por longo tempo, luta renhida entre o poder centralizador da Monarquia e a tendência descentralizadora do Parlamento, órgão judiciário de última instância. O soberano podia, por iniciativa própria, cassar as decisões do Parlamento em defesa das prerrogativas régias, quando contrárias às ordenações. A êste poder exercido pelo Rei correspondia um meio de impugnação, denominado *demande en cassation*, conferido ao vencido, mediante o qual denunciava ao Soberano a sentença do Parlamento viciada por *contravention aux ordonnances*, a fim de que fôsse anulada. O soberano tomava conhecimento da *demande* através do Conselho que, especializando-se mais tarde, veio a ser uma secção designada pela expressão *Conseil des Parties*. A origem próxima da Cassação francesa está, pois, nesse Conselho do antigo regime, instituído como órgão supremo destinado a controlar a atividade judicial (CALAMANDREI, *Cassazione Civile*, I, n.º 186. Cf. ainda: ERNEST FAYE, *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, pág. 1 e seg.; MANUEL DE LA PLAZA, *La Casación Civil*, pág. 61 e seg.; JOSÉ SARTORIO, *La Casación Argentina*, pág. 19 e seg.; GLASSON, MOREL & TISSIER, *Procédure Civile*, 3.ª ed., III, n.º 933).

5. CALAMANDREI, *Cassazione Civile*, I, pág. 429. O art. 2.º da Lei de 27 de novembro de 1790 diz: “Les fonctions du Tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort, de juger les demandes de renvoi d’un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime, le conflit de juridiction et les règlements de juges, les demandes de prise à partie contre un tribunal entier,” CORNY & FOYER, *Procédure Civile*,

Inicialmente a Cassação exercia uma função antes negativa que positiva. Anulava a sentença de última instância proferida *en contravention expresse au texte de la loi* sem conhecer do mérito, remetendo a causa a outro magistrado para novo julgamento; se êste fôsse igual ao da decisão cassada, podia recorrer-se de novo para a Cassação; se o segundo juiz persistia em tomar orientação diversa, então tinha lugar o *référé obligatoire* no corpo legislativo, que expedia um decreto de interpretação da lei, tendente a uniformizar a decisão do terceiro juiz. Entre os objetivos da Cassação não se compreendia, pois, o de realizar a unidade do direito através da exegese jurisprudencial; esta função surge só mais tarde, através de lenta e segura evolução, que amplia a sua atividade e lhe confere, especialmente depois da lei de 1.º de abril de 1837, o poder positivo de interpretar o direito, elevando-a à eminência de máximo regulador e guia da jurisprudência, a que deviam conformar-se os juizes.⁶ A Côte de Cassação passou desde então a ocupar o vértice do Poder Judiciário,⁷ merecendo a admiração pela sabedoria com que orientou a jurisprudência “na obra diuturna de prudente adaptação das rígidas formas da lei às mutáveis circunstâncias da vida e de constante rejuvenescimento da ordem jurídica, de sorte a acompanhar a evolução das relações e das necessidades sociais.”⁸

O instituto teve fortuna singular. Construído em harmonia com a concepção democrática da divisão dos poderes, difunde-se rapidamente o modelo francês,⁹ seguido por

Paris, 1958, pág. 195, observam que, contrariamente ao voto de ROBESPIERRE, a Côte de Cassação é um tribunal judiciário, distinto do Poder Legislativo; é guarda da Constituição, assegurando a separação dos poderes.

6. CALAMANDREI, *Cassazione Civile*, I, pág. 30; LIEBMAN, em CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, III, pág. 405.

7. CORNY & FOYER, *Procédure Civile*, pág. 189.

8. LIEBMAN em CHIOVENDA, *Instituições*, cit., III, pág. 405.

9. Em sua expressão atual, cabe à Côte a guarda da lei, sem ser um terceiro grau da jurisdição (CORNY & FOYER, *Procédure Civile*, pág. 191; MOREL, *Procédure Civile*, n.º 655).

grande número de países; a função jurisdicional é exercida por provocação do interessado, que interpõe o recurso de cassação como um remédio tendente a denunciar, do mesmo modo que a antiga *querela nulitatis*, os *errores in iudicando in iure* e os *errores in procedendo*; mas indubitavelmente a sua função primordial e positiva consistia em unificar o direito e disciplinar a jurisprudência, assegurando nos Estados modernos aquêlê ideal de aplicação do direito igual e uniformemente para todos; ou, em outras palavras, que todos tivessem o mesmo tratamento em face da lei ou do direito.

CAPÍTULO II

Sistema de direito comparado

SUMÁRIO: 4. *Tipos europeus de Tribunal de Cassação.* 5. — *A Côte de Cassação na Itália.* 6. — *A revisão germânica.* 7. *Sistema do Código de Processo Civil português.* 8. — *A Côte Suprema dos Estados Unidos.*

4. Quem acompanha a evolução por que passou o instituto na Europa desde a sua forma originária até os nossos dias, pode verificar fãcilmente que nas legislações processuais há dois tipos preponderantes: o da cassação francesa e o da revisão germânica. O primeiro foi adotado pela Itália, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Espanha e Grécia.¹⁰ O segundo pela Alemanha, Áustria, Suíça e Portugal. Dada a impossibilidade de estudar cada Código em particular, julgamos acertado destacar dentre êles alguns que, sendo de publicação mais ou menos recente, tivessem contado, na elaboração legislativa, com o concurso de notáveis processualistas. Do primeiro grupo merece relêvo especial o Código da Itália; do segundo, os Códigos da Alemanha e de Portugal. Embora o código alemão seja antigo, dêle se pode dizer que é sempre atual e, em qualquer hi-

10. CALAMANDREI e FURNO, *op. cit.* II, pág. 1.062.

pótese, êle inaugura, em linhas científicas, um tipo de tribunal, que não é o contraposto senão o desdobramento ou continuação do modelo francês.¹¹

5. Conforme a generalidade dos autores, a Côte de Cassação na Itália não é terceira instância, provocada, mediante recurso específico, a decidir de novo a controvérsia, apreciando a relação jurídica à luz do direito, do fato e das provas, depois que o processo percorreu o duplo grau de jurisdição; não conhece *diretamente* da relação jurídica,¹² mas tão só de determinados vícios da sentença expressamente declarados na lei. Ela exerce, a êste respeito, as seguintes funções: a) — é o órgão regulador da jurisdição e da competência de todos os juizes, ordinários e especiais; b) — tem a finalidade de anular as sentenças dos juizes ordinários viciadas por nulidade não sanada; c) — e enfim, de anular as sentenças de quaisquer juizes, viciadas por erro de direito.¹³

As sentenças proferidas em grau de apelação ou em instância única podem ser impugnadas mediante recurso de cassação: 1) — por motivos atinentes à jurisdição; 2) — por violação de normas sôbre competência; 3) — por violação ou falsa aplicação de normas de direito; 4) — por nulidade da sentença ou do procedimento; 5) — por falta de fundamentação, bem como por fundamentação insuficiente ou contraditória acêrca de um ponto decisivo da controvérsia, fixado pelas partes ou considerado de ofício.¹⁴

Quando as partes deixam de interpor o recurso no prazo legal, ou dêle desistem, o procurador geral junto à Côte pode propôr o recurso, pedindo seja cassada a sentença no interêsse da lei.¹⁵ Êste recurso não repercute sôbre o direito subjetivo da parte (*jus litigatoris*), antes visa a preservar a unidade do direito objetivo (*jus constitutionis*), de

11. CHIOVENDA, *Instituições*, cit. II, pág. 143.

12. CHIOVENDA, *Instituições*, cit., II, pág. 143.

13. LIEBMAN, *Corso di Diritto Processuale Civile*, pág. 220.

14. Código de Processo Civil Italiano, art. 360.

15. Código de Processo Civil Italiano, art. 363.

modo que se a Côrte cassa a sentença não produz nenhum efeito prático no processo, permanecendo inalterada a situação das partes como fôra estabelecido pela sentença cassada. O recurso no interesse da lei, de uso aliás muito raro, tem efeitos puramente teóricos.¹⁶

Para interpor o recurso é necessário depositar previamente 500 libras se a sentença é de pretor, 1.500 se de tribunal e 3.000 em qualquer outro caso, a título de multa no caso de sucumbimento. Não se exige o depósito: 1) — quando se trata de conflito positivo ou negativo de jurisdição; 2) — quando o recurso é interposto no interesse da lei ou da Administração; ou 3) — em favor de pessoas que gozam do benefício de patrocínio gratuito; 4) — nas questões trabalhistas, de previdência e de assistência obrigatória.¹⁷

O recurso de cassação não suspende a execução de sentença. Todavia o juiz que proferiu a sentença impugnada poderá, a pedido da parte e sempre que da execução resulte dano grave e irreparável, ordenar que fique sobreestada a execução ou seja prestada caução idônea.¹⁸

A Côrte profere decisão de conteúdo e de efeitos diversos, segundo o fundamento do recurso e com ou sem devolução; de tôdas as hipóteses, a que tem particular interesse, neste estudo de direito comparado, é a de violação ou falsa aplicação da norma jurídica; cassada a sentença, a causa volta ao estado em que se encontrava antes da sentença; é preciso dar-lhe nova conclusão, proferindo-se outra sentença, destinada a substituir a que foi cassada. A Côrte ordena então a remessa da causa a outro juízo equiparado em grau àquêle de quem cassou a sentença, enunciando o princípio a que deve sujeitar-se o juízo de devolução.¹⁹ Neste julgamento subjetivamente complexo,

16. LIERMAN, *Corso*, cit. pág. 222; ANDRIOLI, *Commento* II, pág. 528.

17. Código de Processo Civil Italiano, art. 364.

18. Código de Processo Civil Italiano, art. 373.

19. LIEBMAN, *Corso*, pág. 225; MICHEL, *Anuario di Diritto Comparato*, 1942, pág. 255; REDENTI, *Scritti in Onore di Carnelutti*, II, pág. 691; Código de Processo Civil Italiano, art. 384.

a Côrte determina a regra de direito que o juízo de devolução aplicará à hipótese dos autos.²⁰

A obra de unificação do direito é realizada pela Côrte de Cassação, que é o mais alto grau de hierarquia judiciária. A autoridade de suas decisões se faz sentir não só quando dispõe em cada caso concreto, mas também como contribuição doutrinária e guia seguro de interpretação do direito. Embora não tenha eficácia vinculativa para os casos análogos, é irrecusável o valor do “precedente” judiciário *rationis imperio*, pelo que, pela sabedoria dos seus conceitos, vale como esplêndido modelo, digno de ser seguido pelos demais juizes.²¹

6. A revisão germânica, conforme o entendimento dos autores, serve ao *interêsse das partes* para resolver, de modo justo e correto, a causa; mas serve sobretudo ao *interêsse público* para realizar a unidade da jurisprudência. O recurso é admissível contra sentenças definitivas proferidas pelo Tribunal de Apelação; nas causas patrimoniais, um dos pressupostos é que ela seja de valor superior a 6.000 marcos. O Tribunal de Revisão é verdadeiro órgão jurisdicional e difere da Côrte de Cassação, porque, sendo esta um órgão de verificação, só pode revogar, não, porém, resolver de per si a controvérsia.

A revisão alemã se distingue, pois, da cassação de tipo francês. Nesta só se examinam as questões jurídicas contidas na sentença, ao passo que na revisão (pelo menos quando se trata de infração de direito material) examina-se tôda a sentença; o Tribunal de Cassação sòmente pode anular a sentença; o de Revisão desce ao mérito e resolve a controvérsia:²² O objeto da revisão é substancialmente a aplicação da norma jurídica, tal como consta da sentença; os fatos considerados provados pelo Tribunal de Apelação

20. CALAMANDREI e FURNO, *op. cit.*, II, pág. 1.099.

21. LIEBMAN, *Corso*, pág. 220.

22. ROSENBERG, *Lehrbuch*, § 132, II; SCHÖNKE, *Lehrbuch*, § 87, I; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, § 66.

vinculam o Tribunal de Revisão, salvo se aquêlé, na apreciação dos mesmos, infringiu a lei (ZPo § 561, II).

7. Filia-se substancialmente ao tipo da revisão germânica o Código de Processo Civil português, que confere ao Supremo Tribunal de Justiça competência para conhecer unicamente de questões de direito, resolvidas em sentença definitiva, sem entretanto limitar-se a cassar a decisão de segunda instância; depois de definir e declarar o direito em relação à espécie controvertida, aplica êle mesmo a solução jurídica aos *factos* que os tribunais de instância estabeleceram.²³ A sua feição mais característica está em que o *judicium rescindens* não se distingue do *judicium rescisorium*; o Tribunal, revogando a decisão viciada por êrro, profere, em substituição, outra destinada a corrigir o êrro em que incorreu o tribunal recorrido. “O *judicium rescindens* e o *judicium rescisorium* não se cindem em dois julgamentos distintos, um a proferir pelo Tribunal Supremo (*Cassazione*) outro a proferir pelo tribunal de instância (*giudizio di rinvio*); é o próprio Supremo Tribunal de Justiça, que depois de assinalar o êrro de direito cometido pelo Tribunal *a quo*, *julga* definitivamente o litígio, aplicando devidamente aos factos fixados pelos tribunais de instância a norma adequada e corretamente interpretada.

Quer dizer, o sistema português é muito semelhante ao do Código de Processo Civil alemão; é um sistema de *revisão*, e não um sistema de *cassação*. O Supremo Tribunal de Justiça não é um tribunal de *terceira instância*, porque não conhece das questões de fato; mas é um tribunal de *revista*, porque, em vez de limitar o seu exame à apreciação dos motivos de impugnação alegados pelo recorrente, pode revogar o acórdão ou a sentença recorrida por fundamentos jurídicos diversos. No que respeita ao aspecto do direito, o novo exame do Supremo Tribunal é *completo*.”²⁴

23. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *A Função do Supremo Tribunal de Justiça segundo o Código de Processo Civil Português (Scritti in onore di Redenti*, I, pág. 387).

24. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *op. cit.*, I, pág. 396.

Só há, no direito português, duas exceções à regra enunciada. O Supremo Tribunal devolve a causa ao juízo de origem, quando entende que a decisão da matéria de fato não constitui base suficiente para o julgamento de direito (Cód. Proc. Civ. art. 729, III); e quando anula a sentença ou acórdão por se verificarem as nulidades prescritas nos arts. 668 e 717 e não fôr possível reformar a decisão anulada (art. 731).

8. Substancialmente diversa do Tribunal de Cassação de tipo europeu é a Suprema Côrte dos Estados Unidos. Disse HUGHES que ela é peculiarmente norte-americana em sua concepção e em suas funções e pouco deve às instituições judiciais precedentes.²⁵ Os fundadores da grande nação, ao traçarem as linhas fundamentais da Constituição que, com pequenas emendas subsiste até os nossos dias, não copiaram as instituições dos outros povos antes voltaram os olhos para a realidade, procurando construir um sistema constitucional capaz de traduzir fielmente os frutos de sua experiência política. Formando a federação pela aglutinação, adesão ou incorporação de antigas colônias, que se regiam por leis próprias, elaboraram uma Constituição, que consagra o princípio da distribuição dos poderes, um dos quais é o Poder Judiciário, em cuja cúpula assentaram a Suprema Côrte. A Constituição, no art. III, secção I, declara que o poder judiciário dos Estados Unidos será exercido por uma Côrte Suprema e pelos Tribunais inferiores que o Congresso criar. E na secção II do mesmo artigo, prescreve que “a competência do poder judiciário se estenderá a todos os casos, de direito e de equidade. ”

Peculiar ao sistema federativo é a distribuição das leis em quatro planos: a maior de tôdas, aquela acima da qual não há nenhuma outra e a que tôdas devem conformar-se é a Constituição Federal; seguem-se as leis federais; depois vem a Constituição Estadual e finalmente as leis estaduais. “A sucessão em que acabo de enumerá-las”, disse RUI BAR-

25. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, pág. 1; COUNTRYMAN, *The Supreme Court of the United States*, pág. 1.

BOSA, “exprime-lhes a hierarquia legal. Ela traduz as regras de precedência, em que a autoridade se distribui por essas quatro espécies de leis. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subsequentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedência na autoridade.”²⁶

Fundado em tais princípios, o legislador norte-americano pôde conferir à Côrte Suprema a competência, originária ou de recurso, de uniformizar não apenas o direito federal, mas especialmente de permitir a declaração de inconstitucionalidade, o que constitui o acontecimento verdadeiramente transcendental do seu direito público.

CAPÍTULO III

O Supremo Tribunal Federal

Origens e atribuições na República

SUMÁRIO: *O Supremo Tribunal Federal no Brasil.* 10. *A que tipo se filia?* 11. *Vantagens e desvantagens da Cassação e da Revisão.* 12. *O recurso “extraordinário” na Constituição de 1891.* 13. *Reforma constitucional de 1926. Ampliação do recurso extraordinário.* 14. *O recurso extraordinário na Constituição de 1934.* 15. *Idem, na Constituição de 1946.*

9. O Supremo Tribunal Federal é o órgão mais elevado do Poder Judiciário no Brasil. Criado pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça Federal, foi posto logo em harmonia com o regime federativo instituído pelo Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889.²⁷ Pouco

26. RUI BARBOSA, *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, pág. 64.

27. Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, art. 1.º: “Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira — a República Federativa.”

depois o Congresso Constituinte promulgava a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária de processar e julgar: “as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre êles uns com os outros; os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; os conflitos dos juizes ou tribunais federais entre si, ou entre êstes e os Estados, assim como os dos juizes e tribunais de um Estado com juizes e tribunais de outro Estado.” (art. 59, I, letras “c”, “d” e “e”); em grau de recurso, julgar “as questões resolvidas pelos juizes e tribunais federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1.º, e o art. 60 (art. 59, II), e, finalmente, conferiu um recurso inominado contra as sentenças das justiças dos Estados proferidas em última instância quando: a) — “se questionar sôbre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão dos tribunais do Estado fôr contra ela; b) — quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em fâce da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos êsses atos, ou essas leis impugnadas.” (art. 59, III, § 1.º, letras “a” e “b”).

10. Ao organizar o Supremo Tribunal Federal como o ponto culminante do Poder Judiciário; ao determinar a sua competência originária e por via de recurso; ao discriminar as suas atribuições, notadamente a de manter a autoridade e preeminência da Constituição e das leis federais, negadas pela justiça dos Estados, — o legislador constituinte tinha diante de si, à livre escolha, três tipos de Côrte Suprema, dois dos quais adotados na Europa e um, nos Estados Unidos; e podia igualmente afastar-se de tais modelos, compondo-o de modo diverso, como autêntica terceira instância, cabendo-lhe o exame não só da matéria de direito como também de fato, de modo que julga-se à maneira dos tribunais de apelação; neste caso a sua competência não se cingiria apenas à questão de direito, ou mais pròpriamente, à questão federal no plano estritamente

te jurídico, aplicando a norma aos fatos já estabelecidos pela justiça dos Estados, mas corrigiria a injustiça resultante da má apreciação dos fatos. Dêste último sistema não se cogitou, porque para o legislador brasileiro, em consonância com o melhor entendimento da doutrina, os erros na apreciação de fato, embora fôsse deploráveis e dêles pudessem resultar injustiças, não têm a mesma gravidade dos erros de direito. “É incontestável que os erros de direito têm *significado mais alarmante* e constituem *perigo muito mais grave* do que os erros de fato.

Significado mais alarmante, porque são o sintoma de uma anomalia estranha na ordem jurídica. O Juiz, em vez de respeitar escrupulosamente a lei, ditando o comando concreto perfeitamente conforme ao comando abstrato expresso na norma jurídica, permite-se violar a regra legal; em vez de se limitar a *declarar* o direito, vai até ao ponto de *criar* direito em oposição com o que o legislador formulou. Quer dizer, comete uma *usurpação* no domínio mais delicado da ordem jurídica: o domínio *constitucional*.

Perigo mais grave na esfera social, porque, como muito bem nota CARNELUTTI, o êrro de direito tem esta nocividade específica: é um êrro *contagioso*, no sentido de que tende a propagar-se a outras decisões.”²⁸

11. Não tendo procurado ou não tendo encontrado uma solução original,²⁹ só restou ao legislador brasileiro optar por um dos sistemas já conhecidos e praticados pelas nações civilizadas. As idéias consagradas pela Constituição de 1891 já tinham sido preconizadas pelo Governo da República, ao baixar o Decreto n.º 848. Os autores do projeto de Constituição, como observou FILISBELO FREIRE, procuraram organizar o Poder Judiciário, sob os moldes

28. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Scritti* cit. I, pág. 389.

29. Dizem os constitucionalistas que os debates acêrca do Poder Judiciário e particularmente do Supremo Tribunal Federal foram dos mais brilhantes no seio do Congresso (FELISBELO FREIRE, *História Constitucional*, III, pág. 215 e seg.; AGENOR ROURE, *A Constituinte Republicana*, II, pág. 7 e segs.).

americanos, deixando de lado todos os elementos da nossa antiga organização judiciária³⁰. E ao que parece, não se discutiu a vantagem do regime de cassação francesa sobre o de revisão germânica e vice-versa. Tais problemas eram realmente importantes e não se sabe porque não mereceram a atenção dos ilustres constituintes e dos membros do Governo Provisório. Há os que pensam que o sistema da cassação seja superior ao da revisão como garantia da pureza de interpretação das normas jurídicas. Desde que ao Tribunal Superior seja cometido o encargo de aplicar a regra de direito ao caso concreto, poderá ser tentado a violá-la, dominado pela ânsia de encontrar a solução justa. Quando, perante um caso concreto, a lei é injusta, violá-la é o único meio de assegurar a justiça. Outros sustentam que o regime da revisão germânica oferece a vantagem da rapidez da decisão definitiva.³¹ A discussão em torno desta matéria é longa e dela não podemos dar senão breve notícia. Na própria Alemanha os autores mostram certo desencanto pelos resultados práticos conseguidos pelo regime da revisão, que acarretou insuportável aumento de trabalho para o Tribunal do Império, sem que com isso tenha beneficiado a uniformidade da jurisprudência.³²

12. De tôdas as inovações introduzidas pelo constituinte de 1891, a que nos interessa particularmente é a criação do “recurso”, pouco depois chamado definitivamente “recurso extraordinário”.³³ Inspirado no exemplo do “*writ of error*” norte-americano, êle representa, como observou LIEBMAN, o resultado da nova fórmula política constitucional que, conquanto preservasse a autonomia judiciária dos Estados, soberano no julgamento das questões de fato, adotou semelhante remédio de caráter excepcional, a

30. FELISBELO FREIRE, *op. cit.*, III, pág. 216.

31. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Scritti cit.*, I, pág. 397.

32. CALAMANDREI, *Cassazione Civile*, II, pág. 438 e seg.

33. Com essa denominação aparece no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1891 (Cf. *Reforma Constitucional*, pág. 77).

fim de assegurar o primado da lei federal.³⁴ Os mais eminentes escritores daquela época, muitos dos quais foram ministros do Supremo, como LÚCIO MENDONÇA, EPITÁCIO PESSOA e PEDRO LESSA, justificaram amplamente a necessidade do recurso extraordinário, atendendo, de um lado, à índole do regime federativo, que autorizava a dualidade legislativa, emanada respectivamente da União e dos Estados e, de outro lado, à dualidade de justiças, uma federal e outra estadual; reconhecida a soberania da União e a obrigatoriedade das leis federais em todo o território da República, fôrça era colocá-las sob a proteção de um Tribunal Federal que lhes reconhecesse a supremacia quando desconhecida ou negada a sua validade e aplicação pelas Magistraturas dos Estados³⁵. Se o Congresso Constituinte não tivesse incluído entre as atribuições do Supremo o poder de anular tais sentenças, cada Estado se arvoraria em unidade soberana na aplicação do direito e poderiam surgir tantas maneiras de dizer a lei quantas fôssem as justiças locais.

13. Composto de quinze ministros, o Supremo exerceu a sua nobre tarefa durante a primeira república sem estrépito e sem tumulto. Em 1926 se realizou a reforma constitucional, modificando-se a redação das letras “a” e “b” do art. 59, § 1.º e incluindo-se as letras “c” e “d”. O texto constitucional passou a ter a seguinte redação: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal; a) — quando se questionar sôbre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) — quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em

34. LIEBMAN em CHIOVENDA, *Instituições*, cit. III, pág. 403. No mesmo sentido: RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, IV, pág. 99 e seg.; LÚCIO DE MENDONÇA, *Do Recurso Extraordinário*, pág. 12; BARBALHO, *Comentários à Constituição Federal*, pág. 240; EPITÁCIO PESSOA, *Rev. Direito*, vol. 5, pag. 437. PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, pag. 100 e segs..

35. Cf. PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, p. 100 e segs.

face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos êsses atos, ou essas leis impugnadas; c) — quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador Geral da República; d) — quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.” Segundo consta dos *Documentos Parlamentares*,³⁶ a Comissão Especial da Câmara justifica a emenda pelo fato de haver o texto vigente “suscitado numerosas e notáveis controvérsias e facilitado por tal forma os recursos das sentenças dos juizes dos Estados para o Supremo Tribunal Federal que o acúmulo de serviço neste tem-lhe perturbado a regularidade das funções.” (*Documentos Parlamentares. Revisão Constitucional*, pg. 321).

Se o legislador da reforma constitucional de 1926 estava realmente preocupado com o acúmulo de serviço que já perturbava a regularidade das funções do Supremo Tribunal, parece estranho que, ao mesmo ensejo em que aperfeiçoava a redação das letras “a” e “b”, tornando certo que a hipótese de *errônea aplicação* não legitimava o recurso, amplia o seu âmbito, admitindo-o nos casos de interpretação diversa da mesma lei federal dada por dois ou mais tribunais e ainda quando se controverte sôbre questão de direito criminal ou civil internacional.

Parte legítima para interpor o recurso, havendo divergência de interpretação da lei federal, não era apenas o interessado, vencido na justiça local, senão também qualquer dos tribunais ou o Procurador Geral da República. Êste fundamento de recurso, semelhante ao que na Europa era autorizado “no interesse da lei”, haveria por certo de aumentar o volume de causas no Supremo Tribunal.

Embora se pudesse vislumbrar aí um primeiro sintoma de crise, caracterizado pelo acúmulo de serviço, a situação nada tinha de inquietante. As estatísticas referentes a recursos extraordinários entrados no Supremo Tribunal, de

36. Cf. *Reforma Constitucional*, pág. 79.

1918 a 1934, acusam, ano por ano, sucessiva e respectivamente: 87, 123, 114, 188, 106, 126, 111, 74, 95, 82, 56, 61, 79, 74, 64, 89 e 78. Apesar da reforma, mantem-se a entrada de feitos no Supremo com certo equilíbrio. Em nenhum ano chegou a atingir duzentos.³⁷

14. Quando, em 1934, se restabelece o regime de legalidade, interrompido pela Revolução de 1930, a Constituição de 16 de julho, que passou a vigorar no país, trouxe inovações profundas e substanciais. Ampliou, de um lado, a competência legislativa da União (art. 5.º XIX) e o âmbito do recurso extraordinário (art. 76, III), ao mesmo tempo que reduziu o número de ministros de quinze para onze (art. 73); e, de outro lado, autorizou, sob proposta da Côrte e mediante lei, a divisão da Côrte Suprema em câmaras ou turmas, distribuindo-se entre elas os julgamentos dos feitos (art. 73, § 2.º). Esta orientação constitucional obedecia à política legislativa do Governo Provisório, que em 3 de fevereiro de 1931 reduzia a onze o número de ministros (Dec. n.º 19.656, art. 1.º) e autorizava o julgamento, por turmas de cinco juizes,³⁸ de feitos que não envolvessem matéria constitucional (art. 2.º).

15. A inclusão da letra “a” do n.º III, entre os motivos de recurso extraordinário, isto é, “quando a decisão fôr contra literal disposição de tratado ou lei federal”, começou a inquietar ministros e juristas já nos trabalhos preparatórios da Constituição, pois, no entender de muitos, deveria constituir fundamento de ação rescisória. Apesar das observações de ARTHUR RIBEIRO, que representava o Supremo Tribunal junto à Comissão do Itamaratí, os esforços foram baldados. O novo fundamento foi incluído na Constituição.

A Constituição de 1946 mantém, em suas linhas fundamentais os mesmos motivos que autorizavam o recurso

37. Cf. *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 16, pág. 37.

38. O Decreto n.º 20.106, de 13 de junho de 1931, mantém a divisão em turmas (art. 2.º).

extraordinário na Constituição de 1934. O art. 101, III reza: “julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes; a) — quando a decisão fôr contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) — quando se questionar sôbre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) — quando se contestar a validade da lei ou ato de govêrno local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) — quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fôr diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal;”. Mas, o espírito inovador não parou aí. A Constituição prescreve que ao Supremo cabe julgar, em recurso ordinário, os mandados de segurança e os *habeas corpus*, decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão (art. 101, II). De outra parte, ao dispôr sôbre a estrutura do Supremo, não mais alude à divisão em turmas, como o fazia a Constituição de 1934 (art. 98).

CAPÍTULO IV

O Surto da crise

SUMÁRIO: 16. *O caráter da crise.* 17. *A divisão do Supremo em turmas.* 18. *As causas da crise.* 19. *A crise é funcional. Seu responsável.* 20. *Recurso ordinário constitucional.* 21. *Finalidade do recurso extraordinário.* 22. *O fundamento pela letra “a”.* 23. *O fundamento pela letra “d”.*

16. A palavra *crise* advém do grego e tem sentido próprio em patologia;³⁹ em sentido figurado significa geralmente estado de perturbação e de mau funcionamento

39. Cf. MORAES, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 1813, I, pág. 497.

do órgão ou da função. Sob a denominação de *crise do Supremo Tribunal Federal* entende-se o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por êle proferidos; sendo a entrada daquêles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão, vão se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento, porque, de ano para ano, o remanescente aumenta a pirâmide de autos, chegando ao ponto de não mais poder ser removida.⁴⁰ A existência da crise, em seus primeiros sintomas, aparece já no decreto n.º 20.669, de 23 de novembro de 1931, que dispunha no art. 1.º: “O Supremo Tribunal Federal realizará, enquanto não esgotar a pauta das causas com dia, quatro sessões semanais, de 1.º de abril a 30 de novembro, e três de 1.º de dezembro a 31 de janeiro, data em que começam as férias.” Se já em 1931, quando ainda o número de feitos que ascendiam ao Supremo não atingia duzentos por ano, não se esgotava a pauta de julgamentos, quê se dizer do volume crescente de causas que continuavam a subir nos anos subsequentes? As estatísticas mostram que a partir de 1934 começam a avolumar-se os recursos extraordinários: 150 em 1935; 230 em 1936; 242 em 1937; 210 em 1938; 286 em 1939; 804 em 1940; 1.047 em 1941; 1.113 em 1942; 1.124 em 1943.⁴¹

Para vos não cansar com números, vamos apenas lembrar as estatísticas oficiais, correspondentes aos anos de 1956 e 1957.

40. Cf. SEABRA FAGUNDES, *A Organização e o Funcionamento do Poder Judiciário* (*Revista Forense*, vol. 155, pág. 10). No mesmo sentido: CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *A Crise do Supremo Tribunal Federal* (*Revista dos Tribunais*, vol. 156, pág. 868); JOSÉ SABOIA VIRIATO DE MEDEIROS, *A Alteração da Competência do Supremo Tribunal Federal* (*Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 10, pág. 2); NOÉ AZEVEDO, *A Crise do Supremo Tribunal e dos Tribunais de Apelação* (*Revista dos Tribunais*, vol. 147, pág. 812).

41. Cf. *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 16, pág. 37; *Reforma Constitucional*, pág. 83.

Processos distribuídos:

em 1956	6.379
em 1957	6.126

Processos que deram entrada no protocolo:

em 1956	6.557
em 1957	6.597

Os recursos extraordinários distribuídos às turmas, alcançaram 3.840 em 1956 e 3.433 em 1957.⁴² No quinquênio 1953/1957, foram julgados no Supremo 13.081 recursos extraordinários, assim distribuídos: 1953, 2.574; 1954, 2.167; 1955, 2.508; 1956, 2.406 e 1957, 3.346.⁴³

Depois de 1946, com a criação do recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, continua a agravar-se a situação, pois êles são julgados pelo Tribunal Pleno. No ano de 1957, o Tribunal Pleno julgou 1.138 feitos cíveis, dos quais 874 eram mandados de segurança.⁴⁴ Estas estatísticas, que patenteiam a gravidade da crise, vão servir-nos também para identificar as suas causas. Já em 1937, ela era claramente denunciada pelo Decreto-lei n.º 6, de 16 de novembro daquêle ano, dispondo que os feitos de competência do Supremo seriam julgados por turmas de cinco juizes.⁴⁵ Essa tendência assinalava que, com o crescimento dos feitos, não se poderia manter a unidade orgânica do Supremo, parecendo aconselhável dividi-lo em turmas, a fim de proporcionar mais fácil escoamento. Em 1943, em artigos publicados nos *Arquivos*, o Ministro FILDÉLFO DE AZEVEDO, fundado em dados estatísticos verdadei-

42. *Relatório do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Orosimbo Nonato (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 4, pág. 35).*

43. *Relatório cit. (Rev. Trim. de Jurisprudência cit., vol. 4, pág. 56).*

44. *Relatório cit. (Rev. Trim. de Jurisprudência cit., vol. 4, pág. 30).*

45. CASTRO NUNES, *Do Poder Judiciário*, pág. 186.

ramente alarmantes, dizia que se atirou aos chicanistas “a melhor das oportunidades de eternizar as demandas, mantendo, por mais algum tempo, a insegurança de relações jurídicas e diferindo a formação do caso julgado; por outro lado, é de elementar apuração psíquica que o litigante se torne rebelde em conformar-se com a perda da questão e, sinceramente ou não, conserva esperança no êxito de seu novo exame — assim, todo mundo pretende trazer seu *casinho* ao Supremo, por menos interesse social que possa envolver.”⁴⁶ Não escondia, pois, a sua inquietação diante de semelhante quadro, observando que se deu ao Supremo tarefa inferior à sua verdadeira finalidade e prejudicial ao desempenho de sua missão, decorrente do hibridismo introduzido no sistema vigente.⁴⁷

LEVI CARNEIRO acentua que a crise estava declarada: “Ainda uma vez, nossa mais alta Côrte Judiciária sofre de plethora dos processos submetidos a seu julgamento. Tem aumentado o esforço dos julgadores; multiplicaram-se as sessões, atingiram a números elevadíssimos as decisões proferidas — porém, ainda mais alto subiram os feitos recebidos pelo Tribunal.”⁴⁸

18. As causas da crise podem ser orgânicas ou funcionais. A primeira resultaria da condição dos srs. Ministros que, pela elevada posição que ocupam, têm responsabilidade perante a nação no desempenho de seu cargo; cabendo-lhes proferir não qualquer julgamento senão votos modelares, que contribuam para o progresso da cultura jurídica na aplicação das leis, foram postos em grave conjuntura: ou produzir em quantidade, a fim de dar baixa à mole de autos; ou em qualidade, ficando em débito per-

46. FILADELFO AZEVEDO, *A Crise do Supremo Tribunal* (Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 1, pág. 8).

47. FILADELFO AZEVEDO, *op. cit.*, vol. 1, pág. 15.

48. LEVI CARNEIRO, *Ainda a Crise do Supremo Tribunal Federal* (Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 2, pág. 1 e seg.).

manente, com uma montanha de causas para julgar. Quem já o disse foi o Ministro FILADELFO DE AZEVEDO: “A quantidade no rendimento do labor há de ser alcançada em detrimento da qualidade, e o juiz, que consegue, por extremo esforço, desembaraçar-se a tempo da tarefa recebida, há de lastimar, sem dúvida, a deficiência do estudo feito de cada caso, restringindo o apoio doutrinário, tão útil a decisões destinadas a servir de modelo, a todos os juristas do país; se, ao contrário não quizer sacrificar êsse aspecto, verá escoar-se o tempo necessário ao desembaraço de tôda a carga, que recebe inexoravelmente cada semana, sem possibilidade de baixa, antes com segurança de aumento. Assim, a reforma constitucional, relativa aos lineamentos do Poder Judiciário, se há de orientar em moldes mais amplos do que a simples revisão de casos de recurso extraordinário, como imaginávamos em 1942.”⁴⁹ Por isso, um grande advogado, LEVI CARNEIRO, disse que o Supremo devia restringir “a sua tarefa a um número relativamente pequeno de casos, da maior importância, que pudesse estudar profundamente e decidir com inteiro acêrto. Nesse sentido, o seu magnífico esforço para aumentar o número de julgamentos resulta contraproducente. Nunca me entusiasmaram, portanto, os grandes números que o esforço do Egrégio Tribunal apresenta nas suas estatísticas. Todo o meu interesse de advogado que deseja ver decididos prontamente os seus casos, não sobrepuja as preocupações que em meu espírito, votado ao estudo do Direito, despertam aquêles milhares de casos decididos.

A verdade é que, decidindo-se apressadamente os casos que vão sendo julgados, nem sempre se decide com rapidez, pois, há numerosíssimos processos que estão demorados há meses e anos, dependendo de estudos, de relatórios e pareceres.

Em suma: o Tribunal fêz um esforço exaustivo, mortífero, arrisca-se a desprestigiar-se; e não satisfaz o legítimo

49. FILADELFO AZEVEDO, *op. cit.*, vol. I, pág. 11.

anseio de todos os litigantes de verem decididos os seus casos.”⁵⁰

Apontando a dura alternativa em que foi colocado o Supremo Tribunal Federal, deploramos que êle tivesse de suportar o volume desmedido de autos; mas as estatísticas vieram dar grande consolação, demonstrando que os srs. Ministros, mercê do seu devotamento e alto espírito público, se desincumbiram da pesada tarefa, ainda que com sacrifício pessoal. A dedicação com que se houveram tem de ser levada a seu crédito, máxime porque a lei não pode, impôr, aos servidores do Estado, ônus maior do que lhês é lícito satisfazer. Se a função é criada para ser exercida por homens, os homens não devem destruir-se no exercício das funções. O Estado não tem o direito de transformar homens públicos em mártires da função. A causa da crise não é, pois, orgânica.

19. A causa da crise é, a nosso ver, *funcional* e o seu grande responsável o legislador constituinte, que se alheou da realidade brasileira e dos sãos princípios da ciência, no momento em que teve de estruturar o mais alto tribunal do país. Com efeito, ninguém desconhece que, desde 1930, o país está em contínuo progresso; aumenta o índice demográfico; cresce assustadoramente o volume de causas oriundas do surto industrial e comercial. A União intervém no domínio econômico, forma autarquias e cria numerosos institutos de previdência. A propriedade privada é condicionada ao bem comum e várias leis procuram regular-lhe a função social. Um intenso movimento de elaboração legislativa, especialmente no domínio do direito fiscal, tem dado lugar a frequentes litígios, com argüição de inconstitucionalidade. As próprias constituições estaduais têm sido submetidas à apreciação do Supremo Tribunal por atentarem contra os princípios fundamentais do regime. A centralização legislativa, que é a nota marcante da evolução do direito público nos últimos vinte anos, culmina com a

50. LEVI CARNEIRO, *op. cit.*, vol. II, pág. 4 e seg.

promulgação dos Códigos de Processo Civil e Penal, cuja aplicação tem sido larga fonte de recursos extraordinários, porque, ainda quando a relação jurídica controvertida derive de lei estadual ou municipal, o instrumento preordenado a obter justiça é lei federal e há sempre a possibilidade de surgir uma “questão federal”.

Êstes elementos vitais da realidade brasileira, o legislador constituinte devia tomá-los em conta, de imediato, como ponto de partida, porque da sua estimativa dependia substancialmente a verificação se o Supremo Tribunal Federal podia arcar com tamanhas responsabilidades, sem desnaturar as suas finalidades primordiais. Desde 1942 a nação fôra alertada para a crise do Supremo com as publicações feitas por FILADELFO DE AZEVEDO, LEVI CARNEIRO e outros eminentes juristas nacionais. Que o constituinte de 1946 não estava alheio ao problema, prova o interêsse com que procurou criar o Tribunal Federal de Recursos, a fim de desafogar a hipertrofia do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, revelou certa imprevisão e notória incoerência, quando teve de definir as atribuições do Supremo Tribunal Federal, porque, ao invés de prosseguir em sua tendência de equilíbrio e distribuição racional das funções, acabou por comprometer fatalmente a obra, não só mantendo o mesmo alcance do recurso extraordinário, tal como viera da Constituição de 1934, como ainda incluindo uma nova tarefa extremamente onerosa, qual a de julgar, em sessão plenária, os recursos ordinários de mandado de segurança.

20. A criação do recurso ordinário suscitou, no caso particular do mandado de segurança, um grave problema. A matéria controvertida deverá restringir-se à *questão federal*, ou poderá versar sôbre a aplicação de lei estadual ou municipal (CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*, p. 383). A exegese de caráter amplo dá lugar à formação de uma autêntica *terceira instância*, o que se recebe com justificada estranheza, porque atinge, de um lado, a estrutura do sistema federativo pela devolução ao Supremo Tribunal

do conhecimento de questões de direito local e de outro lado porque confere ao mandado de segurança, que é uma ação de rito sumaríssimo, uma situação de privilégio em contraste com as ações ordinárias que, embora sejam o meio normal e comum do tratamento das causas em juízo, se exaurem na justiça local; as sentenças que nestas são proferidas, só são recorríveis extraordinariamente, quando irrecorríveis para via ordinária.⁵¹

Relativamente ao âmbito da segurança, entende PONTES DE MIRANDA que “não cabe o recurso ordinário, se *nenhuma regra jurídica federal é invocada.*”⁵²

O Supremo Tribunal, porém, se inclina para solução diversa, admitindo o caráter amplo da segurança, de modo que o seu pressuposto não é, como no recurso extraordinário, a existência de uma questão federal, nem se restringe à questão exclusivamente de direito, podendo versar sobre qualquer *questio facti*, ainda que a lei ou ato derive de autoridade estadual, ou municipal.

21. Resta-nos apreciar agora o instituto do recurso extraordinário, que ocupa a parte mais importante da pauta do Supremo Tribunal Federal. A sua finalidade, como observou PONTES DE MIRANDA,⁵³ consiste, na Constituição vigente, em assegurar: 1.º — a *inteireza positiva* (letra “a”); 2.º — a *validade* (letra “b”); 3.º — a *autoridade* (letra “c”); e a *uniformidade* (letra “d”).

51. Manifestam-se contra o recurso *ordinário constitucional* a Comissão de Juristas, composta de CARLOS DE MEDEIROS DA SILVA (relator), SANTIAGO DANTAS, A. GONÇALVES DE OLIVEIRA, FRANCISCO BROCHADO DA ROCHA e HERMES LIMA (Cf. *Revista Forense*, vol. 167, pág. 42 e segs.), ERNANI GUARITA CARTAXO, em indicação apresentada ao Congresso Nacional de Direito, realizado em Fortaleza (Cf. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*, vol. 6-7, pág. 399 e segs.) e o subscritor do presente (em nota aposta na obra de PEDRO BATISTA MARTINS, *Recursos e Processos da Competência Ordinária dos Tribunais*, pág. 418).

52. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 2.ª ed., vol. III, pág. 46.

53. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. III, pág. 58.

Dos quatro motivos que autorizam a interposição do recurso, os dois mais frequentemente usados no fôro são os das letra “a” e “d”. Cada qual será tratado separadamente, não havendo necessidade de cuidar dos dois outros casos por ocorrerem escassamente.

22. O texto constitucional, no caso da letra “a” se desdobra em duas partes: uma referente à violação de preceito constitucional; outra, à decisão contrária à letra de tratado ou lei federal.

A Constituição é a maior das leis: cabe-lhe determinar os poderes, fixar as atribuições, limitar as competências e conferir direitos e impôr obrigações. O Supremo Tribunal Federal foi erigido em guarda máxima da Constituição e seu fiel intérprete. O primeiro fundamento do recurso extraordinário é, pois, a ofensa a dispositivo da Constituição.

A segunda parte da letra “a” alude a ofensa à letra de tratado ou lei federal. A redação é manifestamente imprópria, porque faz supôr que se deve atender antes à letra que ao espírito da lei. Porém, como já se observou,⁵⁴ uma ampla e inteligente visão do problema, num memorável esforço de construção, permitiu dilatar o exame a tôdas as questões de direito federal debatidas e decididas pela justiça local, indo buscar as suas raízes na mais augusta tradição luso-brasileira (Ord. Af. III, 78, § 2; Man. III, 60, § 2; Fil. III, 75, § 2), onde se consagrou a distinção entre sentença proferida contra o direito em tese (direito objetivo) e sentença proferida contra o direito em hipótese (direito subjetivo da parte).

54. LIEBMAN, em CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, pág. 404. O mesmo fenômeno ocorreu em França, onde o art. 2 da Lei de 27 de novembro de 1790 admite o recurso de cassação quando se dá “*contravention expresse au texte de la loi*”, parecendo fundamentá-lo antes na letra que no espírito da lei. Hoje em dia, porém, graças a uma exegese cada vez mais ampla, é concedido também quando há falsa aplicação ou falsa interpretação da lei (CORNÝ & FOYER, *op. cit.*, pág. 192).

A evolução por que passou o recurso extraordinário, desde a fórmula prudente consagrada pela Constituição de 1891 até a redação notoriamente infeliz inserta na Constituição de 1946, veio mostrar que a ampliação do seu alcance e dos motivos que autorizam a sua interposição se operou em obediência à política legislativa dominante entre nós no último quartel. Não temos a veleidade de supôr que, depois de atingir tal grau de desenvolvimento, seja possível retroceder, limitando-se o campo de aplicação do recurso extraordinário precisamente no ponto em que os legisladores constituintes de 1934 e 1946 manifestamente quizeram dilatá-lo. Embora formulássemos os mais ardentes votos por uma restrição dos motivos que justificam o recurso extraordinário, estaríamos divorciados da realidade, se pensássemos, contrariando o sentir generalizado de juizes, juristas e advogados, que isso fôsse possível na atualidade.

O que se impõe é, assim, encontrar uma solução que, sem subtrair ao Supremo Tribunal a competência constitucional estabelecida na letra “a”, possa eficazmente descongestioná-lo. Como já observava o ministro FILADELFO DE AZEVEDO “o que não pode continuar é a avalanche de recursos extraordinários que permite a qualquer levar seu pleito egoisticamente ao mais alto tribunal do país, em prejuízo do exercício de suas funções mais nobres e úteis.”⁵⁵

23. Não encontramos fundamento científico para a letra “d”. O pressuposto de qualquer recurso é o estado de sucumbimento. O vencido pode afirmar que a decisão violou a lei, aplicável à espécie, mas não é legítimo invocar, como fundamento autônomo do recurso, a circunstância de haver outro tribunal dado interpretação diversa ao direito. O que há de censurável, assinalou LIEBMAN, não é a interpretação divergente, mas a falsa aplicação da norma jurídica.⁵⁶ Aquela pode inspirar-se em considerações superiores de adaptação do direito às novas exigências sociais e

55. FILADELFO AZEVEDO. *op. cit.*, I, pág. 9.

56. LIEBMAN, em CHIOVENDA, *Instituições, cit.*, III, pág. 404.

constituir uma razão de progresso; esta se reduz à uma falsa interpretação da norma jurídica, ou errônea aplicação da norma jurídica ao fato, que compromete gravemente a dignidade do Poder Judiciário. Havendo no seio do tribunal divergência quanto à interpretação do direito em tese, é claro que as duas exegeses não podem subsistir simultaneamente, porque sendo uma verdadeira, a outra há de ser necessariamente falsa. O recurso extraordinário com fundamento na letra “d” ou dá lugar a um recurso artificial ou se reconduz à hipótese da letra “a” Daí não há fugir. LEVI CARNEIRO também opina pela supressão da letra “d”, com a seguinte justificação: êsse caso de recurso extraordinário, fundado em divergência de jurisprudência dos tribunais, aparece na reforma de 1926. Então, procurando restringir-se os casos fundados na letra “a” do § 1.º do art. 59 da Constituição de 1891, inseriu-se o dispositivo que veio a ser a alínea “c” do § 1.º. O dispositivo não despertou debate; o parecer da comissão justificou-o singelamente, considerando-o “de transparente necessidade”.⁵⁷ Só se cogitava de divergência de interpretação entre dois ou mais tribunais locais. Deixou-se inconsiderada a divergência com o Supremo. Se se quer aliviar o Supremo da tarefa que lhe não deve caber, conclui LEVI CARNEIRO, é a alínea “d” e não a alínea “a” do art. 101, III, que se deve suprimir.⁵⁸ A decisão de que se recorre pode ser acertada, ao passo que a precedente de que essa divergiu, será a errônea. E, no entanto, o Supremo tomando conhecimento e reconhecendo o êrro havido, não poderá corrigi-lo. Como se pode supôr que o dispositivo evita a desigual aplicação da lei, se não corrige o êrro reconhecido?

Não se suponha, porém, que num tema desta magnitude pretendamos, com as explicações dadas, considerá-lo encerrado. Poderíamos parecer demasiado ingênuos. O problema da uniformidade da jurisprudência é dos mais

57. *Documentos Parlamentares*, Revisão Constitucional, I, pág. 248 e 341.

58. LEVI CARNEIRO, *op. cit.*, II, pág. 13.

graves e a êle se liga, não apenas a da função jurisdicional, que consiste em aplicar a lei com ciência, interpretando-a legitimamente, mas também, a da liberdade de interpretação. “A diversidade de opiniões, de cultura, de temperamento, de critérios individuais”, escreveu JOSÉ ALBERTO DOS REIS, “dará naturalmente origem a interpretações divergentes e encontradas; à mesma norma jurídica serão atribuídos sentidos diversos. A máxima constitucional — *a lei é igual para todos* — fica reduzida a fórmula vã em consequência da liberdade de interpretação jurisdicional.”⁵⁹ Se não houvesse um correctivo, a justiça seria desigual, porque a mesma norma teria aplicação diferente em cada caso concreto.

No antigo direito português serviu para tal fim o instituto da *façanha* “Chamavam façanha”, escreve MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA, “ao Juízo ou Assento, que se tomava sôbre algum feito notável e duvidoso, que por autoridade de quem o fêz e dos que o aprovaram ficou servindo como de Aresto para se imitar e seguir como lei, quando outra vez acontecesse.”⁶⁰ Assim, também continuou na Ordenação Filipina, livro V, título I, § 5.º, que mandava tomar por *assento* a decisão da Mesa Grande da Casa da Suplicação, em virtude da dúvida levada ao Regedor. E daí por diante, não se poderia mais questionar. Sob o regime liberal, o Supremo Tribunal português tinha por missão uniformizar a jurisprudência, mas o espírito individualista dos juizes reagiu contra tal diretriz.

Não é êste o momento adequado para discutir as vantagens ou desvantagens da jurisprudência uniforme. Podemos lembrar as famosas observações de CARNELUTTI: “Os seus têrmos são os do conhecido contraste entre justiça e certeza. À uniformidade da jurisprudência serve a certeza; mas quanto não fica comprometida a justiça!”⁶¹ O

59. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. VI, pág. 233 e seg..

60. MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Segundas Linhas sôbre o Processo Civil*, Lisboa, 1910, vol. I, pág. 7.

61. CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 647.

que nos cabe, ao ensêjo de discutir os motivos que autorizam a interposição do recurso extraordinário, é tão sòmente censurar a letra “d” como fundamento autónomo, inadmissível sob o aspecto prático.

Bem sabemos que a adoção destas idéias reclama uma reforma constitucional de base; mas é preciso ter a coragem de empreendê-la, se se quer efetivamente salvar a função do Supremo; ainda que isso possa significar uma ruptura com o estado atual de coisas, é preciso recordar que, em face dos dados da ciência e da vigorosa expressão da realidade, já não é mais lícito tentar soluções de compromisso quando se há mistér de estabelecer um compromisso de solução.

CAPÍTULO V

Tentativas de solução

SUMÁRIO: 24. *Tentativa legislativa de solução da crise. A lei n.º 3.396. Crítica.* 25. *Sugestões de juristas.* 26. *Ligação dos povos civilizados.* 27. *Criação da Côrte de Cassação.*

24. Tentou-se recentemente corrigir a situação atual com a promulgação da lei 3.396 que alterou os artigos 864 e 865 do Código de Processo Civil, permitindo, consoante o principio da bilateralidade, que o recorrido impugne o recurso, demonstrando a sua inadmissibilidade (art. 3.º, § 1.º). Em seguida sobem os autos conclusos ao presidente do Tribunal ou ao juiz, que em despacho motivado, deferirá ou não o seu seguimento (art. 3.º, § 3.º). Uma vez admitido, abre-se vista ao recorrente e recorrido sucessivamente, pelo prazo de dez dias, a fim de apresentarem as suas alegações, subindo os autos principais ao Supremo Tribunal Federal (art. 4.º). Denegado o recurso, pode o recorrente agravar de instrumento (art. 6.º), que será formado com as peças indicadas pelas partes.

A bôa execução desta lei pode ter aliviado só em mínima parte a tarefa do Supremo, transferindo aos presidentes de tribunal e juizes a operação preliminar de verificar os requisitos de admissibilidade do recurso. Mas está longe de solucionar o problema em sua gravidade. A parte, inconformada com o indeferimento do recurso extraordinário, agrava de instrumento e êste recurso sobe ao Supremo, enchendo, pois, as suas pautas. Ainda recentemente, no Instituto dos Advogados, foi a matéria debatida, constando de um dos fundamentos da proposta enviada ao Congresso, a declaração, fundada no ensinamento de Pedro Lessa, de que “ao Supremo, não aos Tribunais. é que compete dizer se o recurso deve ser ou não admitido.”⁶²

A verificação preliminar, com o alcance que lhe conferiu a lei 3.396, é condenável sob o aspecto científico e acarreta graves inconvenientes sob o aspecto prático. No sistema brasileiro, a interposição do recurso se dá perante o juízo *a quo*; no sistema de outros países, a interposição é no juízo *ad quem*. Neste reúne-se, a um tempo, a dupla tarefa de verificar a admissibilidade e a procedência do recurso; no sistema adotado no Brasil cinde-se o contrôle, cabendo o exame da admissibilidade ao juízo *a quo* e o da procedência ao juízo *ad quem*. Esta é a regra geral, que não impede, aliás, que o juízo *ad quem* aprecie a matéria relativa à admissibilidade. Juízo de admissibilidade quer dizer *apreciação de requisitos formais do recurso*, isto é, se cabe, em face da lei processual, ou se se operou a preclusão; se foi interposto no prazo legal; se preenche as condições exigidas na lei, isto é, que a petição de interposição não seja inepta. Ampliar tal juízo de admissibilidade até o ponto de verificar se ocorre a indigitada ofensa a literal disposição de lei ou se existe o dissídio jurisprudencial (letras “a” e “d”) é o mesmo que delegar à justiça local o poder de prejulgar o recurso, quando o certo é que a Constituição não autoriza tal fraccionamento em duas fases. Se compete ao Supremo

62. PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, pág. 119; cf. Diário do Congresso Nacional, 19 de setembro de 1959, pág. 6480.

julgar, não pode a justiça local *prejulgar*, porque esta operação ou subtrai à atribuição do Supremo também a verificação da admissibilidade, ou lha devolve, através do agravo de instrumento interposto do despacho denegatório. Se o Supremo pode sempre apreciar, mediante êste recurso, a admissibilidade do extraordinário, o exame preliminar pela justiça local é inútil, pois os senhores ministros do Supremo não precisam de assessôres, e ainda dispendioso, porque exige um gasto que pode ser suprimido. Se ao Supremo se subtrai tal poder, então a justiça local passa a exercer competência que a Constituição atribui ao Supremo, valendo o que é mero julgamento de admissibilidade como prejudgamento do mérito.

Mas, ainda que se observe o preceito constitucional com a sua extensão atual, é possível construir uma solução científica e de bom efeito prático. Na verdade, partindo da idéia de que, no regime federativo, aos Estados cabe o julgamento das causas em últimas instância (Const. Fed. art. 101, III), daí se segue que, perante a sua justiça, hão de exaurir-se todos os *recursos ordinários* conferidos pelo Código de Processo Civil. Onde cabe recurso ordinário, inadmissível é o extraordinário. Êste pressupõe que se tenha esgotado o último recurso ordinário admissível na justiça local. Ora, depois de percorrer a ação os dois graus da jurisdição, é de se supor que a causa tenha sido exaustivamente apreciada sob o duplo aspecto de fato e de direito; e se, apesar disso, a parte vencida ainda não se sente convencida e pretende interpor recurso extraordinário com fundamento na letra “a”, é verdadeiramente paradoxal que o vencedor tenha de extrair carta de sentença, às suas expensas, para executar o julgado, só porque o recurso foi admitido pelo juiz ou presidente do tribunal. Esta solução legal encerra uma inversão na ordem das coisas, impondo que o vencedor suporte ainda um ônus depois do acolhimento do pedido. Mais lógico seria que o recurso extraordinário se processasse em separado, como a revista, com a transladação das peças por conta do recorrente, inclusive as indicadas pelo recorrido. A subida do recurso extraor-

dinário nos autos principais acarreta um gravame ao vencedor do pleito.

Coerentemente com o princípio de que a justiça local e própria já esgotou a apreciação da matéria de fato e de direito e que o vencido fica submetido aos efeitos da decisão que, conforme o entendimento geralmente acolhido entre nós, comporta execução definitiva e não provisória, a interposição do recurso extraordinário devia ficar condicionada ao depósito de certa quantia que reverteria em favor da parte contrária se o recurso não fôsse conhecido. Já se observou, com todo acêrto, que no regime atual, o recurso extraordinário é mais barato que a revista.⁶³

Não pretendemos, com a presente solução, que encontra exemplo no direito comparado, sacrificar o acesso das causas ao Supremo. Compreendemos, como observou CARLOS DE CARVALHO,⁶⁴ que é preciso preservar a unidade do direito federal. Mas não se pode negar que é também da essência do regime federativo a aplicação das leis federais pela justiça dos Estados. Se tôdas as causas devessem acabar no Supremo, como tribunal de terceira instância, não teria mais justificativa a manutenção do regime político vigente.

25. Foi essa, segundo cremos, a única tentativa, no plano legislativo, visando aliviar os pesados encargos do Supremo Tribunal Federal; mas não logrou o esperado êxito. Vinte anos depois do surto da crise, ainda perduram os mesmos fatôres que concorreram para a sua formação, muitos dos quais a agravaram consideravelmente, graças à incapacidade dos legisladores que, em face desse magno problema, não ouviram os contínuos apelos dos homens de ciência e os valiosos conselhos da experiência profissional.

63. LEVI CARNEIRO, *op. cit.*, II, pág. 11. Sôbre os defeitos da Lei n.º 3.396, ver a aguda crítica de ALCIDES MENDONÇA LIMA, *A Marcha Processual do Recurso Extraordinário* (*Revista Jurídica*, 37, pág. 10).

64. CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação das Leis Cíveis*, págs. XLII e XLV.

CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO mostra, à luz das estatísticas, a evolução do país, onde os legisladores diminuem o número de ministros do Supremo Tribunal Federal ao mesmo passo que aumentam as suas funções, dando lugar ao crescimento do volume de causas que a êle têm acesso: “Em relação ao Supremo Tribunal, houve coisa muito pior; diminuiram-lhe os juizes, à proporção que a população foi aumentando. Em 1782, o Supremo Tribunal de Justiça compunha-se de 17 juizes: a população do Brasil orçava em 10.112.061 habitantes. Em 1891, a população era de 24.333.915 habitantes: passou a ser de 15 o número de Ministros. Em 1913, êsse número passou a ser de 11, número que foi mantido pelas Constituições de 1934 e de 1937. Neste ano, a população foi estimada em 43.246.931 habitantes.”⁶⁵ Em 1960, contando a nação quase setenta milhões de habitantes, mantém-se o mesmo número de ministros. Entre as suas sugestões, figuram como principais: a) aumento do número de ministros; b) criação do lugar de secretário de ministros; e) e restauração dos antigos assentos.⁶⁶

Para o Prof. NOÉ AZEVEDO, a solução ideal é atribuir ao Supremo Tribunal a função de órgão unificador de todo o direito, podendo-se criar, no entanto, justiça privativa para julgamento de tôdas as causas de direito público, administrativo e fiscal.⁶⁷

FILADELFO AZEVEDO⁶⁸ sugeriu, entre outras medidas, a supressão ou redução da letra “a” e a ampliação da letra “d”; LEVI CARNEIRO propõe, ao contrário, a supressão da letra “d”, modificação das letras “a” e “b” do inciso III do art. 101 e redução a sete ou nove do número de ministros do Supremo Tribunal Federal, extinguindo-se a sua atual

65. CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *A Crise do Supremo Tribunal Federal* (*Revista dos Tribunais*, vol. 156, pág. 870).

66. CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *op. cit.*, vol. 156, pág. 874, e seg.

67. NOÉ AZEVEDO, *A Crise do Supremo Tribunal e dos Tribunais de Apelação* (*Revista dos Tribunais*, vol. 147, pág. 821).

68. FILADELFO AZEVEDO, *A Crise do Supremo Tribunal Federal* (*arquivos*, cit., vol. I, pág. 18).

divisão em turmas; ⁶⁹ e SABOIA DE MEDEIROS propugna maior amplitude da letra “a” e supressão da letra “d”. ⁷⁰

A Comissão especial de juristas, constituída em março de 1956 para apresentar um plano de reforma constitucional, propôs alterações substanciais no art. 101, II, letra “a”, abolindo-se o chamado recurso ordinário de decisão de última instância, denegatória de mandado de segurança e, no art. 101, III, letra “a”, só admitindo recurso extraordinário “quando fôr contrária a dispositivo desta Constituição, ou à letra de tratado ou lei federal, a decisão proferida em ação rescisória, mandado de segurança, *habeas corpus*, ressalvado o disposto no item II, a, bem como em revisão, ou, se esta não couber, em outro processo penal.” ⁷¹

SEABRA FAGUNDES, indica três pontos essenciais: a) obrigação, para os Presidentes de Tribunais de justiça, de fundamentarem os despachos, quer de recebimento, quer de indeferimento do recurso extraordinário; b) restauração do sistema de traslado instituído para os recursos extraordinários pelos decretos n.º 19.659, de 3 de fevereiro de 1931 (art. 2.º) e n.º 20.106, de 13 de junho do mesmo ano (art. 14); c) e deferimento a dois ministros da competência para o julgamento dos agravos contra os despachos de Presidentes dos Tribunais, que indefiram a interposição do recurso extraordinário. ⁷²

O Ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS, emendava o art. 101, III da Constituição, dando-lhe a seguinte redação: “Art. 101, III, e suas letras: julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única

69. LEVI CARNEIRO, *Ainda a Crise do Supremo Tribunal Federal* (Arquivos, cit., vol. II, pág. 26). A fórmula sugerida por CASTRO NUNES muito se aproxima da de LEVI CARNEIRO (Cf. *A Tarefa do Supremo Tribunal*, Arquivos, vol. 7, pág. 9).

70. SABOIA DE MEDEIROS, *A Alteração da Competência do Supremo Tribunal Federal* (Arquivos, vol. 10, pág. 10).

71. *Reforma Constitucional* cit., pág. 71: *Revista Forense*, vol. 167, pág. 40.

72. SEABRA FAGUNDES, *A Organização e o Funcionamento do Poder Judiciário* (*Revista Forense*, vol. 155, pág. 12 e seg.).

ou última instância, ou pelo Tribunal de Contas, no Exercício da Competência que lhe atribui o artigo 114:

a) quando se questionar sôbre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão negar aplicação à lei impugnada;

b) quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou ato impugnado;

c) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um dêstes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.”⁷³

No projeto organizado pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, o art. 101, III recebeu o seguinte enunciado: “Art. 101 — Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III — Julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância:

a) quando a decisão fôr contra a letra da Constituição ou de tratado federal sôbre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sôbre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;

d) quando decisões definitivas do Tribunal de Contas, dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um dêstes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.”⁷⁴

73. *Arquivos*, cit., vol. 16, pág. 17.

74. *Arquivos*, cit. vol. 16, pág. 27.

O Ministro ALEXANDRE MARCONDES FILHO, depois de analisar as várias opiniões, que tomavam posições extremadas, achou preferível uma solução intermédia, adotando a que foi preconizada pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, de modo que o caso da letra “a” seria admissível, quando a decisão fôsse contrária a letra da Constituição ou de tratado federal sôbre cuja aplicação se haja questionado.⁷⁵

O Ministro SAMPAIO DORIA elaborou por completo o título relativo ao Poder Judiciário, disciplinando o recurso extraordinário pela forma seguinte: “III — Julgar, em recurso extraordinário as causas decididas em última ou única instância pelo Tribunal Federal de Apelação, pela justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios.

a) quando se negar vigência ou aplicação de tratados e leis federais;

b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados, em face da Constituição, dos tratados ou leis federais, e a decisão considerar válidos aquêles atos ou aquelas leis;

c) quando o tratado ou lei federal tiverem dado inteligência diversa da dos tribunais de dois ou mais Estados, inclusive o do Distrito Federal e o Federal de Apelação ou o Supremo Tribunal Federal.”⁷⁶

Preconiza o Prof. MUNIZ DE ARAGÃO a divisão do Supremo Tribunal em duas turmas, uma com competência penal e outra civil, evitando-se assim a divergência que vem sendo corrigida por embargos com função de revista, além do julgamento do recurso extraordinário por dois ministros e eventualmente três, no caso de empate na votação.⁷⁷

Para JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, o acúmulo de processos resulta da confiança que os litigantes depositam no Supremo Tribunal; daí o intenso uso do recurso extraordinário

75. *Arquivos*, cit., vol. 16. pág. 45.

76. *Arquivos*, cit. vol. 16. pág. 48.

77. E. D. MUNIZ DE ARAGÃO, *Alvitre para a Solução da “Crise do Supremo Tribunal”* (*Revista Jurídica*, vol. 39, pág. 11 e 12).

como tentativa extrema de obter a mais completa justiça. Propõe a divisão do Supremo em quatro turmas; conhecido o recurso, o seu julgamento cabe ao Tribunal Pleno ⁷⁸.

É incontestável que tôdas essas idéias trouxeram um valioso e fecundo subsídio para o estudo do problema; mas não podiam, na verdade, ser aceitas, por representarem apenas tentativa de solução fragmentária e emergencial. Os ilustres autores, que formularam os diversos planos de redistribuição da competência do Supremo Tribunal Federal, preocuparam-se em atenuar os efeitos imediatos da crise, porque estavam já impacientes de qualquer demora e não acreditavam que o Poder Legislativo tomasse de pronto a iniciativa de realizar uma obra eficaz. Todavia, dada a complexidade do problema, que atinge a própria essência do Poder Judiciário, o que se exige, para conjurar o congestionamento dos feitos, não é uma reforma parcial e incompleta, de remendos e de adaptação provisória às contingências atuais, mas sim uma reforma de base, que se projete duradouramente para o futuro, ainda que acarrete a revisão constitucional.

Sendo já conhecidas as causas da crise, o primeiro passo consiste em estabelecer qual a função que se atribui ao Supremo Tribunal Federal: se de *Tribunal de Cassação*, se de *Côrte Constitucional*, ou se de um *Tribunal híbrido* que, reunindo ambas as atividades, exerce, no regime federativo, a de velar pela inteireza e unidade do direito nacional, além de tutelar, através do mandado de segurança, as garantias de direitos públicos subjetivos dos indivíduos. As estatísticas já referidas e as severas críticas ao modo de julgamento no Supremo Tribunal demonstraram que é impraticável o exercício dessas múltiplas tarefas por um único Tribunal de onze ministros. A consequência fatal é o aniquilamento dos homens por excesso de trabalho e da função por impossibilidade de seu desempenho regular,

78. JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, *Reforma Constitucional*, (*Revista Forense*, vol. 167, pág. 499).

condizente com a sua alta dignidade. O defeito capital está precisamente em onerar o Supremo com encargos muito superiores às suas forças.

Os legisladores que lhe ampliaram a competência na Constituição de 1946, depois das advertências dos juristas iniciadas em 1942, quando ainda os sintomas da crise não eram tão alarmantes, deram um voto de confiança aos srs. ministros, sem reparar, contudo, que a hipertrofia de trabalho acabaria por atrofiar a majestade da função.

26. Ao terem de resolver problema semelhante, os povos civilizados agiram de modo substancialmente diverso, atribuindo aos órgãos apenas as tarefas que podem razoavelmente exercer, sem sacrifício pessoal e da função. Senão, vejamos. Até pouco tempo, na Europa, o problema da inconstitucionalidade não estava na ordem do dia, por considerações peculiares ao seu sistema político; pode dizer-se que dêle só se cuidava especialmente na América. Com o advento das constituições rígidas promulgadas depois da última guerra, despertou o interesse por tais estudos, porque a matéria recebeu um tratamento singular em quase tôdas elas. No entanto, os Congressos Constituintes não atribuíram aos Tribunais de Cassação a função de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos; criaram um novo Tribunal, denominado Côrte Constitucional.⁷⁹ Os Tribunais de Cassação já tinham tarefa específica, sendo desaconselhado agregar-lhe mais um encargo, mesclando assim atividades distintas.

É oportuno recordar, a título de exemplo, que, em França, a Côrte de Cassação,⁸⁰ a partir de 17 de setembro de 1957, se compõe de um presidente, cinco presidentes de Câmaras e setenta e sete conselheiros, distribuídos à razão de quinze para cada câmara civil e de dezessete para a criminal. O legislador instituiu um serviço de documenta-

79. Const. da República Federal Alemã, arts. 20, 93 e 100; da Baviera, art. 92; do Palatinado do Reno, art. 130; da Áustria, art. 140; da Itália, arts. 134 e 136.

80. Cf. CORNY & FOYER, *Procédure Civile*, cit. pág. 202.

ção, confiado a vinte magistrados, havendo um fichário central, que contém o sumário de todos os julgamentos e sua publicação integral é feita em boletins mensais destinados às câmaras civis e criminais.⁸¹ Em França, onde, pelo elevado número de seus juizes, fàcilmente se poderia incluir a declaração de inconstitucionalidade entre as atribuições da Côte de Cassação, o legislador preferiu criar novo Tribunal para lhe não aumentar o ônus, nem alterar a sua função própria.

O país que, pela afinidade de suas instituições políticas, mais se aproxima do Brasil, é provàvelmente o México, que adotou também o regime federativo e criou a figura do amparo muito semelhante ao mandado de segurança. Ao Supremo Tribunal do México compete conhecer não só do recurso de cassação, como também do amparo. Compõe-se de vinte e um ministros e funciona em pleno e turmias, havendo ainda cinco ministros supra numerários.⁸² As turmas estão divididas segundo a matéria, o que afasta o dissídio jurisprudencial.⁸³ Ao Pleno cabe decretar a inconstitucionalidade de lei ou de ato. Ora, o México é um país de cêrca de trinta milhões de habitantes, enquanto o índice demográfico no Brasil sobe a setenta milhões. Com metade da população do Brasil, o México tem o dôbro de ministros na Suprema Côte.

Os Estados Unidos, cuja constituição serviu de modelo para as congêneres americanas, mantiveram praticamente inalterado seu sistema político, de modo que a competência para legislar sôbre direito material continuou, pelo menos em sua maior parte, com as unidades federativas. 'Os' casos que autorizam o *writ of error* ou o *writ of certiorari* não são tão frequentes como nos demais países da América, que tenderam a uma acentuada centralização legislativa.

81. Lei de 4 de agosto de 1956, art. 51.

82. Constituição do México, art. 94.

83. Cf. *Ley Organica del Poder Judicial de la Federación* arts. 24 e segs.

A Côrte Suprema se compõe de nove juizes.⁸⁴ O contínuo progresso dos Estados Unidos havia de refletir-se sôbre o número de feitos levados ao mais alto Tribunal do país. Já em 1848, conta LEDA RODRIGUES, havia atraso nos julgamentos e as pautas estavam sobrecarregadas. Durante o Têrmo da Côrte Suprema trabalhavam os juizes em regime de tempo integral. Reuniam-se das 11 às 4 ou 5 horas da tarde, quando jantavam e voltavam ao trabalho até às 9, 10, 11 ou 12 da noite.⁸⁵ Cinquenta anos depois, quando TAFT foi nomeado Presidente da Côrte Suprema, verificou que esta se encontrava em atraso nos julgamentos e esforçou-se muito em favor da adoção da lei judiciária de 13 de fevereiro de 1925, que restringiu consideravelmente a sua jurisdição obrigatória e alargou a jurisdição discricionária, através do *certiorari*. Ao se aposentar em 1930, o trabalho estava quase em dia.⁸⁶ A Côrte Suprema julga, atualmente, em média, de 200 a 300 casos por ano, sendo as decisões reunidas em publicação oficial de três volumes, com cêrca de 3.000 páginas.⁸⁷

Diferentemente dos dois países, na Venezuela o Poder Judiciário é exercido por: a) uma Côrte Federal; b) uma Côrte de Cassação; c) pelos demais Tribunais e Juizes.⁸⁸ A Côrte Federal se compõe de cinco vogais; a Cassação, de dez. À cada vogal corresponde um suplente. A Cassação se divide em duas turmas, uma civil, mercantil e do trabalho; e outra penal, tendo cada qual cinco juizes. A Côrte Federal é unitária e incindível.⁸⁹

84. Sôbre o número dos juizes da Suprema Corte Norte-Americana e as vicissitudes por que passou, ver CORWIN, *A Constituição Norte-Americana*, trad. bras. de Leda Boechat Rodrigues, pág. 166.

85. LEDA BOECHAT RODRIGUES, *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, pág. 74.

86. LEDA BOECHAT RODRIGUES, *op. cit.*, pág. 99.

87. TUNC & TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, Imprenta Universitaria, México, 1957, pág. 49.

88. Constituição da Venezuela, art. 129.

89. Cf. Constituição da Venezuela, *Disposições Transitórias*, segunda; o art. 133 da Constituição define as atribuições da Côrte Federal; o art. 134, as da Côrte de Cassação.

São atribuições da Côrte de Cassação:

“1.^a — Conocer del recurso de Casación y de los demás cuya decisión le atribuya la ley.

2.^a — Las demás que le señalen las leyes.”

São atribuições da Côrte Federal:

“1.^a — Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales o estatales, de los reglamentos y de las ordenanzas o acuerdos municipales, cuando colidan con la Constitución.

2.^a — Declarar la ley que deba prevalecer cuando se hallen en colisión las nacionales entre sí o éstas con las de los Estados, y declarar asimismo cuáles son el artículo o artículos de una ley que hayan de regir, en caso de colisión.

3.^a — Declarar la nulidad de los actos del Poder Público que sean violatorios de esta Constitución.

4.^a — Conocer de las acusaciones contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, los Ministros del Despacho Ejecutivo Nacional, los miembros del Congreso Nacional, los miembros de la Corte Federal y los de la Corte de Casación, el Contralor de la Nación y el Sub Contralor de la misma, el Procurador de la Nación, los Gobernadores de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios Federales, los Secretarios Generales de los mismos y los miembros de las Cortes Superiores de los Estados y de los Juzgados Superiores donde no hubiere Corte.

5.^a — Conocer de las causas civiles o criminales que se formen a los Representantes Diplomáticos acreditados en la República, en los casos permitidos por el Derecho Internacional Público.

6.^a — Conocer de las causas penales que por mal desempeño de sus funciones se formen a los Agentes Diplomáticos de la República.

7.^a — Dirimir las controversias de cualquier naturaleza que se susciten entre los funcionarios de orden político de los diferentes Estados; entre uno o más Estados; entre éstos y el Distrito Federal y los Territorios Federales, y entre los tribunales y funcionarios nacionales, en materias que sean de la competencia de la Corte Federal.

8.^a — Dirimir las competencias que se susciten entre dos o más tribunales de la República, siempre que la ley no indique para ello otra autoridad.

9.^a — Conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones que se susciten entre la Nación y los particulares a consecuencia de los contratos celebrados por el Poder Ejecutivo Nacional, o de concesiones mineras, o de tierras baldías, salvo aquellos puntos que, por la ley vigente para el momento de la celebración del contrato, del otorgamiento de la concesión o de la negativa a concederla, quedaren sujetos a la decisión del Poder Ejecutivo Nacional sin recurso judicial.

10 — Conocer, en juicio contencioso, de las acciones que se propongan contra la Nación por daños y perjuicios, y de las demás acciones que por sumas de dinero se intenten contra ella.

11 — Conocer de las causas de presas.

12 — Declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de las autoridades extranjeras, cuando sea procedente.

13 — Conocer de los demás recursos cuya decisión le atribuya la ley.

14 — Las demás que le señalan esta Constitución y las leyes, en asuntos de la competencia federal.”

27 Aí está o quadro de algumas importantes experiências legislativas realizadas na Europa e na América. Não as invocamos para seguir na sua esteira desarvorada e irrefletidamente, senão para meditar sôbre o valor das soluções adotadas por êsses países, pondo-as em confronto com as exigências nacionais. Havendo absoluta necessidade de reestruturar em bases científicas o Supremo Tribunal no Brasil, não há de parecer pretensão descabida indicar aos futuros constituintes algumas regras que merecem ser observadas para alcançar uma satisfatória solução do problema. O Supremo Tribunal Federal se caracteriza pelo *hibridismo* de suas funções. É Côrte de Cassação, quando decide o *recurso extraordinário* com fundamento no art. 101, III, letras “a” e “d”; funciona como Tribunal de se-

gundo grau nas causas decididas por juizes locais, fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no país (*Constituição Federal*. art. 101, II, letra “b”); e como instância *ordinária* nos recursos de *habeas corpus* e mandado de segurança quando a decisão do tribunal de origem é denegatória.

O acúmulo de tantas atribuições torna difícil o funcionamento do Supremo Tribunal. Quando falamos em *funcionamento*, pensamos em normalidade do trabalho, realizado sem atropêlo, sem sacrifícios pessoais, sem o sestro da produção em quantidade; pensamos em acórdãos, que reflitam tendências definidas da evolução da jurisprudência, servindo como fontes de doutrina pela sabedoria dos seus conceitos e não como meros resultados de oscilações determinadas pelos votos dos relatores, acompanhados pelos demais ministros, em julgamentos que revelam insegurança de orientação. Para que o Supremo possa exercer eficazmente as suas atribuições, é indispensável, pois, reformar a Constituição.

Em páginas anteriores, assinalámos que a recente evolução do direito constitucional brasileiro alargou, de modo considerável e nem sempre com os aplausos da melhor doutrina, o alcance do recurso extraordinário. E embora nos filiássemos entre os que sinceramente votam por uma tendência restritiva, de modo a preservar a pureza do regime, não cremos que, já agora, com o desenvolvimento alcançado pelo instituto, seja possível voltar à formula da constituição de 1891. Duvidamos, pois, da possibilidade de reduzir o alcance da letra “a” do art. 101, III da Constituição, precisamente porque os litigantes põem a sua maior confiança na mais alta Côrte de Justiça; duvidamos que se possa igualmente suprimir a letra “d” do mesmo artigo e inciso, embora os sufrágios da ciência condenem tal recurso com função autônoma; duvidamos, por último, que os legisladores eliminem o recurso *ordinário* em mandado de segurança e *habeas corpus*, porque êle foi instituído no pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal, não es-

tando sujeito às influências locais, assegura melhor as garantias de direitos individuais, ameaçados ou violados por ilegalidades ou abuso de poder.

Em tal conjuntura, desvanecidas as esperanças de qualquer limitação e não podendo o atual Supremo Tribunal suportar a plethora de feitos que lhe foi cometida, a solução é criar um novo Tribunal, com função exclusiva de cassação, atribuindo-lhe a competência para julgar os casos de recursos, com fundamento no art. 101, III, da Constituição Federal. Ao Supremo ficaria a competência definida no art. 101, I, II e IV. A declaração de inconstitucionalidade, argüida na forma do art. 8.º, § único da Constituição Federal, continua da competência do Supremo Tribunal Federal. A interposição do recurso extraordinário deve ser condicionada ao depósito de determinada quantia, qualquer que seja a natureza da causa, revertendo em favor do recorrido, se não fôr conhecido ou se fôr negado provimento ao recurso.

O Professor Waldemar Ferreira homenageado pela Universidade do Rio Grande do Sul

Em Assembléia Universitária realizada aos 3 de março de 1960, no Salão de Atos da Universidade do Rio Grande do Sul, em Pôrto Alegre, seu Magnífico Reitor, o Professor Elyseu Paglioli, procedeu à leitura do relatório das atividades da instituição no ano de 1959; e, em sintonia com as aspirações das Congregações de Professôres das Faculdades de Filosofia, de Direito e de Medicina de Pôrto Alegre, outorgou os títulos de professôres “honoris causa” aos Doutores Emílio Betti e Waldemar Ferreira, proferindo às seguintes palavras:

“Mas, senhores, a Universidade não distingue apenas os beneméritos egressos de seus quadros. Reserva, ao mesmo passo, um laurel a professôres eminentes que tenham exercido efetivamente o magistério em instituição de ensino superior de renome, com alto mérito para a ciência que professam, qual seja o título de “Professor Honoris Causa”.

“Das mais felizes foi a iniciativa da ilustre Congregação da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, propondo ao Egrégio Conselho Universitário a outorga dêsse título aos professôres Waldemar Martins Ferreira, ex-professor catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, jurista e profissional de larga projeção, autor de obras jurídicas que lhe grangearam o título de “o maior de nossos comerciantes”; e a Emilio Betti, laureado em direito e letras, professor em quase tôdas as Universidades italianas, cultor de direito em suas mais variadas especializações, autor de copiosa e excelente bibliografia, que concorreu para firmar o seu nome entre o dos maiores juristas contemporâneos.

Tanto Emilio Betti, como Waldemar Martins Ferreira, que, em distintas oportunidades, honraram esta instituição, professando magistrais lições de seu saber, são duas glórias autênticas das letras jurídicas”.

Passou o Magnífico Reitor, logo depois, às mãos do Professor Waldemar Ferreira, que assinou o termo da concessão do título, com que foi honrado, expresso, em latim, no respectivo pergaminho, o original da portaria seguinte:

“O Reitor da Universidade do Rio Grande do Sul, no uso das atribuições que lhe confere o Estatuto, tendo em vista a proposição da Congregação da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, e em execução da deliberação unânime do Conselho Universitário, em sessão de 13 de novembro de 1959, após aprovação também unânime, das Congregações dos Institutos que constituem esta Universidade;

considerando que o professor Waldemar Martins Ferreira, catedrático de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é amplamente conhecido nos meios universitários brasileiros, já por sua longa e brilhante carreira magisterial, já por suas inúmeras obras jurídicas;

considerando sua atuação de relêvo por ocasião do Congresso Jurídico realizado nesta Capital em comemoração ao cinquentenário da Faculdade de Direito desta Universidade;

considerando que em diversas oportunidades tem, igualmente, o emérito jurista cooperado conosco, ora realizando conferências, ora cursos de extensão universitária;

considerando, finalmente, a sua imensa obra de doutrinação e ensino e o muito que lhe deve a ciência jurídica e, notadamente, a Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, desta Universidade, por êle tantas vêzes distinguida, resolve outorgar ao professor Waldemar Martins Ferreira o título de “Professor *honoris causa*”, pela Universidade do Rio Grande do Sul”.

(a) ELYSEU PAGLIOLI, Reitor.”

O Professor Miguel Reale no Nordeste

A convite das secções da Ordem dos Advogados de Pernambuco, da Paraíba e do Sergipe, bem como dos Diretórios Acadêmicos das Faculdades de Direito do Recife e de Caruarú, visitou o Nordeste, na segunda quinzena de setembro, o Professor Miguel Reale, que estendeu a sua viagem à Fortaleza e a Salvador, afim de instalar na Capital cearense o Instituto de Filosofia e visitar a secção baiana da entidade a que preside.

A excursão cultural do mestre de Filosofia do Direito desta Faculdade alcançou a mais ampla repercussão, tendo sido êle saudado por figuras das mais representativas da Universidade e do Fôro do Nordeste, como os Professôres Pinto Ferreira, Lourival Vilanova, Paulo Bonavides, A. L. Machado Neto, José Silvério Leite Fontes e José Amado do Nascimento.

Como documentos ilustrativos do que foram as conferências e aulas proferidas pelo Professor Miguel Reale sôbre temas de Filosofia e de Filosofia do Direito publicamos, a seguir, três trabalhos dos eminentes juristas Pinto Ferreira, Augusto Duque e Mário Moacir Porto:

Miguel Reale *

Prof. Pinto Ferreira

Catedrático de Direito Constitucional e de Sociologia na Universidade do Recife.

Quando um povo atinge a consciência do seu destino, começa a guiar a marcha da humanidade para o progresso

* Discurso de saudação ao prof. Miguel Reale, pronunciado no Tribunal de Justiça, a 21 de setembro de 1960, em nome da Ordem dos Advogados (Secção de Pernambuco), posteriormente reconstituído.

e a consolidação do saber e do conhecimento. Através dessa tomada de consciência das suas possibilidades históricas, do reflexo e da admiração dêsse saber nas gerações sucessivas, uma nação pensa e vive, angaria o respeito do mundo e do pensamento universal. Nenhum povo se engrandece sem o cultivo da ciência e da filosofia, da arte e da literatura, do direito e da legalidade, do saber emancipado nas suas múltiplas manifestações.

É assim com encantamento que Pernambuco recebe uma das figuras impressionantes da história intelectual brasileira. A Ordem dos Advogados a acolhe com a fidalguia e o cavalheirismo que seu talento e sua personalidade granjearam por todo o país.

Esta Ordem dos Advogados, através da brilhante direção do seu atual presidente, o dr. José Neves, cujo dinamismo e operosidade avultam em realizações do mais surpreendente êxito no campo de suas atividades, está vivamente interessada em um programa cultural de envergadura. Colaborando com êle, visita-nos agora o prof. Miguel Reale, para trazer a sua preciosa contribuição, marcando um grande momento nesta festa da inteligência pernambucana.

Múltiplos são os traços em que se desdobra a figura do eminente intelectual brasileiro. Paulista de nascimento, dessa terra sagrada e consagrada por tantas epopéias liberais, cujo desenvolvimento econômico se assemelha às mais progressistas regiões européias, a que agrega uma vida espiritual cheia de densidade, com seus juristas, seus pensadores, seus poetas, seus estadistas, São Paulo ocupa um lugar de relêvo na paisagem nacional.

O dr. Miguel Reale é professor, por fôrça de concurso, da cadeira de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Inclusive o homem de ação, ex-Secretário da Justiça do seu Estado, ex-Reitor da sua Universidade, é um homem predestinado para as grandes realizações.

Jurista-filósofo, pensador social, escritor de nomeada, tratadista, advogado militante, em todos êsses domínios tem revelado o brilho inconfundível do seu talento.

Como tratadista e escritor publicou trabalhos de projeção, entre êles se destacando as obras *Fundamentos do Direito*, *Teoria do Direito e do Estado*, *Novos Horizontes do Direito e da História*, *Filosofia do Direito*, esta última obra em vários volumes, e já traduzida para o estrangeiro, afora opúsculos, dissertações e teses.

A sua obra intelectual é densa, erudita e tem o privilégio da originalidade. E' o criador da teoria interpretativa da tri-dimensionalidade do direito, já bosquejada na Alemanha com a *Dreizeitenlehre* de Sauer, a que Reale deu contôrno original e próprio, em orientação que tem recebido críticas lisonjeiras dos Estados Unidos, Europa e diversos países latino-americanos. Jurista-filósofo é de certo a figura mais categorizada do pensamento brasileiro, neste setor.

A Miguel Reale cabe também o mérito de haver assinado a contribuição de dois escritores nordestinos, Tobias Barreto e Sílvio Romero, ao campo da filosofia do direito e da filosofia em geral, contribuindo para o realce dos nomes dos mesmos. Tobias Barreto goza aliás de grande irradiação na Europa, homenageado recentemente na Alemanha, na Universidade de Hamburgo, pelo prof. Grossmann, por intermédio de uma placa com dizeres expressivos, e bem assim na União Soviética, onde o prof. J. Bazarian, colaborador científico do Instituto de Filosofia da Academia de Ciências da URSS, o tem elogiado com artigos publicados em revistas russas. E' mais um laço que prende o mestre paulista à nossa terra, revelando as suas afinidades espirituais e afetivas conosco.

Orador de renome nacional, o prof. Miguel Reale tem a medida, o calor, a segurança, a escôlha de expressão, do movimento, da gesticulação, para o fim exclusivo de enobrecer esta arte, fiel à sinceridade do seu estilo, à sua ternura pela verdade.

Mas não é um homem submisso e contente. Não se prende no silêncio do gabinete. É um agitador de idéias, um estimulador de tendências, responsável pelo milagre de haver despertado o gôsto da inteligência brasileira para os estudos filosóficos. E' o criador do *Instituto Brasileiro de Filosofia* e da *Revista Brasileira de Filosofia*, desta já tendo publicado até hoje cêrca de 40 números.

Tal é a figura extraordinária que Pernambuco acolhe. Merece o respeito e a simpatia dos brasileiros, amantes do saber e da cultura. E' um homem de ação e de pensamento, que olha o futuro e não se perde na nostalgia embaladora do sonho e do passado. Michelet já havia dito: o sonho é o mal dos mundos e das almas que findam.

A cidade de Recife, um dos mais pitorescos refúgios que o mundo pode oferecer ao espírito de um pensador, apresenta-se hospitaleiro ao prof. Miguel Reale, que decerto se encontrará com a sua natureza exuberante, as suas praias e folhagens tropicais, as águas dos rios espelhados e dormentes, tocados pelo reflexo do sol, os verdejantes parques umbrosos e tranqüilos, a que se acrescenta ademais a simpatia dos seus amigos e admiradores.

Pernambuco assim, com as suas tradições históricas de saber e cultura, com as perspectivas do seu futuro, acolhe festivamente a uma das grandes figuras do pensamento brasileiro.”

(De “O Jornal de Comércio”, do Recife de 23-9-960)

Presença de Miguel Reale

Des. Augusto Duque

Desembargador do Tribunal de Justiça
de Pernambuco

Talvez seja uma simples impressão pessoal; mas, duvido muito que assim seja sòmente, tendo em vista o que observei em muitos. É o seguinte: considero a visita que o prof. Miguel Reale fêz, ùltimamente à Pernambuco, um

acontecimento da maior repercussão para a nossa vida cultural, especialmente para os que se dedicam aos estudos jurídicos e de filosofia. E mesmo para os que, sendo juristas práticos, exercendo profissionalmente, atividades judiciárias em qualquer setor e tiveram a ventura do seu contacto intelectual, o episódio foi marcante. O prof. Miguel Reale que é hoje um dos luminares com que o Brasil pode apresentar-se no concôrto dos juristas de todo o mundo, teve a oportunidade de exercer, entre nós, durante alguns proveitosos dias, o seu esplêndido magistério. Não se reduz o professor paulista à proficiência dos seus lúcidos trabalhos em livros e ensaios, nos quais ressaltam-se aspectos maravilhosos de uma contribuição pessoal magnífica para a Ciência do Direito, para a Filosofia e para os estudos filosóficos em geral. Não fica o mesmo, sòmente, no seu gabinete, na sua cátedra, na sua banca de advogado onde, em qualquer dos ditos setôres de atividade, mereceria a admiração de todos. Porém, desdobra-se em profícua atuação intelectual, estimulando estudiosos e pesquisas, organizando centros de estudos sérios, de grande importância para a vida devotada às atividades culturais, num “tonus” de límpida grandeza espiritual, para conclamar os estudiosos para as fainas da inteligência.

Acontece que, além disso tudo, propositadamente, sem interêsses imediatos, sujeito às canseiras e aos percalços de quem, neste País, desajeitado, quer fazer alguma coisa sèriamente, o prof. Reale, diuturnamente, movimenta o seu integral magistério e espanca com a sua eloquência, com a fôrça de sua inteligência e o vigor de sua cultura, lúcida e dinâmica, com o brilho de sua personalidade, o marasmático ambiente da maioria de nossos intelectuais, tendentes aos isolamentos, às atividades individualistas. Tão gostosos do sistema de quinaus intelectuais, das vaidades pelas gloriolas superficiais, das erudições de tópicos, como diria o admirável prof. Lourival Vilanova. E os convoca para os estudos sérios de filosofia e de direito, em um teor de atividade que signifique amadurecimento de nossas elites

culturais para os altos estudos que poderão definir e assegurar, na história do pensamento humano, a presença do Brasil.

Independente do acêrto ou desacêrto de suas idéias de esplêndido filósofo do direito, da procedência de suas teses, cumpre pôr em relêvo êsse aspecto do meritório serviço que o ilustre patricio está prestando à cultura brasileira, além do que já o consagrou como jurista e filósofo do direito, como magnífica vocação de mestre, admiravelmente, realizada. Multiplica-se o prof. Reale, como aglutinador de inteligências, como catalisador de estudiosos, que, ao seu contacto e sob a ação de seu atraente magistério, dispõem-se melhormente para as tarefas do espírito, para vibrar sob motivações mais amplas, mais profundas e mais significativas, para os belos lavôres da inteligência e da cultura.

Foi sob essa impressão que senti a presença de Miguel Reale no Recife. E espero que, em outras pessoas, tenha tido a mesma e igual repercussão.

(“Jornal do Comércio”, 5-X-960)

Miguel Reale na Paraíba

Prof. Mário Moacir Pôrto

Catedrático de Direito Civil, Desembargador
e Reitor da Universidade da Paraíba

Recebi do Sr. Presidente da Ordem dos Advogados, Secção dêste Estado, a incumbência, por todos os títulos honrosa, de fazer a apresentação de V.Ex^a., já às vésperas de sua chegada a nossa terra. O tempo exíguo, demasiadamente exíguo, que me restou para o desempenho de tão relevante tarefa, longe de levar-me a uma fácil e prudente recusa, conduziu-me, ao contrário, a uma pronta e calorosa aceitação. E' que sou de V.Ex^a., Professor Miguel Reale, discípulo antigo e admirador constante, e entre o demônio

da vaidade de saudar o mestre e a temerária afoiteza de fazê-lo, venceu o imprudente aviso de que mais vale um gôsto do que seis vinténs.

Meus Senhores: a obra multifária, rica e poderosa de Miguel Reale não cabe nas estreitezas de uma apresentação e sobreexcede, evidentemente, os minguados recursos da minha palavra. Permito-me, portanto, sublinhar, nesta oportunidade, um único aspecto da sua atividade criadora, peculiaridade que dá à sua obra um destaque singular entre os juristas e filósofos do Brasil: a beleza do estilo, o apuro da forma, o poder, que é um dom de Deus, de extrair do cascalho das teorias mais áridas, as versões correntias do mais belo dizer. Para um jurista-filósofo dizer bem é talvez tão importante como dizer a verdade, pois o direito é essencialmente uma obra de arte. O necessário afinamento que deverá existir entre a disciplina jurídica e a realidade social, a coincidência que se impõe entre o “dado” dos chamados fatos normativos e o processo técnico de elaboração do positivismo jurídico, expressa, essencialmente, uma revelação estética, uma identificação entre o justo e o belo. A estética, assim, é quem fornece a medida do ordenamento legal, comportando-se como um metrônomo que acerta o passo da existência gregária pelo compasso da norma disciplinadora. A imitação da natureza ou a revelação da natureza através da intuição criadora é, em amplo sentido, o fim do direito e o objeto da arte. No plano do direito, o justo se constata através da satisfatória adequação das regras às realidades humanas, do mesmo modo que no território da estética o belo se revela na eleição da forma que forneça a medida do justo na interpretação da natureza. Razão tinha, pois, Platão quando proclamava que o belo é o justo, pois constituindo o direito um estilo normativo das atividades sociais, colima, em última análise, a escolha de um caminho numa encruzilhada ou contrapondo entre as dissonâncias dos conflitos humanos, o harmonioso andamento das diretrizes legais. A paz é, portanto, o preço da

adequação, como a iniquidade e a insubmissão são as consequências da incoincidência. Creio que não me colocaria ao arrepio das lições do mestre Reale se afirmasse que o justo, em si, é um problema da moral e não de política legislativa. Acontece, apenas, que reproduzir ou representar com a máxima fidelidade não é traduzir com a máxima perfeição. Se assim fôra, os trabalhos dos fotógrafos teriam liquidado a arte dos pintores. Mas não é difícil verificar que a pintura, apesar de não decalcar exatamente o modelo, revela mais fielmente o objeto representado. É que os atributos essenciais do que se retrata, as qualidades preponderantes do que se fixa, é algo que se cria, não como subserviente projeção do que se visualizou, mas como pessoal representação do que se sentiu. A lei jurídica, de igual modo, não é perfeita quando exterioriza, fotogràficamente, o fato normativo. Para que se realize na plenitude da sua eficácia é de mister que das leis dos fatos informativos revele o interêsse preponderante, que acolha a tendência vitoriosa e, sem sobrepor-se aos dados inspiradores da conduta, apreenda e revele as diretivas centrais dêsse comportamento. Nos domínios da arte como no campo do direito, ver bem não é copiar o ostensivo mas revelar o oculto. Daí por que algo há de existir além da norma, delimitando-lhe o raio de atuação, e algo de espiritual há de lastrear os fundamentos do sistema jurídico, para que as imposições da sua disciplina não degradem o homem à condição de instrumento irracional da vontade do Estado. A lei não esgota o direito como a partitura não exaure a música. Interpretar é recriar, pois as notas musicais, como os textos da lei, são processos técnicos de expressão e não meios inextensíveis de exprimir. Há virtuosos do piano que são verdadeiros datilógrafos do teclado, como há intérpretes do direito que são subservientes repetidores dos textos. Infiéis à música e ao direito por excessiva fidelidade às notas e aos regulamentos, são instrumentistas para serem escutados e não intérpretes para serem entendidos. Há de se dizer, em análise apressada,

que a obra admirável do professor Miguel Reale, no plano filosófico, não se valoriza por uma coerência isenta de reparos. Mas que é a verdade senão a escolha de um caminho numa encruzilhada, segundo o grau de compreensão e honestidade de cada um? Pirandelo realçou, com extraordinária penetração, a natureza ambivalente do homem, advertindo que, por vêzes, a personalidade imposta pelas solicitações do meio social é mais real e poderosa do que a personalidade do indivíduo. Inquire Pirandelo: “Em que consiste a personalidade humana nas suas relações com a sociedade? Numa verdade profunda, que somente nós conhecemos ou na opinião que os outros fazem de nós? E a opinião dos outros não acabará por influir, de modo malévolu ou benévolo, naquela verdade profunda? E aquela verdade profunda é imutável ou se transforma incessantemente? Além disso, onde na vida termina a realidade e começa a ficção? Ainda mais: Se o espirito se submete a uma convicção esta não acabará por dominá-lo totalmente e mesmo por aniquilá-lo?

Já tive oportunidade de dizer e não fujo à satisfação de repetir que o homem só se afirma e constrói seguramente quando passa do mundo limitado do raciocínio para o mundo indemarcado da imaginação. Quem ousou afirmar, até hoje, que as telas de Ticiano ou os bronzes de Rodin são intrujices de diletantes? Mas que leis, sistemas ou exegeses, concebidas pelo homem para explicar ou disciplinar a vida e o mundo, resistiram, inabaláveis, à revisão do tempo? A inteligência forceja por determinar as medidas do infinito e os seus artifícios invariavelmente se confundem na babel dos modelos desencontrados. A imaginação, ao contrário, resume o universo, não em modelos que o expliquem, mas em representações que o manifestem. E não quero me furtar ao prazer de trazer para aqui uma admirável lição de Miguel Reale, filósofo “double” de artista: “Não há, em verdade, justiça sem homens justos, capazes de traduzir em atos de amor e de prudência

o que lhes dita a consciência participe dos valores da comunidade; não há realização plena da justiça quando só a determinam frias proporções traçadas pelo intelecto, enquanto as fôrças afetivas permaneçam alheias ao seu processar-se, sem cuidado, sem simpatia, nem comunhão espiritual”.

Professor Miguel Reale: O auditório anseia por ouvi-lo e não serei eu quem prorogue o prazer da sua lição. Aqui vimos para ouvir e aprender. A palavra, pois, ao Mestre.



Professor Washington de Barros Monteiro novo titular de Cátedra de Direito Civil

O professor Washington de Barros Monteiro, novo titular da cadeira de Direito Civil, nasceu em Areias, neste Estado, aos 22 de abril de 1910, sendo filho do dr. Phidias de Barros Monteiro e de d. Erotides de Carvalho Monteiro.

Fêz o curso primário nos Grupos Escolares de São Carlos, Penápolis e Assis e o secundário, no Ginásio do Carmo e no Liceu Nacional Rio Branco.

Terminados os preparatórios, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, onde recebeu grau aos 3 de setembro de 1931.

Tendo ingressado, em seguida, na carreira policial, serviu sucessivamente nas delegacias de Itatinga e de Ordem Política, bem como no Gabinete de Investigações e nas delegacias de Cajuru e de São José do Rio Preto.

Durante sua permanência na Capital do Estado, cursou também a Escola de Polícia (1934), então obtendo o prêmio "Mário Guimarães".

Classificado em primeiro lugar no concurso para juiz substituto, foi nomeado, em dezembro de 1935, para o Décimo Distrito Judicial, com sede em São José do Rio Preto.

Em 1939, foi nomeado juiz de direito da comarca de Presidente Wenceslau (primeira entrância), sendo em 1940 promovido para Barretos (segunda entrância) e em 1945 para Itapetininga (terceira entrância).

Nesse mesmo ano foi novamente promovido para a 1.^a Vara da Família e Sucessões, da Capital (quarta entrância), onde permaneceu até 1951, quando foi nomeado juiz do Tribunal de Alçada, então criado.

Nesse colégio judiciário exerceu por duas vêzes a respectiva presidência (biênios 1952/1953 e 1956/1957). Em fevereiro de 1959, foi investido no grau de desembargador do Tribunal de Justiça, sendo, ato contínuo, pôsto em disponibilidade, *ex vi* do art. 97 do Dec. 123, de 10-11-1892.

Entrementes, exerceu igualmente o cargo de juiz do Tribunal Regional Eleitoral, cargo em que foi reconduzido por uma vez, na forma da lei.

Em 1949, foi contratado para reger uma das cadeiras de Direito Civil da Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e nesse magistério se mantém até à presente data.

Publicou o “Curso de Direito Civil”, de que já saíram seis volumes: *Direito de Família* (presentemente na quarta edição), *Direito das Coisas* (em terceira edição), *Direito das Obrigações* — 2.^a parte (segunda edição), *Parte Geral*, (segunda edição) e *Direito das Obrigações* — 1.^a parte.

Tem ainda vários trabalhos publicados em revistas especializadas, notadamente “Dos Contratos Preliminares”, na Revista Forense, vol. 173, pág. 489, e do “Recurso Extraordinário”, em *Justitia*, vol. 21, pág. 22.

Com a vaga decorrente da aposentadoria do professor Alvino Lima, submeteu-se êle a concurso, tendo apresentado uma dissertação “Das Modalidades das Obrigações”. A comissão examinadora, constituída dos professôres Vicente Ráo e Jorge Americano (de São Paulo), de Orlando Gomes (da Bahia), de Caio Mário da Silva Pereira (de Belo Horizonte) e de Miguel Maria de Serpa Lopes (de Niterói), considerou-o habilitado.

Aprovada a indicação, foi êle nomeado pelo Govêrno do Estado, tendo tomado posse aos 30 de dezembro de 1959, em sessão solene da Congregação desta Faculdade.

Introduzido no recinto da Congregação pelos Exmos. Srs. Professôres Cardoso de Mello Neto, Mário Masagão e Miguel Reale foi saudado pelo Prof. Honório Monteiro.

Discurso do Prof. Washington de Barros Monteiro

Após a saudação do Prof. Honório Monteiro, disse o Prof. Washington de Barros Monteiro as seguintes palavras:

“Disse STENDHAL que experimentara uma espécie de sentimento religioso ao escrever a primeira frase da vida de Napoleão. Sinto-me igualmente dominado pela mesma emoção ao redigir e pronunciar estas primeiras palavras como professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Não pode haver, realmente, maior honra que a de ensinar na própria escola em que se foi aluno. Essa honra adquire mais vivo colorido, quando se trata desta Faculdade, veneranda e secular, que, em cada um de seus filhos espirituais, no fundo de seus corações, forma a nascente obscura, de onde brotam suas aspirações, seus sonhos e as fontes de suas vidas.

Nesta casa, em que me formei e em que se formou meu pai, se escreve a própria história de São Paulo, nela se vislumbra a própria face, luminosa e comovedora, de nossa pátria.

Suas luzes exercem estranho e fantástico poder. Sua essência misteriosa, humanamente indefinível, mistura-se às nossas vidas e aos nossos sentimentos, dando-nos um ponto de apoio, dotado de valor fecundo e de duração eterna.

Dos grandes mestres, que aqui viveram, lutaram e sofreram, resta ainda surpreendente radiação, algo que não morre, e que misteriosamente influi naqueles que lhes sucedem, a força de seu exemplo. Como diz Edmond Jaloux, “as árvores se renovam e nós passamos. E, portanto, se as árvores persistem, as folhas caem, e se nós morremos, as idéias permanecem”. Só peço a Deus que nesta casa possa seguir o exemplo desses mestres e não deslustrar-lhes as tradições.

Permitam os eminentes mestres que me ouvem lhes devasse meu coração e lhes narre, com verdade e com cla-

reza, o que em meu íntimo se passa, nesta hora que verdadeiramente representa o fim e o resumo de tôdas as minhas aspirações.

Começo por uma breve história. Certa vêz, há muitos anos, encontrei-me com alguém que me dizia: “tôda a minha existência passei em meu vale natal, circundado de montanhas. Meu mundo encerrava-se naquele pequeno espaço, delimitado pelas serras. Um dia, porém, galguei-lhes as encostas e verifiquei que o mundo não se restringia a aquele vale, em que até então vivera minha vida. Decidi-me desde logo e parti”.

Eu também, ilustres professôres, como aquêlê personagem de minha história, vivia encerrado nas funções judiciárias, que, por irresistível vocação, elegera na juventude. Não imaginava existir outro mundo. Bastavam-me suas alegrias e seus desencantos, suas flôres e seus espinhos. Afinal, era um mundo plano, liso, sem marcos, sem acidentes, mas tranqüilo e feliz.

Certo dia, no entanto, movido por convite do ilustre professor Agostinho Alvim, diretor da Faculdade Paulista de Direito e cujo nome declino com admiração e amizade, principiei a reger, naquele estabelecimento de ensino, uma de suas cadeiras de Direito Civil.

Descobri então, surpreendido, que o mundo não se esgotava naquelas remansosas paragens, em que até então me movimentara. Outras regiões, desconhecidas, fascinantes e misteriosas, descortinei à minha frente: o magistério superior, a comunicação intelectual entre professôres e alunos, a formação espiritual dêstes, numa palavra, ser-lhes o iniciador, o mentor de seus estudos.

Na minha vida interior comecei então a alimentar (*maiore pennas nido*), a suprema esperança de vir um dia para esta Faculdade. Vozes amigas, de amigos diletos, estimularam-me e decidiram-me.

Bem sabia quão árdua seria a luta. A marcha era longa e nela nunca se pode estar certo de chegar ao ponto de destino. A perspectiva dos lances a afrontar, das fadigas a vencer e dos transe a suportar, retinha-me indeciso.

Resolvi-me, porém, e encetei a caminhada. Uma vez traçado o caminho já se não pode deixar de segui-lo. E agora, que para trás ficaram tôdas as dificuldades, não posso deixar de pensar, com Graça Aranha: quando no meio das ondas e dos ventos, o espetáculo do oceano enchia-me a alma de terror, porém, agora, depois de atravessado, olho-o de longe e as crispações das vagas são como um leve sorriso.

Como é bom imaginar-se uma coisa e depois ela acontecer realmente. Aqui me encontro, porém, com a maior humildade. Aproximo-me desta Congregação, sem dúvida uma das mais brilhantes e das mais notáveis que regista a história da Faculdade de Direito de São Paulo, tão notável e tão brilhante como as que mais o foram no seu passado de glórias, com a alegria de encontrar antigos mestres, cujas lições com carinho guardo, como Brás Arruda e Vicente Ráo, e velhos condiscípulos do mesmo periodo academico, como os professôres Gama e Silva, que preside a esta cerimônia, Miguel Reale, Bueno Vidigal e Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Constitui para mim inexcedível honra conviver com êsses e demais mestres desta Casa, cujas lições se ouvem, não só em São Paulo, como em todo o Brasil.

Aqui venho substituir o professor Alvino Lima, a quem presto tôdas as minhas homenagens. Trata-se de mestre consumado, que abriu caminho pelo seu próprio esforço e que, nesta casa, se notabilizou pela sua dedicação ao ensino, tornando-se um de seus mestres mais eficientes e mais dignos.

Cabe-me ainda aos de minha família dirigir uma palavra de afeto e de gratidão, pela assistência e confôrto que me deram. Todos, mãe e irmãos, espôsa e filhas, acompanharam-me passo a passo, compartilhando comigo de tôdas as apreensões, comigo sofrendo tôdas as agruras. A êles pertence também êste dia de festa. Não fôra sua solidariedade, não lhes sentisse a pressão de seus suaves afetos, nunca chegaria a esta consagrada investidura. Só lamento a ausência de meu pai, que há poucos meses partiu, inteligência privilegiada, espirito de escol, de quem na

mocidade, muitas vêzes, ouvi o propósito de defender tese, mas que nunca teve a oportunidade que êle merecia pelo seu talento.

Não devo esquecer-me igualmente dos caros colegas de turma, que, numa perfeita comunhão de sentimentos, aqui estiveram durante tôdas as provas, dando-me, com o estímulo de sua presença, a fôrça de que carecia. A cada um em particular abraço neste instante, externando-lhes minha sincera gratidão e infinita amizade.

Uma palavra de reconhecimento devo ainda dizer aos queridos colegas da magistratura, notadamente aos do E. Tribunal de Alçada, dos quais recebi, numa angustiosa vigília, o incentivo da sua confiança e da sua solidariedade.

Não me faltaram também os amigos, que me acompanharam com os seus conselhos e porque não dizê-lo, com as suas orações. Foram todos admiráveis e perfeitos. Mas não seria justo se não destacasse o professor José Amazonas, a cuja experiência, sabedoria e bondade muito devo.

Saint-Exupery, num de seus livros admiráveis, afirma que só, no vasto tribunal que um céu tempestuoso forma, o piloto disputa seu aparelho a três divindades elementares, a montanha, a tempestade, o mar. Mais feliz, porém, pude contar com a prestimosa ajuda de todos, parentes e amigos, que, unidos pela mesma comunidade de afetos, me propiciaram esta hora feliz.

Ao caríssimo mestre e amigo, professor Honório Monteiro, desejo agradecer, por fim, as carinhosas palavras de amizade, proferidas nesta solenidade.

Vinculam-nos antigos laços de indestrutível afeto. Quando ainda modesto juiz de primeira instância, e êle Ministro da Justiça, lembrou-se de mim para o alto cargo de juiz do E. Tribunal Federal de Recursos.

Pouco depois, todavia, ao verificar que seu convite não era confirmado pelo Presidente da República, não teve dúvida em abandonar a pasta, bem como a do Trabalho, dando assim ao Brasil admirável exemplo de altivez, om-

bridade e desprendimento, aliás, apanágio dos paulistas, no desempenho de tais investiduras. A Sua Excelência, pois, neste ensejo, rendo as minhas homenagens, bem como as expressões do meu imperecível reconhecimento.

Meus eminentes mestres: a Faculdade de Direito de São Paulo é a vinha de que todos os seus professôres são os ramos; ela representa o centro de cultura, de que constituem êstes os apóstolos. Templo, flama e poesia, é bem a *alma mater*, a que nos achamos, eterna e indissolúvelmente ligados, pelo espírito e pelo coração.

Permitam-me que me reúna a esta Congregação e a todos peço façam de mim um dos seus. Repetindo essa súplica, dirigida outrora por Anacarsis a Solon, desejo dizer-lhes que se infelizmente não posso prometer brilho e talento no exercício da cátedra, posso contudo prometer o mais intenso esforço e o mais decidido desejo de ser útil.

Assim renovo o solene compromisso há pouco firmado.”

Professor Nicolau Nazo – Novo titular de cátedra de Direito Civil

O prof. Nicolau Nazo nasceu na cidade de São Paulo a 10 de setembro de 1895.

O curso secundário foi feito em várias etapas. Iniciado no Instituto de Ciências e Letras, nesta Capital, então dirigido pelo Dr. LUÍS ANTÔNIO DOS SANTOS, foi concluído em curso particular de preparatórios mantido pelo professor ALFREDO PAULINO. Tendo sido posta em dúvida a validade dos certificados expedidos por aquêlê Instituto, prestou novamente exames perante bancas examinadoras da Faculdade de Medicina de São Paulo, no ano de 1914, tendo sido aprovado nas três séries em que se inscrevera. De posse dos certificados expedidos por essa Faculdade e mais dos exames que efetuou no Ginásio do Estado da Capital, prestou exames vestibulares na Faculdade de Direito de São Paulo, onde se matriculou no ano de 1922.

Ao concluir o curso acadêmico, em 1926, foi eleito orador de sua turma, ventilando, em seu discurso, o tema “A nacionalização do Direito” Êsse trabalho foi publicado na edição paulista do “Jornal do Comércio” do dia 25 de dezembro de 1926.

Ao ser criado o Curso de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1932, fêz os dois anos regulamentares da Secção de Direito Privado, apresentando, na conclusão do curso, a tese “A proteção das minorias nas sociedades anônimas”.

Jornalista profissional, antes e durante o curso acadêmico, tendo trabalhado, sucessivamente, nas redações do “Correio Paulistano”, “Jornal do Comércio” (edição Paulista), onde ocupou o cargo de redator-secretário; “O Es-



tado de São Paulo” e “A Gazeta”, teve neste último jornal a seu cargo a secção “Notas Jurídicas”, especialmente dedicada à apreciação de obras de direito.

Durante o curso de doutorado, uma de suas dissertações, “*A regra locus regit actum*”, mereceu ser publicada na “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, vol. xxx, fasc. I, págs. 126 e segs.

Além dessa monografia, de *A proteção das minorias nas sociedades anônimas, Pela Nacionalização do Direito*, e de arrazoados forenses, como *As peculiaridades da desapropriação para o fim de salubridade pública e o art. 1.150 do Cód. Civil*, são, de sua autoria, os seguintes trabalhos: *Alcoolismo e criminalidade*, publicado no “xi de Agosto” de 1925-1926; *A formação histórica do direito: produto do costume ou elaboração da jurisprudência?*, in “Revista dos Tribunais”, vol. LXXXIX; *Os princípios gerais do direito*, 1935 Tip. Cruzeiro; *A importância dos estatutos no desenvolvimento histórico do Direito Internacional Privado*, “Rev. Judiciária” fasc. 3.º; *Da aplicação e da prova do direito estrangeiro* (1941) Tip. Siqueira; *A determinação do domicílio no Direito Internacional Privado Brasileiro* (Tese de concurso) 1952; *Objeto e Método do Direito Internacional Privado*, 1952 (tese de concurso); *Anotações ao tomo II vol. I do Tratados de Direito Civil*, de CUNHA GONÇALVES, Max Limonad editor; *O Direito em transformação* (aula inaugural do ano letivo de 1958 da Faculdade Paulista de Direito da P Universidade Católica de São Paulo) — Rev. dos Tribunais, vol. 278, pág. 27 e *A Decadência no Direito Civil Brasileiro* (1959).

Traduziu ainda para o vernáculo a obra do PROF. TULLIO ASCARELLI: *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, além de várias monografias daquele comercialista.

Membro do Instituto Internacional de Direito Social, Conselheiro do Instituto de Direito Social, antigo Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo, tendo sido presidente da respectiva Comissão de Direito Comparado, fêz parte da Comissão mista nomeada por aquêlê Instituto

e a Associação Comercial, para dar parecer sôbre o anteprojeto da Lei de Falências de autoria do DR. MIRANDA VALVERDE, tendo sido representante, por eleição, dos antigos alunos da Universidade de São Paulo no respectivo Conselho Universitário.

Foi professor do Conservatório Dramático e Musical de São Paulo e do extinto Curso de Secretariado do Colégio das Cônegas de Santo Agostinho (Des Oiseaux), onde lecionou a cadeira de “Legislação Fiscal”. Posteriormente lecionou a cadeira de “Direito Internacional Comercial”, na Faculdade de Administração e Finanças desta Capital, no período compreendido de 1945 a 1948. Foi, outrossim, professor do Curso de Educadores Sociais do Serviço Social da Indústria (SESI), sob o patrocínio do Instituto de Direito Social, no qual regeu a cadeira de Economia Social.

A convite do Professor CESARINO JÚNIOR, no ano de 1949, deu um curso de Direito Internacional do Trabalho, aos alunos do 3.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Seminário de Legislação do Trabalho. No ano de 1950, deu também aulas de Direito Internacional do Trabalho no Curso de Aperfeiçoamento em Direito Social, realizado na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de São Paulo.

Foi vice-diretor da Escola de Jornalismo “Casper Libero” da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde regeu as cadeiras de Psicologia Social e Técnica de Jornalismo.

Tendo lecionado, desde agôsto de 1951, na qualidade de professor contratado, a cadeira de Direito Internacional Privado na Faculdade Paulista de Direito, nessa Faculdade prestou concurso de títulos e provas, tendo sido nomeado catedrático daquela matéria em dezembro de 1953.

Em maio dêsse mesmo ano, em concurso em que se inscreveu na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conquistou a livre-docência de Direito Internacional Privado.

Em 1959 inscreveu-se, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no concurso à catedra de Direito

Civil, vaga com a aposentadoria do Prof. Lino de Moraes Leme. Sua monografia se intitula *A Decadência no Direito Civil Brasileiro*. Foi aprovado no respectivo concurso realizado em novembro de 1959, nomeado e empossado na cadeira no dia 28 de abril de 1960, em sessão solene da Congregação.

Introduzido no recinto pelos Professôres Honório Monteiro, Miguel Reale e Washington de Barros Monteiro foi saudado em nome da Congregação pelo Prof. Alfredo Buzaid.

Saudação do Professor Alfredo Buzaid

Exmo. Sr. Prof. L. A. da Gama e Silva, M. D. Diretor da
Faculdade de Direito,
Douta Congregação
Exmo. Sr. Prof. Nicolau Nazo
Senhoras e Senhores:

Conta SHAKESPEARE que Pórcia, mandando correr a cortina, fêz descobrir três cofres. E indicando-os ao Príncipe de Marrocos, falou: um dos cofres contém o meu retrato; se escolherdes êste, serei imediatamente vossa. O Príncipe viu que, no primeiro, que era de ouro, havia esta inscrição: *quem me escolher, alcançará o que muitos desejam*. O segundo era de prata e nele se dizia: *quem me escolher, obterá o que merece*. No terceiro, que era de chumbo, estava escrito: *quem me escolher deve dar e arriscar tudo quanto tem*.

Diante dos três cofres que a vida abrolha à ambição humana, uns têm a fortuna de escolher o de ouro e conseguem o que muitos aspiram; outros, menos afortunados, ficam com o de prata e obtêm apenas o que merecem; e, finalmente, aos últimos toca o de chumbo, para cuja conquista devem dar e arriscar tudo quanto têm.

Êste é o fadário dos professôres. Só os que chegam à eminência dêste grau universitário podem avaliar a significação do passado, tecido de renúncias e a sua projeção no presente, transfigurado no culto de um ideal. O professor não se improvisa. Nasce. Sua vocação se aperfeiçoa à custa de mil sacrifícios pessoais e da família. Há de recolher-se, desde a mocidade, ao gabinete de trabalho e viver nele como se fôsse em um claustro. A sua grandeza intelectual depende da continuidade nos estudos e da perseverança na reflexão dos problemas da ciência a que se dedica, cultivando-a com o mais acendrado amor. Alheio às preocupações mundanas, a sua existência corre entre livros e meditações, vivendo o mundo do espírito e da cultura.

A sua missão não se cinge a dar aulas, revelando o brilho de sua cultura e o esplendor de seu talento; deve principalmente surpreender, na alma dos jovens, o gênio da Pátria, plasmar a consciência dos seus deveres e traçar a linha de seu destino histórico. Não lhe basta, pois, cumprir apenas o dever, o que é um ato fácil. O difícil é saber por que cumpre o dever.

Essa vocação para o magistério, Sr. Nicolau Nazo, madrugou em vossa inteligência, quando, há quatro décadas, começou a cultivar o direito, não como um simples profissional na dialética do fôro, mas como um investigador inquieto, que publica obras de irrecusável valor científico. O vosso pendor foi pelo Direito Internacional Privado, para cujo progresso vem contribuindo com monografias de assinalada importância. Em 1941 lançastes a obra intitulada *Da Aplicação e da Prova do Direito Estrangeiro*; em 1953 conquistastes a cátedra na Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com a tese: *Do Objeto e Método do Direito Internacional Privado*, submetendo-vos, nessa mesma época, a concurso nesta Casa, onde obtivestes a docência livre, com a dissertação sôbre *A Determinação do Domicílio no Direito Internacional Privado Brasileiro*.

Embora todos êsses episódios assinalem a inclinação pelo Direito Internacional Privado, a verdade é que vós

aprofundastes por igual outros ramos da ciência jurídica, demonstrando sempre a mesma acuidade e penetração no estudo das questões mais difíceis e controvertidas. Hão de ser lembrados e sempre consultados, no direito administrativo, *As Peculiaridades da Desapropriação para o Fim de Salubridade Pública* e no direito comercial *A Proteção das Minorias nas Sociedades Anônimas*, para só indicar dois trabalhos fundamentais.

Há vinte anos chegava ao Brasil TULLIO ASCARELLI, bandido de sua pátria por motivos raciais. Iniciou seu curso nesta Faculdade, entusiasmado pela evolução do direito comercial brasileiro, que se punha em harmonia com as novas diretrizes do pensamento científico europeu. Vós tivestes a felicidade de travar íntimo contato com o saudoso mestre italiano, que vos confiou a tradução da *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, obra difícil e densa, escrita antes para professôres do que para alunos.

Mas, ao que parece, vós alimentastes, por largo tempo, um amor secreto, que, com discreção, reponta em 1935 com o lançamento do livro *Os Princípios Gerais de Direito*, revelando-vos, em tôda a vossa plenitude, por ocasião do concurso em que vos sagrastes, com a tese sôbre *A Decadência no Direito Civil Brasileiro*, catedrático desta Faculdade. Atingistes aí a ascensão gloriosa; ocupais agora a cátedra, que Lino de Moraes Leme amou com tanto carinho e honrou com tanto saber.

O vosso antecessor foi um dos mais profundos mestres de direito desta Casa. Poucos rivalizavam com êle no conhecimento do direito civil e do direito civil comparado. O humanista surge na formação de sua cultura; êle domina as letras clássicas e fala correntemente várias línguas vivas. Os autores latinos lhe eram tão familiares como os clássicos portugueses.

Muitos são ainda, exmo. Sr. Prof. Nicolau Nazo, os aspectos do vosso fecundo labor intelectual. É que vós compreendestes que não se serve o direito apenas no patrocínio forense; também o jornalismo é uma escola a serviço da justiça e do povo. A vossa pena difundiu as obser-

vações agudas de um espírito sereno e de um estudioso consciente de nossas realidades. O vosso estilo é suave, sem frêmitos, forte, sem contusões, alegre, sem falso otimismo, algumas vêzes repassado de certo humor sadio.

O vosso passado testemunha o exemplo de trabalho construtivo e uma longa e fecunda atividade, que vos tornaram estimado como um mestre e querido como um irmão. Vós não escolhestes o cofre de ouro, que embebe, fascina e seduz; nem o de prata, que consola os conformados e imediatistas, cuja mediocridade leva antes a repetir o alheio do que a criar algo de próprio e original. Preferistes o cofre de chumbo, com a mais irreverente e perigosa das inscrições. O vosso esforço está coroado. A Congregação desta Faculdade vos recebe e vos saúda cordialmente.

Oração do Prof. Nicolau Nazo

Após a saudação do Prof. Alfredo Buzaid pronunciou o Prof. Nicolau Nazo o seguinte discurso de agradecimento:

“No longo caminho percorrido desde o bacharelado até o doutorado e, depois, desde a livre docência até a cátedra, cada vez se foi arraigando mais em nosso espírito a convicção de que esta última, pela soma de responsabilidades que envolve, jamais poderá constituir um fim, o termo final de uma sucessão de conhecimentos definitivamente consolidados.

Ao contrário, é simplesmente um meio. Para que a nobre função de ensinar não sofra solução de continuidade, não raro e, insensivelmente, os momentos de lazer são substituídos pela meditação do que se aprendeu, a fim de verificar a perfeita adequação dos princípios jurídicos à realidade social, quando não para estudar novos meios com o fim de mais facilmente serem êsses princípios assimilados por aquêles que se iniciam na linguagem do Direito.

Na verdade — e a observação é de Carnelutti — assim como é impossível colher sem semear, será impossível a prática sem a teoria; mas, assim como é inútil semear sem colher, a teoria nunca dará à humanidade frutos fecundos, se não existirem aquêles que saibam cultivar o que a ciência lançou no humus do espírito.

O Direito não é sòmente arte. É ciência também e, como tôda ciência, tem a sua linguagem própria, os seus têrmos essencialmente técnicos e cuja origem se perde em longa, milenária tradição. Não os dispensa a prática, como instrumentos que são da manifestação da atividade jurídica, e dêles se serve a doutrina na combinação de novos meios para abranger a complexidade dos fenômenos sociais a exigir a devida regulamentação.

A despeito dos esforços despendidos notadamente por Kohler e Stammler, na Alemanha e por Geny na França, não se pode, em verdade, dizer firmada uma distinção entre ciência e técnica, para designar dois momentos que seriam fundamentais na atividade do jurista e que, na fórmula do célebre autor de *Science et technique en droit positif privé*, se desdobrariam no *dado*, que decorre da investigação da realidade social e da própria noção de direito postulada pela consciência de todo ser pensante, e a construção, isto é, o *construído*, consistente na transformação e na elaboração do dado primigênio numa regra de conduta capaz de inserir-se na vida e de animá-la, tendo em vista os fins superiores do Direito.

Dar-se-ia a fusão no momento em que o *dado* da vida e a exigência de justiça se traduzem numa regra de direito.

Reconhece, no entanto, Geny, que *dado* e *construído* surgem intimamente fundidos no conglomerado de idéias e de raciocínios, que informam o direito positivo. Entretanto, forçoso é convir em que, assim como não está todo contido nos Códigos, o Direito não se esgota todo êle na lei. Tanto os Códigos como as leis, representam apenas

um momento da doutrina. Cristalisam sòmente determinadas fases da realidade social, profundamente contingente, sofrendo as mais variadas influências, quer de natureza política, quer de caráter econômico.

Superados de há muito os postulados que tornaram célebre a escola dos exegetas, em que o supersticioso respeito ao texto da lei devia ser preocupação exclusiva do jurista, sèriamente combatida a concepção dos mestres que, sob a influência da pandectística alemã, construíram um admirável sistema de pura lógica jurídica, um espírito novo domina e sustenta as estruturas do direito moderno.

É conhecida a profunda evolução que vem sofrendo o direito de propriedade; acentua-se dia a dia a interferência do Poder Público, quando não a intervenção da autoridade judiciária na disciplina do contrato, de maneira a reduzir cada vez mais o domínio da autonomia da vontade; estende-se, dilata-se, amplia-se o campo da responsabilidade civil, em que ao primitivo critério da culpa subjetivamente considerada se vai substituindo a teoria objetiva, resvalando, não raro, para o setor do risco, embora raramente consagrado legislativamente.

Não se mostrou infenso a êsse movimento que domina o direito moderno o legislador brasileiro, quando no art. 5.º da atual Lei de Introdução determinou que *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

Bem mais amplo do que possa parecer à primeira vista é o alcance do princípio consignado nêsse dispositivo e em que Alberto Trabucchi vislumbra a consagração de uma regra geral de boa fé, a boa fé encarada em um sentido ético, diríamos quase a obrigação de correção, de confiança mútua que deve existir no trato dos negócios.

Relações existem, no entanto, que a lei não disciplinou. Umás se apresentam ao jurista como situações de fato, puras estruturas materiais e que, como observa Jean Norel, em recente estudo dedicado ao assunto, apesar de sua tendência à consolidação, são infinitamente complexas e refo-

gem tanto das classificações gerais como das estatísticas oficiais. Se no direito público há situações de fato que se convertem em relações jurídicas, o mesmo não se observa no domínio do direito privado, em que o acesso de certas situações de fato à vida jurídica somente produz efeitos limitados, pois, não sendo uma variedade do fato jurídico, se afastam das regras de conduta em que assenta a estabilidade da sociedade conjugal.

Outras relações, porém, existem, que, pela sua singularidade e não contrariando preceito imperativo de lei, nem encontrando solução no recurso à analogia, somente podem ser disciplinadas mediante a invocação de princípios gerais de direito.

E foi justamente na discussão em torno dos princípios gerais de direito e das lacunas no sistema jurídico que não faltaram mestres eminentes que, afirmando a universalidade desses princípios, os assimilaram ao direito natural, voltando, assim, a um conceito de direito natural como os antigos sábios o entendiam através da comparação de leis diferentes. E recorda-se o pensamento de Aristóteles: Há algo que todos (Celtas, Gregos e Sitas) uniformemente opinam e que por natureza lhes é comum e chama-se direito ou injustiça, embora não tenham qualquer contato entre si e não estejam vinculados por alguma convenção.

Vassali esclarece não ser outra a observação de Sa-
leilles, quando escrevia: O direito comparado, com a aproximação das jurisprudências no terreno de um direito natural transformado e traduzido em fórmulas de aplicação jurídica, tenderá a tornar-se, em suas grandes linhas, o direito comum da humanidade civilizada e por conseguinte o direito subsidiário, que, além dos direitos locais, realizará a união dos princípios, embora conservando para cada paiz a independência absoluta da própria vitalidade.

É evidente que não foi por acaso que nos referimos ao direito comparado, esse novo setor de investigação jurídica, em que tanto brilhou Lino de Moraes Leme, o grande mestre que a compulsória afastou da regência efetiva da cátedra, e a quem prestamos, neste momento, as nossas

melhores homenagens, pela sua valiosa contribuição científica e pelo carinho e zêlo, verdadeiramente paternais, com que se dedicou ao ensino.

Se de respeito e admiração são as manifestações que em mim desperta a figura eminente a quem tenho a ventura de substituir, é com profunda emoção que agradeço as palavras amigas com que, em nome desta Egrégia Congregação, me recebeu Alfredo Buzaid, o processualista ilustre, justamente considerado uma das mais genuínas expressões desse movimento de renovação do estudo do direito judiciário no Brasil, que Niceto Alcalá Zamora com muito acerto batisou com o nome de Escola Paulista de Processo.

A ambos êsses mestres, tanto no magistério escrito como oral, jamais passou despercebido o papel preponderante que no estudo do direito exerce o conhecimento da evolução dos fenômenos jurídicos, não quebrando, assim, o elo formidável da tradição histórica, de capital importância para a compreensão de institutos que, devendo adaptar-se às mutáveis contingências da realidade do presente, nem por isso sofreram transformações em sua estrutura fundamental.

Não esquecendo as lições do passado e acompanhando e meditando os ensinamentos do presente, a árdua função de ensinar tem sido para êsses mestres uma constante renovação de cultura, que não pode, em absoluto, estratificar-se ou cristalizar-se em determinado momento.

É também com essa preocupação que assumimos a cátedra que a ciência e a probidade profissional de Lino de Moraes Leme ilustraram, pedindo a Deus que nos guie e ilumine na árdua tarefa de transmitir às novas gerações o pouco que sabemos, aos colegas e mestres desta Faculdade que nos orientem com os seus conselhos e experiência e a minha mulher e a minhas filhas que continuem a colaborar com a sua dedicação e o seu estímulo, para que me torne cada vez mais digno de exercer a nobre profissão que abracei e da secular e brilhante tradição de cultura da Faculdade de Direito de São Paulo.

A Decadência no Direito Civil Brasileiro

A propósito da tese do Prof. Nicolau Nazo, foi publicada na "Gazeta" do dia 27 de junho de 1960 a seguinte notícia bibliográfica, de autoria do Dr. Anacleto de Oliveira Faria:

“Matéria das mais controvertidas no campo do direito civil é a relativa ao instituto da “decadência”, considerada por muitos como uma simples espécie de “prescrição”.

Com efeito, principalmente pelo fato da inexistência de textos legais que disciplinem a matéria e firmem a indispensável distinção, reina grande confusão em torno dos conceitos de prescrição e decadência.

Daí, o mérito de trabalhos doutrinários que objetivem estabelecer uma orientação segura no concernente ao problema em foco. Daí, em particular, o mérito da monografia do dr. Nicolau Nazo, “A Decadência no direito civil brasileiro”, publicada pelo Editor Max Limonad e com a qual o ilustre professor conquistou uma das Cátedras de Direito Civil da tradicional Academia do largo de S. Francisco.

Salientando a necessidade de obras como a que ora se encontra em análise, escreve o prof. Nicolau Nazo: “Omisso como é o Código Civil Brasileiro, por não existir critério legal do qual se possa inferir a caracterização do instituto da decadência e, portanto, de suas peculiaridades, em confronto com a prescrição, cabe à doutrina a árdua tarefa de investigar-lhe a essência e definir-lhe os limites, na sua dupla função de firmar, de um lado, os princípios que dominam a matéria, estabelecendo normas que sirvam de guia seguro para o intérprete do direito positivo, e, de outro, fixar diretrizes para eventual construção jurídica de “iure condendo”.

Com o fim de atingir tal escôpo, investiga o autor as origens doutrinárias do instituto, no tempo e no espaço, considerando o assunto desde o direito romano. Dedic

particular atenção ao estudo da doutrina na França e à contribuição dos mestres italianos no sentido de se chegar a um conceito bem definido com relação à decadência.

Com base em todos os elementos anteriormente acumulados, trata, a final, o autor do problema no direito civil brasileiro, passando em revista (no que revela notável erudição) todos os grandes civilistas patricios, chegando, mesmo, a descobrir textos inéditos, como o de autoria do prof. Miguel Reale, intitulado “Direito — pretensão — ação”

Por êsse motivo, pode, afinal asseverar e com segurança que “a despeito das incertezas e das divergências encontradas, várias conclusões se podem considerar como definitivamente admitidas, assinalando os contornos do instituto e imprimindo-lhe o cunho indispensável a uma completa autonomia, quer relativamente ao seu objeto, quer quanto às fontes, quer com referência aos efeitos”.

Uma página “rabelaisiana” causticando o “trot” na Academia

Há tempos, o Professor MARIO MASAGÃO dirigiu ao mestre ALEXANDRE CORREIA uma carta, que, por parecer-nos cada vez mais atual, oferecemos à meditação dos que se interessam pelas cousas da Academia.

“Maistre Alexandre.

Ceste foys ie t’escriis dans le languaige de Rabelays, Estienne de la Boëtie et Montaigne. Ie n’ay pas l’outrecuydance d’estre ung escorniffleur de mots: si ie l’adopte, c’est parceque il me semble bon à combattre l’ennuy, qui par ce tems tumbe comme une pluie fine. Ie le treuve par sur tout trezenergique, et convenable à mon subject, puis que ie veulx meslouer les prouesses avecques lesquelles des pretendus disciples guastent nostre heur.

Ceux cy, ie te dy de tout cueur, siedent à nostre saige Faculitez comme une huilière sur la teste dune royne dans son throsne, car ils sont et des chercheurs de noise et des ennemys iurés d’obligation, d’assiduité et de constance. Ils soubsmettent tout nouveau venu aux tortures plus terri-fiantes et aux affronts et avanies plus intolerables, de sorte que des garsons de bonne reputation fuyent la Faculitez, estimant que y entrer seroyt temerité, obstination et folie. Et ceulx qui s’y adventurent avecques noblesse d’ame sont tost corrompus par l’incivilité et la barbarie des compag-nons, car il n’est rien qu’abastardisse et estourdisse si fort une nature bien nee comme la violence employee par des hommes abestis.

Des damnez cocquins ont si grande opinion d'eulx et de leurs moyens, que ne leur semble raisonnable qu'il y ayt rien digne de leur faire teste, et pour cela agissent sous l'esperance d'impunité (jusques à present iustifiée), et par surcroyt nomment leurs employets "exemples du progresz"!

Sacree raison avoyt doncques ung Maistre, homme fameux en science de parlerie, quand il disoit ung iour que les estudiants estoyent picquez par des passions blasmables.

Je me suis souvent condolu des maulx qui affligent les nouveaux elèves, et i'ay eue l'opportunité d'espier autant que possible leur reception et d'en observer à mon ayse l'ineptie et l'estrangeté. Parbleu! Ce n'est pas tableau que ie sceusse peindre!

Feut prelude de la tragedie l'eclat de bombes qui assourdissoyent tout le monde et esbranloyent les aedifices à l'entour. Les debutants feurent encercléz, et eurent les cheveux coupés trezcourts par ung gars turbulent et reveche, physiognomie de bec de fuyne, qui sembloyt fantosme à estonner les gents. Il ne laissoyt teste sans esgratig-neures, et operoyt comme ung pastre occupé à tondre ses bestes.

Ce tems durant, on ne cessa de criailler aux aureilles des victimes mocqueries, insultes, voire paroles haultement outrageuses, tandis que l'infernal tapage du bombardement grossissoyt.

Trois marauds yssirent chercher ung des tondus, qui, pasle d'effroy, s'en estoyt desguerpi. Il a eu beau se tenir à l'ayrte, car les avaleurs de frimars, l'ayant prins en dessoude, luy attacherent une chorde au col, comme à une caigne, et il luy faulsit revenir penadoyant, accablé de coups.

Apréz quoy on a chaffouré de rouge et de noir la face et le front des souffrants, et on les a tenu emmy la place publique vestus de robes de femes, ou bien sans robe aulcune, c'est a dire nuds comme dague, car on avoyt tellu les vestements de plusieurs recalcitnants. On les cons-

traignit à faire des harangues. On les obligea à danser, et ils guambadoyent piteusement, pantomime dont s'estomiroyent les passants. L'honte feut alors si grande que la bande de suppliciez a rompu à l'improuveu le tremail et, toute folffree, prins fuyte, comme cheval eschappé.

La troupe a suivi les malhereux à cor et a cri, au galop, à bonds, voire a ruades, et les ayant attrapé transis de frayeur, se mit, avecques une nonchalance bestiale, à les terrasser, à les dauber et frapper, de façon estonnante et incroyable, à pleins coups de poing, de pied et de bâton, comme si, pour signe memorial de triomphe et de victoire, il falloyt les aneantir.

À ung des paouvres feut le bras droict defocillé; à l'autre on a demanchee la mandibule, avecques insigne perte des masticatoires; à cettuy cy ils ont seulement desincornifistibulee l'espaule; à cettuy la, ecrabouillé si bien le nez que, purpuré et saignant, il croissoyt, et sembloyt la fleute d'ung alambicq. Finablement, chascun a eue sa griefve bleceure, et ung escholier, à qui on avot rompu la teste, estoyt tumbé en grand desvoyement d'estomach, et ne teint à gueres qu'il n'en perdist la vie, comme il a esté adveré.

Les executés eurent alors permission de se retirer, et s'en allerent balivernants, traisnants, chancelants, bronchants et chopants comme soldats frappés à la bataille.

Pourroy on jamais veoyr rien si rabaissé?

Ah! mon chier Alexandre, comment se faict il que ie soye condapné à de tels spectacles et meslé à des frippons qui n'ont le plus foyble iect d'entendement, quand ie pourroys en estre esloigné, dans la plaisante vallee du Rio Grande, à l'ombre des arbres verdoyantes, estendu sue l'herbe epaisse et drue, sur les fleurettes bien flairans, et, gettant mon regard en circonference, contempler la tranquille maiestez des nobles taureaux indiens originaires des provinces de Gir et de Ongole, et veoyr des gentils mouvements des petits veaux et des genissettes, s'esbauldissant sous le cler soleil!

Le peulx doctriner les estudiantz, par obligation de mon estat, mais ie ne seroys certainement leur amy tant que durera ceste repulsifve pratique.

Ces evenemens, il fault le recognoystre, sont en partie le faict de quelques maistres dont les elèves n'ont jamais echoué aux examens. Leurs disciples apprenent ainsi à mettre à nonchalooir les estudes et à mespriser la patrie et les institutions, par l'impression de que tout y est falsification et fourberie.

Ores, il se veoyd par experience que si on n'occupe les esperitz à certain subject qui les bride et contraigne, ils se iectent desreglez par ci par la, et, à la fin, n'ont ni loy ni ordre que de suyvre leurs soubhairs, advantaiges et proufficts.

Les maistres qui faulsent intrinsèquement les actes d'examenz, donnant clef de passe à qui n'a soufflé mot, heurtent douloureusement la conscience des ieunes, leur enlevant tout aiguillon d'honneur. À quoy bon, disent ceulx cy, estre gentilhomme dans une respublicque de canailles?

Le gaing des estudes de iurisprudence est d'en devenir chascun meilleur et plus iuste. Decquoy on deduict que l'enseignant de Droict qui donne aux elèves le dict exemple de laschetez et de iniustice, n'est pas ung paidagogue. Il est ung vaurien.

Mais ie cuyde que ces verités soyent à present ensepvelies sous l'oubliance.

Neantmoins, tout bien disertement et plainement veu, ie croys que les garsons buveurs de sang, dont i'ay relaté les prouesses, sont hors de composition, de rançon et de mercy.

Comment les chastier?

Ie ne demande pas qu'ils soyent estranglez entre la teste et les espales. Ie ne veulx mesme qu'on les emprisonne. P'estime qu'il faudroyt les trezbien fouetter, comme il estoyt d'usage sous le bon roy Louis le unziesme.

Platon, en la police qu'il forge à discretion, luy attribue la fonction de donner la cravache aux estudiantes qui

establisent pour leur fin la peine et mesayse des instituteurs. Par malheur, nostre police n'est pas platonicienne, d'ou s'en suit qu'il fauldroyt abatre ceste besogne priveement.

En toute fermetez ie peulx t'asseurer que le iour dans lequel on feroyt reschesment fouetter ces pleutres seroyt, pour le loyal peuple de nostre ville et cité, ung iour de pure allaygresse et excessif contentement.

Mais on ne treuve plus de ioyeulsetez sur la terre.

Adieu.

Saint Paul, le 28 iuillet 1950.

A Faculdade de Direito e a reforma do ensino jurídico.

Menotti del Picchia

Da Academia Brasileira de Letras

A nossa Faculdade de Direito — como a escola idêntica de Pernambuco — tem, na tradição da nossa cultura o prestígio que Cambridge, Harvard possuem entre os povos de fala inglêsa. Por mim, entretanto, penso que a cátedra pernambucana, com um Tobias Barreto revolucionando, no tempo, não com uma filosofia original mas com bravura reformista os rumos da nossa cultura, possuiu influência maior na libertação do pensamento brasileiro. A Faculdade de S. Paulo, porém, pelos gênios que iluminaram seu corpo discente, fica na história das letras e dos grandes movimentos nacionais — romantismo, abolição, república, revolução constitucionalista — como o mais glorioso foco espiritual da nação. Filhos de todos os Estados que se revelaram dos nossos maiores poetas, jurisconsultos e estadistas, ali encontraram clima para a eclosão dos seus talentos. Não foi mister haver uma grande voz nas cátedras para fazer êsses gênios inconformados como Castro Alves, Rui, Rodrigues Alves, Alvares de Azevedo, desferirem seus vôos semeando idéias e liberdades pelo Brasil. A Academia de São Paulo num conceito rígido da norma jurídica foi sempre austera, quase conservadora. Seu amor e respeito à lei deram ao direito que ensinava uma função mais de contenção, de estabilidade, que de dinamismo social. Talvez a tradição reinol de prevenção contra o inconformismo quase rebelde dos “mamelucos do

planalto” levasse a casa do direito a cristalizar uma rígida consciência de ordem jurídica austera e pouco plástica. A presença do soberano, gerador do direito colonial, projetou-se, mesmo depois da independência, pela sombra severa dos códigos manuelinos e filipinos. Contra o impulso explosivo e juvenil das gerações libertárias que glorificaram as arcadas, opôs-se o sentido disciplinador de um direito concebido mais como um policiamento ético da sociedade que como um disciplinador de vivas energias sociais que procuravam apenas, na norma legal, um conteúdo harmonizador para poderem expandir-se dentro da ordem num mundo nascente e virginal de descobertas técnicas e inéditos módulos de vida.

Orgulhoso de ter frequentado essa gloriosa Academia, senti sempre, porém, a necessidade de ver operar-se nela aquela sutil revolução que a colocaria como pioneira em tentar amadurecer as fórmulas embrionárias de um direito novo que repontava, espontâneo, de novos tipos de posse de terra, de iniciativas pioneiras, e de reflexos sociais em comunidades poligenéticas secretando formas originais da nossa espontânea democracia. A antiquada rigidez dos nossos programas reclamavam uma racionalização e um critério que modernizasse o escalonamento das disciplinas. Foi por isso que, num desses magníficos volumes que formam a série de “Revista da Faculdade de Direito”, li a carta do prof. Braz de Souza Arruda sobre a Reforma do Ensino Jurídico sugerindo o escalonamento das disciplinas num novo programa.

O direito é universal como essência mas é específico e local como forma de realização pragmática. A advertência de Eisenman de que o fato do seu ensino radicar-se profundamente na tradição pode emprestar-lhe uma rigidez que inibe a visão das transformações que esse mesmo direito possa necessitar para exprimir melhor as necessidades do meio em que se desenvolve deve estar sempre presente. Sou um eterno reformista por imaginar que a revolução da técnica, hoje quase mágica, modifica as rela-

ções das coisas, embora, em matéria jurídica seja mister um máximo de cautela ao dar-se um passo novo uma vez que todo o lógico funcionamento harmônico da vida social deve repousar no direito. Vale a pena ler e meditar a carta do prof. Braz Arruda.

Biblioteca circulante *

Milton Silveira Lopes

A biblioteca circulante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano que findou emprestou 29.202 volumes a seus consulentes, dos quais 19.540 foram obras jurídicas, ou seja, 67% do total de obras emprestadas. A média mensal de empréstimos, nas obras de Direito, foi de 1628 volumes sendo a diária de 67.

Obras de Direito, em língua portuguesa, foram consultados 17.861 livros (consulta em geral 26.537), seguindo o francês com 638, castelhano 478, italiano 410, inglês 150 e para outras línguas 3.

Como não poderia deixar de ser são mais procuradas as obras de Direito, encabeçando a lista as obras de Direito Civil, com 3.182 volumes; Direito Penal, 2.647; Direito Comercial, 2.489; Processo Civil e Comercial, 2.479; Direito Social, 1.703; Processo Penal, 1.472; Direito Constitucional, 1.024; Direito Romano, 787; Direito Administrativo, 728; Direito Int. Público, 646; Medicina Legal, 635; Filosofia do Direito, 563; D. I. Privado, 488; Introdução à Ciência do Direito, 418 e Direito, generalidades, 279. Nas consultas às demais obras, predomina a de Ciências Sociais (inclusive Direito) com 22.369 obras, colocando-se, no final da lista, Belas Artes com 32.

A Biblioteca Circulante da Faculdade de Direito conta com 10 mil volumes em suas estantes, sendo 90% delas de

* O presente artigo refere-se ao ano de 1958. Em 1959, os empréstimos elevaram-se a 32.454, dos quais 68% de obras jurídicas, o que representa a média mensal de 1.841 volumes, e a diária de 78; (Nota da Redação).

obras jurídicas, vindo depois literatura, política, economia, filosofia etc. Registraram-se no ano passado mais 425 volumes, dos quais 256 foram recebidos em doação e 199 adquiridos por compra, no valor de Cr\$ 51.897,90.

Entre os doadores de obras àquela biblioteca, salientam-se os professôres Braz de Souza Arruda, Valdemar Martins Ferreira e o Instituto Nacional do Livro.

Para solucionar o problema de espaço foram retirados da circulação e devolvidos à Biblioteca de Consulta, 3.600 volumes, selecionados de acôrdo com o relativo interêsse que êles apresentavam para os leitores da Biblioteca Circulante.

A procura da biblioteca da Faculdade é cada vez maior. O preço sempre crescente dos livros didáticos obriga a maiores consultas às bibliotecas. Assim, inscreveram-se 776 novos leitores, subindo a 5.544 o número de leitores inscritos.

Funcionamento

A Biblioteca Circulante da Faculdade de Direito funciona todos os dias úteis das 8 às 22 horas, ininterruptamente; aos sábados o horário é das 9 às 12 horas. O rico acêrvo da biblioteca está à disposição de todos os interessados, mesmo que não seja aluno da escola, facultando-se o empréstimo a tôda pessoa inscrita na biblioteca. A inscrição é feita mediante a apresentação da prova de identidade e assinatura de cartão de matrícula.

O prof. Braz de Souza Arruda, como dissemos linhas acima, é um dos maiores doadores de obras àquela biblioteca. Seu interêsse pela biblioteca é enorme. Tôda a tarde êle lá se encontra estudando, orientando e procurando novos meios de enriquecer a biblioteca. No último número da Revista da Faculdade, volume LIII, ano de 1958, num seu trabalho ali inserido às páginas 172/179 escreveu o seguinte: “Queremos dar ao bacharelado um caráter de formação profissional, sem prejudicar a formação cultural

dos alunos. A função principal do auxiliar do ensino é justamente trabalhar com os alunos no seminário para que não tenha o ensino um caráter passivo mas sim ativo. Além disto, será necessário que se desenvolva o amor ao estudo e à pesquisa. Para isso é de grande conveniência orientar os alunos para a leitura na biblioteca, obrigando-os à leitura de certos livros fundamentais, como é usual na Grã-Bretanha, na Suécia, na Iugoslávia e na Faculdade de Direito da Universidade de Istambul na Turquia. E mais adiante, acrescenta: “É por isso que pleiteio a criação de uma Biblioteca Circulante em todos os institutos de ensino”.

O mestre Mário Masagão doa à Faculdade de Direito parte substancial de sua preciosa biblioteca

Nada menos de dois mil e quinhentos exemplares de obras entre livros, revistas e outras publicações foram doadas a esta Faculdade pelo Professor Mário Masagão. Do magnífico acervo constam obras raras, de autores clássicos e modernos em diversas línguas e sôbre os mais diversos assuntos, principalmente sôbre Filosofia, Direito e Literatura.

Para se fazer idéia da contribuição do Professor Mário Masagão, citamos alguns autores das obras oferecidas: Goethe, Dickens, Flaubert, Kant, Beccaria, Aristóteles, Sto. Tomaz de Aquino, Baudelaire, Dante Alighieri, Anatole France, Huxley, Kipling, Kohler, Machiavelli, Maritain, Michelet, Montesquieu, Marcel Proust, Voltaire, Savigny, Schopenhauer, Rousseau, Chateaubriand, Haeckel, Castelo Branco, Ullman, Benthan, Bonfant, Bevilacqua, Comte, E. Ferri, Freud, Steidel, etc.

Incontestável pois o valor da colaboração prestada pelo Professor Mário Masagão ao estudo da Filosofia, da Literatura, dos diversos ramos do Direito, ficando consignado nas páginas de uma revista o alto significado do generoso gesto.

*CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS
ACADÊMICAS*

A Faculdade de Direito na Arrancada de
9 de Julho de 1932 *

Waldemar Ferreira

Professor Emérito da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Ao discutir-se, em dias de agosto de 1826, na Câmara dos Deputados, o projeto de criação de Cursos Jurídicos em Olinda e em São Paulo, não poucos se opuseram, por motivos diversos, à escolha da cidade que fôra, no amanhecer do Brasil, o burgo anchietano.

Destacou-se, entre os opositores, BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, deputado por Minas Gerais, que mais tarde haveria de requerer ao Govêrno Imperial, sem êxito, sua nomeação para lente proprietário de uma das cátedras do Curso Jurídico de São Paulo.

Não lhe parecera, como a outros, que a cidade provinciana se achasse em condições de acolher o estabelecimento de ensino jurídico que se lhe destinara. Se, dizia o deputado mineiro, houvesse em São Paulo cinqüenta ou sessenta estudantes, êstes não teriam onde morar.

Casas de moradia não lhes haveriam de faltar. Se a cidade, que em 1885 OLAVO BILAC — egresso do curso médico do Rio de Janeiro e ingresso no curso jurídico de São Paulo — houvera como “cidade pequena, feia e escura”, em verdade não possuía hospedarias em número suficiente para o acolhimento dos estudantes, isso lhes ensejou as

* Conferência pronunciada em junho de 1957, no Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo.

moradias coletivas tão sugestivamente chamadas de “repúblicas”.

Essas “repúblicas”, que existiram até aos primeiros tempos dêste século (de duas, uma à rua Ipiranga, quase na esquina da rua de São João, e outra à rua Maria Teresa, quase ao largo do Arouche, fui eu “republicano”) e formaram o embrião do espírito acadêmico, que hoje se diria universitário, de que se engalanaram os moços que frequentaram as arcadas do velho Mosteiro de São Francisco — constituíram os focos da formação moral, intelectual e cívica do Brasil, não havia muito erecto em Nação.

Com antevisão de que isso aconteceria, BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS se manifestou contrário à criação de Cursos Jurídicos em Olinda e em São Paulo. Êle os preferia na Côrte.

“Julgo”, orou o deputado mineiro, “que para a maior liberdade dos mestres e alunos na explicação e desenvolvimento das doutrinas, convém que por enquanto se estabeleçam estas aulas no Rio de Janeiro. Do contrário, não me admiraria se soubesse que o Presidente da Província, onde estivesse o Curso Jurídico, tenha mandado em ferros, para as fortalezas destas Côrtes, os professôres e os estudantes — como republicanos e incendiários”

Não falhou o pressentimento.

Teve o deputado, que assim se exprimiu e viria a ser estadista de muito renome, por certo, em mente, que a instalação do Curso Jurídico, afinal localizado, pela lei de 11 de agôsto de 1827, na cidade que fôra a de São Paulo do Campo de Piratininga, viria a provocar a revivescência do espírito autonomista e liberal dos bandeirantes que um dia aclamaram Amador Bueno por seu rei; e, por sua ousadia, quebraram a verticalidade da linha de Tordesilhas, configurando a fisionomia territorial do Brasil.

Temeu o parlamentar que os mestres e estudantes do Curso Jurídico de São Paulo viessem a ser republicanos e incendiários e fôsem um dia mandados em ferros para as fortalezas do Rio de Janeiro; e a temência se converteu em

realidade. Mestres e estudantes foram mandados em ferros para aquelas fortalezas e prisões em 1932; e dali para o exílio em Portugal.

Não tem sido realmente outro o fadário do Curso Jurídico de São Paulo. Seus mestres e estudantes, desde que os mestres foram os próprios estudantes, elevados às cátedras ao pé das quais se formaram, sempre entenderam que a missão histórica daquela casa não seria apenas a de dar ao país profissionais para os quadros da magistratura, do ministério público ou da advocacia, mas acima de tudo a de preparar homens que pudessem enaltecê-lo nas letras, nas artes, na política e na administração pública, convertendo-se em sementeira de políticos e de estadistas, como aconteceu.

De quantos se aproximaram das arcadas franciscanas, nenhum melhor exprimiu o espírito da mocidade que nelas se formou, do que JOAQUIM NABUCO. No colégio, escreveu o tribuno exímio da Abolição, “eu ainda não compreendia nada disto, mas sabia o liberalismo de meu pai, e nesse tempo o que êle dissesse ou pensasse era um dogma para mim: eu não tinha sido ainda invadido pelo espírito de rebeldia e independência, por essa petulância da mocidade, que me fará mais tarde, na Academia, contrapôr as vêzes o meu modo de pensar ao dêle, em lugar de apanhar religiosamente, como eu faria hoje, cada palavra sua”.

Esse espírito de independência e de liberalismo constituiu ontem, como ainda hoje, o apanágio e o galardão de honra dos jovens senhores do Território Livre do Largo de São Francisco.

Naquele tempo, lembrou o advogado incomparável do Brasil em seus conflitos territoriais, “dominava a Academia, com a sedução de sua palavra e de sua figura, o segundo JOSÉ BONIFÁCIO. Os *leaders* da Academia, FERREIRA DE MENEZES, que, apesar de formado, continuava acadêmico e chefe literário da mocidade; CASTRO ALVES, o poeta republicano de *Gonzaga*, bebiam-lhe as palavras, absorviam-se nele em êxtase. RUY BARBOSA era dessa geração; mas

RUY BARBOSA, “hoje a mais poderosa máquina cerebral do nosso país, que pelo número das rotações e fôrça de vibração faz lembrar os maquinismos que impelem através das ondas os grandes transatlânticos, levou vinte anos a tirar ao minério de seu talento, a temperar e a endurecer, o aço admirável que é agora o seu estilo”.

Assim foi a Academia; assim há de ser: em todos os tempos, liberal. Abolicionista da escravidão, foi federalista e republicana. Abolicionista, o seu lema era o do trabalho livre na terra livre; republicana, era federalista para que São Paulo, autônomo e livre, depois de ter assegurado a integridade territorial do Brasil, pudesse trabalhar para que, com o seu próprio desenvolvimento, êle se convertesse numa grande Nação.

Na República, não se esmoreceu a velha Academia, antes permaneceu atenta e solícita para a salvaguarda de suas próprias conquistas, pelejando para a manutenção de seu alto espirito e a conservação de sua fidelidade a si mesma. Nisso, jamais tergiversou. Quem lhe compulsar a história verificará que, em todos os transes da vida nacional, ela se conservou igual a si mesma. Notícia inexiste de boa causa por que não houvesse batalhado, cônica de seu papel e de seu prestígio.

Estavam a escoar-se os três primeiros lustros dêste século. Vivia-se momento incerto como o que hoje se vive, mas de muito maior gravame em razão de sua amplitude o que ora se passa. Coube, naquele tempo, a um poeta dar o brado de alarma para despertar a consciência cívica da Nação. Não quis porém proferi-lo no deserto. Tendo sido um dos estudantes do velho Mosteiro de São Francisco, bem se apercebeu de que sua palavra de apóstolo em suas arcadas encontrariam ressonância a fim de repercutir em todo o país.

“Uma onda desmoralizadora de desânimo avassala tôdas as almas” — pregou o poeta. Era OLAVO BILAC. “Não há em cada alma a centelha criadora, que é a consciência da fôrça e da bondade; e de alma para alma não

há uma corrente de solidariedade, de crença comum e de entusiasmo, que congregue todo o povo em uma mesma aspiração. Hoje, a indiferença é a lei moral; o interesse próprio é o único incentivo. O “arrivismo” — hediondo estrangeirismo com que se exprime uma enfermidade ainda mais hedionda — epidemia moral, que tende a transformar-se e a enraizar-se como endemia, envenena todo o organismo social e mata todos os germes da dedicação e da fé: cada um quer gozar e viver sòzinho, e crescer, prosperar, brilhar, e enriquecer depressa, seja como fôr, através de tôdas as traições, por cima de todos os escrúpulos. Assim, a comunhão desfaz-se e transforma-se em acampamento bárbaro e mercenário, governado pelo conflito das coisas individuais”.

Eis retratado não o de ontem, mas em verdade o país de hoje: “acampamento bárbaro e mercenário”. Retratando-o, o poeta veio lançar na Academia de São Paulo, que também foi sua, como de outros poetas, a campanha pelo serviço militar obrigatório e generalizado, a fim de substituir o exército profissional que então tínhamos, e convolá-lo em exército cívico, de que coparticipassem todos os brasileiros natos, tanto que atingissem a idade propícia ao serviço militar.

“Desta velha casa”, perorou o poeta, “de entre êstes sagrados muros, que esplendem de tradições venerandas, dêste quase secular viveiro de tribunos e poetas — daqui saíram, em rajadas de heroísmo, em ímpetos de entusiasmo, as duas campanhas gloriosas, que foram coroadas pela vitória da Abolição e da República. Estruja de novo a casa! estremeçam de novo os muros! e de novo palpitem e ressoem o aviário canoro, cheio de hinos de combate e de gorgeios de bondade! Inaugurai, moços de São Paulo, a nova campanha!”

E os moços de São Paulo a inauguraram. O paladino chegou no momento oportuno; e venceu. Já estava em preparo, pelos moços das Arcadas, o lançamento de movimento cívico e patriótico. Estava em ebulição a fervedura, a ponto de explosão. Plêiade de moços nisso se empe-

nhavam, alguns já levados, pela lei da morte, para o outro lado da vida, como CLOVIS RIBEIRO, AMADO SARTI PRADO, JOSÉ ALVES CERQUEIRA CESAR NETO, ABELARDO VERGUEIRO CESAR, WALDOMIRO DE ALMEIDA VERGUEIRO, TOMAZ LESSA, JAIRO DE GÓIS, JOAQUIM SAMPAIO VIDAL, ARNALDO VIEIRA DE CARVALHO FILHO, RAUL AFONSO MACHADO, ANTÔNIO CARLOS DE ABREU SODRÉ, MÁRIO BASTOS CRUZ, AMÉRICO DE MOURA, TITO PRATES DA FONSECA e outros. Outros, graças a Deus, ainda vivem e são JÚLIO MESQUITA FILHO, que com CLOVIS RIBEIRO, fôï o iniciador do movimento, PRUDENTE DE MORAIS NETO, CRISTIANO ALTENFELDER SILVA, FRANCISCO MESQUITA, ANTÔNIO PEREIRA LIMA, HORÁCIO LAFER, FRANCISCO MALTA CARDOSO, OTÁVIO PARANAGUÁ, CIRO FREITAS VALE, JOSÉ SOARES DE MELO, ERNESTO DE SOUZA CAMPOS, HENRIQUE NEVES LEFÈVRE, CID CASTRO PRADO, AFONSO PAES DE BARROS, VICENTE ANCONA, FRANCISCO ALVES DOS SANTOS FILHO, TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, ORLANDO DE ALMEIDA PRADO, ARTUR SANTOS, JOÃO MENDES NETO, PAULO ARANTES, HENRIQUE VILABOIM, RAFAEL SAMPAIO FILHO, JOSÉ LEONEL DE REZENDE, ARQUIMEDES GUIMARÃES, PAULO NOGUEIRA FILHO, ANTÔNIO FELICIANO, ALBERTO SABOIA e outros.

Três professôres supervisionariam o movimento nacionalista — PEDRO LESSA, REYNALDO PORCHAT e FREDERICO VERGUEIRO STEIDEL.

Sob tais auspícios, a campanha bilaqueana entrou imediatamente em execução, assim que se abriu a inscrição do voluntariado para as manobras do Exército que se realizariam no campo de Gericinó, no Rio de Janeiro. Os quarenta lugares destinados aos voluntários paulistas tiveram que estender-se para tresentos estudantes da Faculdade de Direito, da Escola Politécnica e da Faculdade de Medicina, que vestiram e enobreceram, com o seu entusiasmo e seu ardor cívico, as fardas do Exército Nacional.

Êsse entrosamento dos moços das três casas de ensino superior ensejou a primeira instituição universitária de São Paulo — a Liga Nacionalista, criada em 1917, cuja primeira diretoria se compôs de FREDERICO VERGUEIRO STEIDEL, pro-

fessor da Faculdade de Direito, como presidente; do professor PAULA SOUZA, Diretor da Escola Politécnica, como primeiro vice-presidente; e do professor ARNALDO VIEIRA DE CARVALHO, diretor da Faculdade de Medicina, como segundo vice-presidente. Tocou a tesouraria a um antigo aluno da Faculdade de Direito — JOSÉ CARLOS DE MACEDO SOARES; e a secretaria a um estudante, ABELARDO VERGUEIRO CESAR, que lhe deu o dinamismo de seu efficientíssimo entusiasmo de realizador.

Tinha a Liga Nacionalista por programa manter e desenvolver o espírito de solidariedade nacional e a coesão material das unidades federadas, propugnando pela verdade eleitoral por via do voto secreto e obrigatório, combatendo a fraude eleitoral; pelo desenvolvimento do ensino superior, secundário e primário, e profissional; pela difusão, em tôdas as classes sociais, da educação cívica e do culto do patriotismo, exalçando-o; pelo estudo dos problemas condizentes com a prosperidade e dignidade do país; pelo fomento da criação das linhas de tiro; pelo zêlo da boa execução das leis de preparo e organização militar; e pelo aprimoramento do ensino da língua e da história do Brasil e obrigatoriedade de seu ensino nas escolas estrangeiras.

Não é êste o ensejo para fazer a história da atuação da Liga Nacionalista, senão apenas para salientar que, em dois momentos, ela prestou serviços assinalados à população de São Paulo, assistindo-a e socorrendo-a, assim na epidemia da gripe de 1918, como na ocupação de São Paulo pelos revolucionários de 1924, chefiados pelo General ISIDORO DIAS LOPES, que lhe valeu o fechamento, por decreto do então presidente da República — ARTUR BERNARDES.

Desaparecida a Liga Nacionalista, seus membros, em boa parte, lhe recolheram o espólio de idealismo e de atuação cívica e patriótica, concorrendo para a formação do Partido Democrático, em 24 de fevereiro de 1926, na Chácara do Carvalho, a antiga mansão do Conselheiro ANTÔNIO PRADO, que foi seu primeiro presidente, sucedido pelos pro-

fessôres LUÍS BARBOSA DA GAMA CERQUEIRA, FRANCISCO MORATO, JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO NETO e WALDEMAR FERREIRA, da Faculdade de Direito.

Dêsse partido, e igualmente do Partido da Mocidade, coparticipou ativamente a mocidade dos cursos superiores de São Paulo, que continuou, por via dêle, a bater-se pela moralização dos nossos costumes políticos, especialmente pela implantação de regime eleitoral que tivesse por base o voto secreto e obrigatório e sua apuração e reconhecimento dos eleitos por justiça especial, que assegurasse a expressão da vontade popular a todo transe.

O ambiente geral do país, naquela fase histórica, insuspeitamente observou JOSÉ MARIA BELO, “era o mais propício às oposições. Se o entusiasmo das massas populares, que acorrem aos *meetings* nos logradouros públicos, era antes de superfície, entusiasmo de multidões prestes sempre a comover-se com palavras e promessas demagógicas, mais sincero se afigurava o apoio das classes que poderiam ser chamadas burguesas, de baixo, médio e, mesmo, alto nível. O regime oligárquico da República, herdado do Império, não permitiria jamais governos de essência popular, o que não impediu, aliás, que, em certos momentos, ao impacto das circunstâncias extraordinárias, alguns dêles — teria sido o caso de FLORIANO PEIXOTO — parecessem simbolizar os sentimentos das grandes maiorias. Desde a campanha civilista de RUY BARBOSA, ter-se-iam acentuado o insulamento e a impopularidade dos governos, agravados fortemente na sucessão de EETÁCIO PESSOA. Os chefes do executivo federal, como os dos Estados, encarnariam os aparelhos de compressão das liberdades públicas e da corrupção política e administrativa, capazes por si só de justificar as revoluções. .”

Não era diverso o sentir da Faculdade de Direito de São Paulo, da qual mestres e estudantes, em boa parte, se empenharam na luta contra aquêle regime. Não tem cabida, neste passo, particularizações que poderiam parecer ociosas. É de lembrar todavia que no embate partidário

daquele momento histórico, nos últimos dias de julho de 1930, o país se emocionou com o assassinio de JOÃO PESSOA, numa confeitaria, no Recife.

Comungando da grande máguia, que enlutou a Nação, os estudantes lhe homenagearam a memória, colocando ao pé da estátua de JOSÉ BANIFÁCIO, o moço, que então se erguia no Largo de São Francisco, um retrato, cercado de flores, do político paraibano, exposto à consagração popular. Foi nos primeiros dias de agosto de 1930. Improvisado comício, em que oraram os estudantes JOSÉ DIAS DE MENEZES, JOÃO BATISTA DE ARRUDA SAMPAIO, LAURO CERQUEIRA CESAR, ROMEU LOURENÇÃO, HENRIQUE BRITO VIANA, FERNANDO DE MARTINO, DARCY MIRANDA, PAULO MARZAGÃO, resolveu o povo desfilar pelas ruas do centro da cidade, levando à frente a bandeira nacional. A isso se opôs a polícia. Arrancada pelo delegado a bandeira, seguiu-se tiroteio por parte dela, a que os estudantes responderam com as armas que retiraram da sala de armas da Faculdade de Direito, havendo necessidade da intervenção, solicitada pelo diretor da Faculdade de Direito, de forças do Exército, para a cessação do conflito de que resultaram ferimentos e morte.

Os estudantes, naquela emergência, com o apoio dos mestres, com êles solidarizados, agiram com indisfarçável bravura cívica, que os engrandeceu.

Precipitaram-se acontecimentos políticos de tal monta e de tão grandes reflexos na vida nacional, que o movimento revolucionário de 3 de outubro de 1930 se tornou vitorioso, erguendo novos marcos na trajetória histórica do país.

Dessa revolução participei eu, assim nos labores de sua propaganda, quanto nos de sua eclosão, convencido de que bem cumpria meu dever de cidadão e de patriota, nas fileiras do partido a que pertencia e de que tive a fortuna de ser um dos fundadores e seu derradeiro presidente. A revolução de 1930 se desfechou por imperativo histórico na sua indomável fatalidade; e era inevitável diante dos erros políticos que se haviam acumulado e contra os quais

eu vinha me batendo desde a juventude. Minha palavra pela reconstituição de nossos costumes políticos se fêz ouvir desde os pampas sulinos às regiões adustas do setentrão brasileiro. Orei com o entusiasmo dos convictos e a coragem dos paladinos. Jamais me arrependi daquela pregação cívica, ditada pela sinceridade de minha consciência, amiga fidelíssima, que nunca me traiu. Ainda agora, neste estádio crepuscular de minha vida, ela me premeia com o consolo suavíssimo e reconfortante que o dever cumprido proporciona aos que agiram sempre de boa fé, e com dignidade, como que iluminados de centelha divina.

Não tive, nem tenho do que penitenciar-me. A penitência é o castigo que a consciência impõe aos que, submetendo-se a auto-crítica, reconhecem os seus pecados e por via dela buscam a redenção espiritual. No tumulto de minha carreira política não me sobrou tempo para pecar. Pudesse eu readquirir a energia daqueles dias e certamente tomaria sôbre mim, de novo, as responsabilidades de igual conduta, reerguendo o lábaro das reivindicações contra a situação política do momento que passa, de maior e mais desabusado gravame do que os que me levaram àquela labuta, de que me envaideço.

Idealista, sem ter tido nunca a preocupação de postos e cargos, de riqueza muito menos, senão de encargos e de sacrifícios, eu me engajei no movimento revolucionário de 1930 para a realização dos postulados políticos que aprendi, como estudante, na Faculdade de Direito, e depois de formado, como antigo aluno, me levaram às fileiras da Liga Nacionalista.

As revoluções todavia não correm serenamente como as águas dos rios em seus leitos; e mesmo essas águas, no seu percurso para o rio maior ou para o mar, sofrem anteparos que as fazem borbulhar em cachoeiras, e derramarem-se pelos espriados, formando regiões pantanosas e até pestilentas. Quebradas as barragens da ordem jurídica, as águas revolucionárias subvertem quando inaptas para a purificação.

Quem teria, em 1930, senso divinatório tão arguto para prever que o vitorioso de então, que veio para o governo no embalo da onda revolucionária para a chefia do Governo Provisório da República e se mostrou tão desabusado no seu poderio, quão aplaudido pela turbas, que o en-deusaram, haveria, êle próprio, por suas próprias mãos, condenado por sua consciência na auto-crítica a que se submeteu, de pôr têrmo, trágicamente, a sua vida, afogada no mar de lama e de misérias miseráveis em que afundou a Nação, que é nossa, muito mais do que era dêle?

Se o ditador de 1930, que o foi, com interregno de pouco mais de um lustro, até 1954, se penitenciou de seus erros, que foram imensos, e de seus pecados, que foram mortais, flagiciando-se moral e fisicamente — nós outros, os que dêle nos desquitamos logo depois da vitória e o combatemos, de armas nas mãos, aqui estamos agora a bem dizer a Deus por nos ter dado a graça da comemoração de nossa rebeldia, na explosão justa de um povo ferido em sua autonomia e em sua liberdade. Levantemos as mãos ao alto pela beatitude de nossa insurreição gloriosa, dominada, mas invicta!

Desfechamo-la quando, em manifesto de 13 de janeiro de 1932, nos dirigimos, os de meu partido, à Nação, dando as razões de nosso rompimento. “Se é certo”, dissemos, “que a humanidade passa por uma crise universal, não é menos que essa crise se depara agravada por nossos desatinos, precisamente em um país que pelas suas condições excepcionais podia de certo modo forrar-se dos sofrimentos e precariedades que afligem o mundo inteiro. Precisa mudar de rumos a didatura — a ditadura que em quatorze meses de poderes discricionários não logrou realizar uma obra ou reforma de relevo e que assinala a fase mais estéril que pontilha na história de sua formação. Se perseverar nos enganos e esterilidade de sua visão financeira, econômica e política, o futuro há de fustigá-la em julgamento severo e irrecurável. Entregue-se aos Estados o governo dos Estados; venha a Constituinte e estaremos salvos. Para atingir êste duplo escopo, o Partido Democrático des-

fralda sua bandeira de combate, ao lado do pavilhão de São Paulo e do Brasil, conclamando as energias de seus conterrâneos e patrióticos para uma ação conjunta, em defesa da causa comum”.

A repercussão desse documento foi imensa: ecoou fundamentalmente em São Paulo, como em todo o país.

Decorrido um mês, os dois partidos, que até então se haviam degladiado na arena política — o Partido Republicano Paulista e o Partido Democrático, esquecendo máguas recíprocas, abafando ressentimentos mútuos, ciosos apenas da restauração da dignidade de São Paulo, se deram as mãos, unindo-se, leal e nobremente. Reitero, nesta noite, aos que foram nossos adversários, nosso reconhecimento pela alta expressão de desprendimento pessoal e de insuperável bravura com que agiram naquele transe: se, de resto, éramos adversários uns dos outros, entre nós existia estima e amizade pessoal que serviu de penhor a nosso entendimento cívico e patriótico.

Aquêles dois partidos, em manifesto comum, de 16 de fevereiro de 1932, anunciaram a “seus correligionários, aos seus conterrâneos e quantos aqui colaboram no desenvolvimento de nossa grandeza moral e econômica, que estava feita a união sagrada dos paulistas em torno dos dois problemas que envolvem tôdas as nossas esperanças e destinos: a pronta reconstitucionalização do país e a restituição a São Paulo da autonomia de que havia dezesseis meses se achava esbulhado”.

Essa aliança, formada numa única diretriz e disciplina, animada de sentimentos da mais absoluta cordura, lealdade e impavidez, sobretudo sincera, dizia o manifesto do que se chamou — a Frente Única de São Paulo, só havia de repousar ou dissolver-se quando houvesse atingido e plenamente assegurado o duplo e supremo escopo que a todos congregou.

O desiderato era claro e preciso; e para atingí-lo, nós, os paulistas, ficou subentendido, usaríamos de todos os recursos compatíveis com a nossa dignidade. Advertida se

achou a Nação de nosso propósito; e êste sòmente poderia ser alcançado com a conjunção de tôdas as correntes dispersas ou discordantes, que se fraternizassem para conjurar, mercê de esforço comum, o perigo que corríamos na ordem federal e remir São Paulo das aflições que o vinham atormentando.

A jornada reivindicadora, que então se lançou, não podia ser mais de nenhum partido ou agrupamento: requeria o concurso unísono de quantos em São Paulo haviam nascido ou nele conviviam, sem distinção de procedências e de credos religiosos ou políticos; mas reclamava, principalmente, para seu êxito, a ajuda dos moços, com a audácia de sua irreprimível energia.

Eles mais o compreenderam do que adivinharam. O apêlo, a todos dirigido, a êles especialmente se endereçava. Sem seu apoio e concurso nada se realizaria gloriosamente. A mocidade em ação é a posteridade a antecipar-se, juntando o futuro ao presente por um dêsses paradoxos frequentes na vida dos povos.

Os estudantes da Faculdade de Direito se puseram em sessão permanente, se assim se pode dizer, do Centro Acadêmico XI de Agôsto, a associação universitária veterana, cujos dias se contam por feitos felizes, que a engrandecem.

Se a recepção dos calouros de 1932 se comemorou com préstito, que percorreu as ruas do centro da cidade, ostentando carros de crítica à situação do govêrno federal e aos seus delegados em São Paulo, as reuniões grupais e públicas se sucederam, em crescendo avassalador.

Já haviam então os estudantes formado a Liga Paulista pró Constituinte, em favor da normalização da vida nacional pela reintegração do país no regime de lei, por via da qual tomaram a iniciativa de comícios inúmeros que empolgaram a opinião pública e se sucediam com grande êxito.

Ganha, pelo povo paulista a jornada de 23 de maio de 1932, com a constituição, pelo Embaixador PEDRO DE TOLEDO, do govêrno do Estado com secretários saídos das

fileiras dos dois partidos que constituíam a Frente Única de São Paulo, o episódio de 9 de julho foi a sua sequência natural e lógica.

Quando a revolução constitucionalista explodiu, a Faculdade de Direito imediatamente se transformou em quartel, tomada que ela foi pela M. M. D. C., a organização secreta que tinha sido a Guarda Paulista, organizada logo depois de 23 de maio. Cada estudante se transformou em soldado. Todos os postos, que haviam sido preparados, na noite de 8 de julho se achavam prontos para as primeiras providências de ordem militar; e os diversos pelotões e companhias confluíram para o Largo de São Francisco, ficando a Faculdade de Direito guardada pela companhia formada no Largo das Perdizes, a primeira militarmente organizada e que foi a que constituiu o 1.º Batalhão da Milícia Civil, colocada sob o comando de um antigo aluno daquela casa, bacharel formado, ROMÃO GOMES, oficial da Fôrça Pública de São Paulo.

Como, em 23 de maio, entre nós se achava um ministro da ditadura — o sr. OSVALDO ARANHA, outro entre nós se encontrava no dia 8 de julho e desde alguns dias hóspede do govêrno — o sr. SALGADO FILHO, cujo nome profiro com o devido respeito, em homenagem a sua memória, um e outro merecedores de minha estima. A presença dêste constituía embaraço, que instava remover, com o seu regresso para o Rio de Janeiro, naquela mesma noite, pelo noturno da Central do Brasil.

Às dezessete horas, mais ou menos, distinguiu-me SALGADO FILHO com sua visita, na Secretaria da Justiça e da Segurança Pública. Supus que se achasse cientificado de que nos últimos minutos daquele dia a revolução constitucionalista se declararia. A cidade, desde a manhã, se achava apreensiva, em atmosfera de grandes acontecimentos, no lusco-fusco dos grandes instantes históricos. Minha suposição logo se desfez: o ministro de nada se apercebera; ou se fechara em discrição silenciosa. O que me manifestou êle foi apenas seu agradecimento e de sua Exma. Se-

nhora pelas atenções com que tinham sido distinguidos pelo govêrno.

Retirando-se, acompanhei-o até ao alto da escadaria do edificio, na qual êle se encontrou com THYRSO MARTINS, saudoso companheiro a quem dedico, nesta referênciã, a homenagem de meu apreço por sua memóriã, e meu chefe de políciã, ao qual o ministro reiterou os agradecimentos que me externara.

No meu gabinete, interrogou-me THYRSO MARTINS onde deveria recolher prêso o ministro do Trabalho e quais as instruções que lhe dava a êsse propósito.

— Não, retruquei; não vale a pena prendê-lo, a menos que, até à hora de seu embarque, êle se manifeste de maneira a exigir a prisão. Prêso incômodo será êle, que se acha, de resto, acompanhado de sua Exma. Esposa. Nem será útil sua prisão para a causa revolucionária. Muito melhor será devolvê-lo para o Rio de Janeiro, com as honras de seu alto pôsto.

Com as honras a que tinha direito, embarcou o ministro do Trabalho para o Rio de Janeiro, onde foi ter noticia do surto revolucionário constitucionalista, quando na manhã seguinte lá desembarcou, na Estação Pedro II.

Mal o comboio partiu da Estação do Norte, determinei que todos fôsem tomar conta das missões, que lhes cabiam; e eu rodei para a Faculdade de Direito, onde se preparava a mocidade para o que desse e viesse.

Recebido por ela entre os maiores aplausos e gritos heróicos de insurreição, só então senti que a transmutação se operava, convertendo-me de Secretário da Justiça em Secretário da Guerra, pois que em guerra se convolou o que devera ter sido apenas uma revolução, em poucas horas vitoriosa ou vencida.

Todos os estudantes se entregaram, desde aquella noite, aos misteres de ordem militar; e da Faculdade de Direito partiu no dia seguinte, para o setor que lhe havia sido designado, o primeiro batalhão armado pela M. M. D. C., formado de voluntários, na maior parte estudantes, sob o

comando do Major ROMÃO GOMES, que se revelou cabo de guerra de invulgares qualidades.

Dias depois a Faculdade de Direito cerrou suas portas. Emudeceram-se suas cátedras. As arcadas gloriosas ficaram a aguardar, no seu silêncio monasterial, a volta dos que tinham partido para a luta pela reconstitucionalização do país e a autonomia de São Paulo!

Dos professôres, um deles, que, como livre docente, doutrinava direito constitucional e direito internacional, se alistou como soldado raso no batalhão Piratininga. Foi MANUEL FRANCISCO PINTO PEREIRA. Os demais, na retaguarda, cumpriram os seus deveres; e, no dia 11 de agosto, fizeram chegar, em cada trincheira, autografada, uma saudação, de afeto e de reconhecimento, em palavras simples, mas comovidas, a saber:

“No dia em que se comemora a fundação dos cursos jurídicos, a Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, envia comovidamente aos alunos, de que tanto se orgulha, a sua saudação muito afetuosa e a afirmação de sua confiança inteira na vitória próxima da causa da lei e da liberdade”.

Essa mensagem recebeu a assinatura dos professôres ALCÂNTARA MACHADO, JOÃO ARRUDA, MANOEL PEDRO VILABOIM, CÂNDIDO MOTA, REYNALDO PORCHAT, RAFAEL SAMPAIO, FRANCISCO MORATO, SAMPAIO DORIA, CARDOZO DE MELO NETO, BRAZ ARRUDA, MÁRIO MASAGÃO, WALDEMAR FERREIRA, GAMA CERQUEIRA, NOÉ AZEVEDO, JORGE AMERICANO, LAURENTINO DE AZEVEDO, A. DE ALMEIDA JUNIOR e HONÓRIO MONTEIRO.

Vencida a revolução constitucionalista, tomou o governo deliberação a que ninguém desobedeceu. Nenhum de seus membros, como nenhum dos que mais de perto o auxiliaram, buscaria asilo em consulado ou fugiria a fim de eximir-se das responsabilidades, que lhes cabiam, fôsem quais fôsem. Cada um ficaria em sua casa à disposição da ditadura; mas antes que isso se verificasse, se procedeu ao balanço das despesas feitas, que ficou, em original, arquivado na Secretaria da Fazenda, com esta nota em seu fecho:

“Coletivamente declaramos assumir inteira responsabilidade das despesas constantes desta relação (cujas páginas vão devidamente rubricadas) na importância total de 111.569:299\$ 041 (cento e onze mil quinhentos e sessenta e nove contos, duzentos e noventa e nove mil e quatrocentos réis), tôdas decorrentes da Revolução Constitucionalista de 9 de julho do corrente ano. Palácio do Govêrno do Estado de São Paulo, ao 1 de outubro de 1932 (a), PEDRO DE TOLEDO, WALDEMAR FERREIRA, F. E. DA FONSECA TELES, FRANCISCO DA CUNHA JUNQUEIRA, J. RODRIGUES ALVES SOBRINHO, JOAQUIM A. SAMPAIO VIDAL, PAULO DE MORAES BARROS”.

Dos professôres da Faculdade de Direito, três foram despejados, em 18 de dezembro de 1932, no Cais do Alcântara, em Lisboa, terra de seu exílio — MANOEL PEDRO VILBOIM, FRANCISCO MORATO e WALDEMAR FERREIRA.

Dos antigos alunos e alunos, sete não retornaram às Arcadas, de onde haviam partido, quase todos do Batalhão 14 de Julho, que operou no setor do sul, sob o comando do grande militar que é o Coronel BASÍLIO TABORDA. Os nomes dêsses moços, que com tanta galhardia e bravura se bateram pela reconstitucionalização do país e pela autonomia de São Paulo, estão gravados no mármore do monumento sugestivo que lhes assinala a presença espiritual nas Arcadas, como nomes dignos de respeito e heróis merecedores de consagração imorredoura das gerações que o contemplarem.

JOSÉ MARIA DE AZEVEDO, bacharel recém formado, como CESAR PENA RAMOS, que recebera seu grau dias antes da partida para a frente sulina; e os alunos ARGEMIRO ALVES SILVESTRE, ARI CARNEIRO FERNANDES, NÉLIO BATISTA GUIMARÃES e HERMES DE OLIVEIRA CEZAR, eram paulistas, em cujas veias batia sangue de bandeirante, que os movimentava e levava em busca de seus destinos, com o mesmo desassombro impávido com que seus maiores desbravaram a terra virgem e selvagem, na transposição da linha tordesilhana.

Não era dessa estirpe JOSÉ PREISZ. Alto, espaduado, olhos esverdeados, cabelos alourados, fisionomia de homem

concentrado e enérgico, êle me chamou a atenção, desde que o vi nas minhas aulas. Impressionou-me; e dêle guardo lembrança que não dissimulo. Vindo de terras longínquas, estrangeiro, poderia ter ficado estranho à revolução constitucionalista. É que êle trazia em seu íntimo o espírito de rebeldia contra a opressão em que sua terra se consumia; e não teve como deixar de bater-se pela autonomia da terra que seria a de sua pátria de adoção, ao lado de seus companheiros de estudos jurídicos, com êles formando o seu sentimento de liberdade sob a égide da lei.

JOSÉ PREISZ era húngaro. Sua morte, leio em *Cruzes Paulistas*, “foi trágica e sublime. Morreu combatendo corpo a corpo com um oficial gaúcho, que também foi ferido. O trágico acontecimento se deu entre Salto Grande e Ourinho, à margem do rio Pardo, provavelmente a 27 ou 28 de setembro”.

Êle se embebeu do alto espírito da Faculdade de Direito!

Ponhâmo-nos de pé, um instante, bemdizendo a memória dêsses moços heróicos, cujos nomes engrandecem a história de São Paulo e as tradições das Arcadas de São Francisco!

Mercado comum europeu *

Rubens Antônio Barbosa

Antecedentes

Os maiores estados europeus, percebendo as vantagens que certamente lhes adviriam, procuraram agrupar-se. Isto, desde a remota Idade Média.

Passaremos, rapidamente, sobre os grupamentos mais antigos, limitando-nos à sua simples citação, como elemento de conhecimento, para nos demorar, ainda que em análise superficial, nas mais recentes uniões européias.

De início, poderemos citar a famosa liga hanseática — reunião de várias cidades comerciais para a defesa de seus interesses comuns. Constituiu-se, a princípio, entre as cidades de Lübeck e Hamburgo, logo seguidas por quase uma centena de outras cidades. Seus efeitos não se fizeram demorar: o poderio teutônico aumentou incrivelmente tornando-se, logo, a Prússia a maior potência marítima da época.

A partir daí pode-se tirar uma constante: o estabelecimento de grandes mercados esteve sempre relacionado a motivos de ordem política. (Tomamos aqui a palavra *mercado* na sua moderna acepção: “Número de compradores que pode alcançar um produto vendido mediante certas condições”. Aqui, entram todos os elementos possíveis; preço de venda, dispersão de compradores, a difusão do produto, os obstáculos geográficos, psicológicos, etc.).

* Trabalho do aluno do 1.º ano do Bacharelado, distinguido com o “Prêmio Gastão Vidigal”, da Associação Comercial de São Paulo.

Voltando à liga hanseática, notamos que os teutos escudados no desenvolvimento econômico, interferiram na política dinamarquês, chegando mesmo a impor o sucessor do rei Waldemar VI, que fôra por êles vencido.

Poderíamos citar, também, o exemplo de Colbert, auxiliar do famoso “rei sol”, no apogeu do Absolutismo; procurando pôr um paradeiro na calamitosa situação econômica interna, buscou o equilíbrio entre a receita e a despesa; auxiliado por Turgot vai aos poucos processando a unificação econômica interna ao lado da política. Como sabemos, a França estava desunida, separada. Colbert suprimiu certas barreiras alfandegárias internas, procurando incentivar o comércio entre os vários estados.

Novamente aproximou-se a importância da unificação econômica ao lado da política, com Adan Smith e outros economistas na Inglaterra. Liberaram-se as trocas internas, enquanto pregavam aquêles economistas a unificação política entre a Inglaterra, Escócia e Irlanda.

Outro exemplo é o dos Estados Unidos. Baseada na unificação econômica, atingiu-se a política. É verdade que subsistiu a rivalidade entre os estados do norte, industriais, e os do sul, agrícolas. E mesmo a guerra de Secessão, referente à questão da abolição da escravatura, está, intimamente, ligada ao fator econômico.

Cronologicamente, a outra unificação que surge, é a Zollverein.

Desde logo devemos salientar a diferença, o antagonismo mesmo, entre a Zollverein e a Comunidade Econômica Européia.

A Zollverein, que foi a unificação econômica da Prússia, acobertava ideais puramente políticos e agressivos, dominadores. O M.C.E., ao contrário, busca, na unidade econômica, o fortalecimento da Europa, econômica e politicamente, mas com finalidade nitidamente defensiva.

A Prússia compunha-se de pequeninos estados, na maioria rivais entre si.

Econômicamente falando, o desenvolvimento estava entravado. Numerosas barreiras alfandegárias impediam maior incremento de negócios. As indústrias não obtinham êxito capaz de fazê-las suplantarem a concorrência inglesa. Fácilmente eram superados esses estados, pelos produtos mais baratos, oriundos da Inglaterra.

Notaram os estados mais prósperos e importantes, que forçoso era desenvolver o poderio econômico. Surgem, então, as primeiras idéias da Baviera e da Prússia.

Aparece, entretanto, grande problema a resolver, para que a união aduaneira pudesse ser empregada vitoriosamente: as grandes diferenças dos níveis de desenvolvimento e a diferença quanto à orientação econômica.

Depois de 1830, os estados alemães reuniram-se em grupos aduaneiros.

Constituiu, isso, uma etapa no processo de unificação da Alemanha.

Os estados que assim se reuniam deliberaram; a) concessões no regime de preferência, baixando os direitos aduaneiros; b) liberdade de circulação de artigos de consumo, com exceção, é lógico, dos monopólios e dos patentes; c) supressão de direitos especiais de trânsito, de circulação de viaturas etc.; d) promessa de continuação das negociações para unificar as tarifas e eliminar os obstáculos do tráfico.

A Prússia realizou a livre circulação de mercadorias dentro do seu território. Houve grande desenvolvimento na indústria, nas trocas e, logicamente, os estados vizinhos não puderam resistir.

Aos poucos, outros estados, que ainda não eram parte desse agrupamento, vieram a êle; surgiram novos tratados, até que, em 1833, chegou-se a um acôrdo final, que se pode considerar como de fato a Zollverein.

Funcionou de 1833 até 1866, regularmente.

Havia liberdade de comércio interior e uma tarifa exterior comum para o estrangeiro; cada estado tinha voz ativa e as decisões deviam ser tomadas por unanimidade.

Como podemos facilmente notar, êsse sistema é, em tudo, igual ao adotado pelo M.C.E. Sem dúvida, é a Zollverein um substrato muito importante para o estudo do Mercado Comum, pois, como vemos, há semelhança e, em alguns casos há mesmo uma perfeita identidade entre ambos. Isto, no tocante aos sistemas econômicos adotados, não, porém, quanto aos fins seguidos, os políticos, como já mencionamos.

A primeira crítica, singela e evidente, que se poderia fazer a êsse sistema, é à questão da unanimidade de vozes para a aprovação de algumas resoluções. Fatalmente teria de causar dificuldades, como, de fato, causou: impedia o desenvolvimento da unificação.

Durante o período de guerra com a Áustria (1866), o tratado, em linhas gerais, foi mantido, tendo a Prússia suprimido somente as concessões aduaneiras. Depois da guerra, continuou o tratado a vigorar.

Por fim, em 1861, corrigindo aquela falha por nós já comentada, deu-se nova estrutura ao tratado: a) criou-se um conselho aduaneiro; b) criou-se um órgão executivo composto de delegados dos diferentes estados; c) instalou-se um Parlamento aduaneiro, constituído de membros eleitos pelo voto direto, e cujas decisões eram tomadas pela maioria, só se reunindo, porém, por convocação do rei da Prússia (nota-se aqui, já, uma influência política); d) aboliu-se o monopólio e outras preferências. A Zollverein transformou-se num sistema centralizado, dirigido pela Prússia.

Êsses acontecimentos, êsses fatos relacionados à Zollverein podem ser analisados pelos mais variados pontos de vista.

Sumariamente, depreendemos deles que o alargamento do mercado consumidor acarretou uma grande expansão econômica. O progresso da atividade econômica, favorecido pelo maior alcance do mercado, determinou um desenvolvimento da indústria de base. Construíram-se meios de comunicação. Intensificou-se o comércio. Ele-

vou-se o nível de vida rapidamente; contudo, não podemos deixar de ter em mente o fator político, que fêz surgir o econômico. A unificação econômica, neste caso, foi mera cobertura, um meio para atingir um fim político. Ofensivo.

Bem mais próximo de nós temos a Benelux, isto é, a união entre a Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

A sua instituição remonta a 1943; convencionou-se, porém, que sua entrada em vigor estaria subordinada a certa coordenação política, entre os três países, que ocasionasse efeitos no campo econômico e social.

Sòmente a partir de 1948 deu-se a supressão de todos os direitos aduaneiros e a aplicação de uma tarifa comum para as mercadorias estrangeiras. Em 1949, estabeleceu-se um acôrdo para a extinção das restrições quantitativas.

Devemos convir que, desde logo, os três estados tiveram a seu favor um fator muito importante: a divergência, a diversificação que existia entre as economias. Uma supria a deficiência da outra. Eram complementares. Sem dúvida, foi um elemento do sucesso da operação.

Os estados membros da Benelux procuraram fomentar uma união econômica entre si, na esperança de obter os mesmos estupendos resultados atingidos pelos Estados Unidos, cujo mercado interno veio comprovar que só o incremento das vendas, mediante produção em série, e em larga escala, e a preços baixos, é que força a elevação do poder aquisitivo de milhões de consumidores em potência, sem barreiras alfandegárias.

Quanto à C.E.C.A.¹, é um exemplo de união de recursos e de mercados, dentro de um domínio restrito e sob o contrôle de uma autoridade especializada.

O tratado foi assinado em 1951 pelos mesmos países de que se compõe o M.C.E.

Por meio dêste tratado procura-se equilibrar, não só o mercado consumidor, como também a produção.

1. Comunidade Européia do Carvão e do Aço.

Aqui, também não é possível dissociar o objetivo político do objetivo econômico.

É inegável, e ninguém a desconhece, a importância, na época atual, do carvão e do aço na economia moderna. Economia de guerra. Voltada exclusivamente, essencialmente, para fins militares.

É, também, manifesto o receio dos países europeus centrais, ante o crescente poderio bélico que está se concentrando na Europa Oriental. O problema alemão é inquietador.

Segundo Robert Schuman, a união da produção de carvão e aço assegurará o estabelecimento de bases comuns de desenvolvimento econômico, primeira etapa da federação européia, e mudará o destino destas áreas que, sempre voltadas para a construção de engenhos bélicos, têm sido as suas vítimas mais constantes.

Tal solidariedade mostrará que toda guerra, entre a França e a Alemanha, se tornará incogitável e materialmente impossível.

Contudo, a fusão dos mercados é uma realidade, e a abolição das restrições quantitativas, assim como a dos direitos aduaneiros operaram-se, a princípio, sem qualquer consequência molesta; porém, notícias da Bélgica dão-nos conta das primeiras manifestações de desagrado, de descontentamento contra a C.E.C.A. Mais do que uma simples crise interna, nacional, esse fato representa um estremecimento na estrutura do M.C.E.

Esse, por fim, é, em ordem cronológica, o mais próximo dos antecedentes do Mercado Comum Europeu.

A situação da Europa e o mercado comum europeu

A segunda guerra mundial acelerou o declínio da Europa no concerto econômico internacional. Estimulado desde o fim do século XIX pela segunda revolução industrial, que substituiu o carvão pelo petróleo, como fonte principal de energia térmica, esse movimento foi ampliado pela guerra de 14-18, pela crise de 1929, surgindo, clara-

mente, em 1946, pela divisão do globo em dois blocos antagônicos, separados por pequenos países devastados por cinco anos de luta armada e de ocupação pelo inimigo.

Conscientes da sua situação, êsses pequenos países compreenderam que isoladamente nada conseguiriam. Era preciso formar grupos que pudessem equilibrar a situação política, econômica e social.

Com o equipamento industrial desmantelado ou obsoleto, com um potencial agrícola fortemente reduzido, com capitais esgotados, não constituíam um mercado suficiente; eram incapazes de proceder a investimentos necessários à modernização de seus equipamentos.

Estavam condenados, pois, por isso, a uma produtividade global insuficiente, que punha em perigo a sua própria independência.

Tudo isso, como é lógico, teve grandes repercussões. O nível de vida dos países europeus era baixíssimo, o poder aquisitivo mínimo. Criou-se o problema da insatisfação dos desejos. A economia estava à beira do desequilíbrio total. Ao lado desse fato há, ainda, o tardio desenvolvimento técnico como já aludimos, o equipamento era rudimentar, antigo; a especialização, evidentemente, pela não racionalização do trabalho, era atrasada, era demorada. — Devemos dizer que em tôdas essas considerações por nós expendidas, tomamos, como paralelo, a situação dos Estados Unidos. — A disparidade é flagrante.

Aqui, de novo, a causa política vai motivar uma nova atitude econômica.

Ora, como já dissemos, depois da segunda grande guerra, o mundo como que se dividiu dicotômica-mente; de um lado os Estados Unidos, fortes, liberais, democráticos, do outro a Rússia, não menos forte, mas totalitária, comunista, e o que é mais importante, estendendo ramificações e tentáculos na Europa Ocidental.

É evidente que a situação preocupasse aos Estados Unidos. Estava sendo ameaçada a segurança do mundo ocidental.

A precária situação econômica poderia levar ao descontentamento e à revolta as populações européias. Urgia remediar, sanar aquela situação.

Equilibrando economicamente aquela área, os Estados Unidos poderiam assegurar um período de paz social, e poderiam estar seguros da adesão total da Europa ao mundo ocidental.

Outro fator contribuiu para alarmar, ainda mais, os países da Europa Ocidental: enquanto esta, rapidamente, se desarmara, grandes forças militares russas permaneciam no coração da Europa. Celebram-se os primeiros pactos políticos defensivos, e, depois, começam a surgir tratados visando a garantir o desenvolvimento econômico.

Em março de 1948, logo depois do golpe comunista levado a efeito na Checoslováquia, acertou-se uma aliança defensiva (Tratado de Bruxelas) subscrita pela Inglaterra, França e os países da Benelux; evidentemente, êsses países não eram bastante fortes para contrabalançar a força soviética e livrar a Europa de ser absorvida pelo comunismo. Buscou-se, assim, o apoio dos Estados Unidos.

Em abril de 1949, Estados Unidos, Canadá, juntamente com Itália, Noruega, Dinamarca, Holanda e Portugal, aderiram aos cinco estados de Bruxelas. E surgiu a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN).

Os aliados comprometeram-se a oferecer resistência conjunta a qualquer ato que contra êles, na Europa, ou contra as forças estacionadas na Alemanha, fôsse tentado. Mais tarde, ao lado dêles formaram a Grécia e a Turquia (1952), a Alemanha Ocidental (1953) e a Itália.

Com a união da Inglaterra, França, Itália, Alemanha e os países de Bruxelas, criou-se a União Européia Ocidental. Seus membros eram aliados da OTAN, mas esta união tinha por objetivo tomar precaução contra o ressurgimento da agressividade alemã; os sete estados concordaram em limitar a potencialidade de suas forças na Europa Continen-

tal e elaborar um sistema de contrôles para que não se violessem esses limites, além de outros compromissos. Dessa forma, a U.E.O. não é mais que um dos vários novos vínculos existentes entre os países da Europa Ocidental.

Concomitantemente, depois do agitado período de conflagração mundial, Washington pôs em ação o Plano Marshall. Foi seu criador o famoso general George Marshall, na célebre declaração de Harvard, a 5 de julho de 1947. Contribuiu o Plano Marshall para mobilizar, em conjunto, a economia dos países ocidentais europeus devastados pela guerra; procurava reestruturar a Europa, restaurando rapidamente os fatores básicos de suas indústrias, de modo a torná-la em região economicamente sólida, capaz de sustentar uma estrutura social e política equilibrada.

Reconstruída, econômica, social e politicamente, ficaria a Europa Ocidental habilitada a preparar suas armas de defesa contra a invasão política e militar dos soviéticos.

Os Estados Unidos custearam a recomposição econômica da Europa com partes das sobras, que anualmente se verificaram naquele país, entre a renda nacional e o consumo de suas populações; fortaleceram os antigos aliados para a resistência contra a pressão soviética, reconstruíram o bloco econômico com que sempre mantiveram as melhores relações comerciais e, dessa forma, constituíram um novo e poderoso fator para garantia da paz mundial. Recomposta a Europa, recuperaram o considerável mercado para suas exportações.²

Esse plano levou à criação da Organização Europeia de Cooperação Econômica (O.E.C.E.), em 1948.

Para atingir os objetivos que lhe foram traçados, e que eram, entre outros, o de restaurar a prosperidade da Europa, a fim de melhorar o bem-estar da sua população, de salvaguardar as liberdades individuais e contribuir para a manutenção da paz, cumpria, à O.E.C.E., considerar a

2. ROBERTO SIMONSEN, *passim* in Discursos.

interdependência das economias dos países europeus e estabelecer entre êles uma cooperação estrita e durável.

A O.E.C.E agrupava todos os países da Europa Ocidental: procurou-se fomentar as trocas, suprimindo, progressivamente, as restrições à importação e diminuindo os direitos aduaneiros, um dos meios para ativar o protecionismo nacional.

Não se cuidava de criar um bloco autárquico, suficiente a si mesmo, e que se recusasse a manter permutas com o estrangeiro, fórmula perigosa e inexecuível. Já a Itália fascista e a Alemanha hitlerista haviam falhado nesse objetivo.

O escopo, na verdade, era, apenas, o de criar vasto mercado único, no seio do qual seriam colocados, em comum, todos os recursos minerais, agrícolas e industriais dos países membros, e que permitisse a redistribuição das forças produtivas, tornando possível a racionalização da produção e a melhoria da produtividade. O exemplo dos Estados Unidos, bem como o da Rússia, demonstra que o alvo não é inatingível. O mercado de 200 milhões de consumidores, maior que os Estados Unidos, asseguraria o aumento da produção e a redução do preço de custo.

A Rússia foi convidada a fazer parte da O.E.C.E., mas se recusou, alegando que não podia associar-se a uma organização que estava ligada ao Plano Marshall, e que surgia como uma tentativa do capital americano de apoderar-se da economia européia.

Contudo, o Plano Marshall atendeu aos interesses econômicos americanos também; era um círculo vicioso; os Estados Unidos inundavam a Europa de dólares como empréstimo, como doações, e êsses mesmos dólares eram canalizados para os E.E.UU. pela venda de maquinaria e de outros produtos americanos.

Os maiores estadistas europeus voltaram suas vistas para êsse problema, entre êles Winston Churchill, que lança em Fulton e em Zurique a idéia de uma formação européia e uma economia continental desembaraçadas de barreiras aduaneiras.

Em 1947, apareceu o Conselho da Europa. Todos os países enviam ministros e membros de seus parlamentos ao Conselho, localizado em Strasbourg.

Outros grupos menores foram criados, surgindo vínculos mais estreitos de colaboração, como o grupo formado pelos países escandinavos e a Benelux. A Benelux, união aduaneira e econômica entre a Bélgica, Holanda e Luxemburgo, entrou em vigor em 1948 e foi um dos primeiros passos para a aglutinação européia.

Procurou-se, então, dirigir a reunião européia, fundindo-se os mercados, pela integração econômica. Êste parece um meio bastante ambicioso, contudo, menos seguro, para o desenvolvimento do comércio e do nível de vida.

Intentou-se colocar em comum alguns recursos por uma coordenação de esforços; partiu-se da integração setor por setor. Criou-se a Comunidade Européia de Carvão e Aço (CECA), com sede em Luxemburgo e que agrupava, já, os seis países do Mercado Comum.

Porém, como é fácil deprender, a integração, setor por setor, não poderia dar resultados senão limitados. Seu campo de aplicação sendo limitado, não tendo ligações com outros campos da economia, fazia periclitir toda ação de conjunto, impedindo um maior equilíbrio.

Surge, então, o Plano Spaak que é na realidade, a primeira medida efetiva para concretização do M.C.E.

O GATT (General Agreement on Tariff and Trade) reconheceu da seguinte maneira a possibilidade de amplificar o mercado; uma zona de livre troca, onde cada estado conserva para os países não membros sua tarifa aduaneira, ou, então, a supressão de toda restrição às trocas entre os estados membros e a instituição de uma tarifa aduaneira comum destes estados para com terceiros estados.

Portanto, inicialmente, o Mercado Comum tinha um objetivo bastante limitado: correspondia à supressão de barreiras aduaneiras internas.

Depois do tratado de Roma a noção de mercado comum reforçou-se; tornou-se uma forma especial de união aduaneira.

Trata-se de uma união aduaneira que se preocupa não somente com as barreiras aduaneiras entre os estados, mas com o real equilíbrio de forças entre os participantes e as possibilidades de reação econômica e social no interior de cada um desses participantes.

O tratado de Roma encontra-se, assim, na confluência de dois movimentos eclodidos na Europa de após-guerra: o político e o econômico. A aproximação dos países e a dilatação dos mercados.

Finalmente, devemos mencionar uma das mais importantes reuniões político-econômicas, que é a Euratom. Isto, porque é sabida a importância da energia atômica atualmente.

Num futuro bem próximo, transformará todos os métodos aplicados até aqui na indústria como fonte de energia. Se a utilização de energia atômica no campo pacífico é de tal monta, o que dizer no campo bélico?

Firmada juntamente com o tratado que instituiu a C.E.E., a união européia atômica (Euratom) entrou em vigor a 1 de janeiro de 1959. Com isso instaurou-se um mercado comum nuclear, suprimindo entre os seis países membros as tarifas aduaneiras sobre os reatores, os combustíveis, certas matérias primas, e outras interessando à construção e à utilização de instalações atômicas.

Ao mesmo tempo, a Euratom estabeleceu, também, uma tarifa exterior comum sobre esses produtos.

Considerações sobre a extensão dos mercados

Indiscutivelmente, a extensão do mercado traz grandes benefícios à economia.

Os mercados limitados apresentam uma série de inconvenientes, destacando-se o natural lento desenvolvimento do progresso técnico. Não havendo uma demanda maior

dos produtos, não há incremento na produção, não há aperfeiçoamento na técnica, não há racionalização na distribuição.

Um mercado vasto, por outro lado, fomenta, incentiva a produtividade, racionaliza a produção, barateia o custo e aumenta a procura.

Merecem ser citadas a organização do trabalho e a estrutura da empresa num grande mercado.

Havendo certeza da colocação do produto, havendo consumidores garantidos, produz-se à grande, produz-se em série.

Outro problema importante é o do “chômage”. O “chômage” das máquinas e o “chômage” do pessoal.

Um mercado maior permitiria a utilização das máquinas de maneira mais rendosa, possibilitaria o seu pleno aproveitamento, o que não ocorre, atualmente, na Europa.

O mesmo se dá com os empregados; milhares de indivíduos, com o aumento da produção pelo seu barateamento, obterão empregos, dada a liberdade entre os estados membros, e poderão migrar, obter melhores condições para o desenvolvimento das suas atividades.

A produção em série permite o barateamento no preço de custo; gera a especialização; o operário especializado produz mais, com maior rapidez e perfeição.

Esses dois fatores, a produção em série e a especialização, tendem a abaixar o preço de custo; abaixando o preço de custo, o preço de venda será também mais baixo; esse produto, que antes só poderia ser comprado por determinado número de pessoas, vai pôr-se ao alcance do poder aquisitivo de milhares de outras. Há uma extensão, há uma difusão do produto. Esse bem econômico aquietta os desejos dessas pessoas, mas cria inúmeros outros; aumenta a procura; faz surgir a concorrência que permite ao consumidor obter as vantagens que esse mercado vasto oferece ao produtor. Surgem as grandes empresas. Somente um grande mercado pode acelerar o desenvolvimento das mesmas e estimular a livre concorrência.

O grande mercado é um fator de progresso econômico e contribui para elevar o nível de vida.

Esse fator de desenvolvimento, de estímulo, que é o mercado extenso, não se limita, unicamente, às emprêsas. Reflete na própria vida de uma região, de um país, pois, assegurada a livre circulação de produtos, de homens, de capitais — como é o caso do M.C.E. — busca-se uma repartição da atividade econômica que mais se aproxime das necessidades de cada país.

É evidente, pois, que com tôdas essas vantagens que apresenta um vasto mercado, tenha êle sempre sido procurado, e com muito mais razão agora, pelos países da Europa de após-guerra, que, como já mostramos, apresentavam-se com a economia desbaratada, ao lado de poder aquisitivo reduzido e de baixo nível de vida.

Do mercado comum europeu

“Il faut poursuivre le développement d’une Europe unie par le développement d’institutions communes, la fusion progressive des économies nationales, la création d’un marché commun et l’harmonisation progressive de leurs politiques sociales”.

Este foi o comunicado final entregue pelos ministros das Relações Exteriores dos seis países que compõem a C.E.C.A. Reavivou-se a idéia de criar um grande mercado comum europeu.

Pelo que se lê, percebe-se a ligação da união econômica e do movimento político de unificação européia, em redor da idéia de um mercado comum, que contaria com a participação dos mesmos seis que compõem a C.E.C.A.

Passou-se do plano ideal, para o plano técnico e prático. Deliberou-se que sem um estudo prévio, regulando certas dificuldades naturais que iriam surgir, não seria possível pôr em prática êsse plano.

Podemos citar alguns dos pontos que foram estudados, revelando, depois de aplainadas as dificuldades, a boa vontade e mesmo o interêsse que êsses países europeus

tinham em apoiar e efetivar o plano de um mercado comum. Tais são: a supressão progressiva dos obstáculos às trocas, e as medidas apropriadas para unificar o regime aduaneiro dos países membros ao de outros países; a harmonização da política financeira, econômica e social dos países participantes; a criação de fundos de readaptação e o estabelecimento progressivo da livre circulação da mão-de-obra; a elaboração de regras de concorrência, excluindo a discriminação nacional — protecionismo —; a criação de um fundo de investimento para facilitar o desenvolvimento de regiões menos favorecidas.

Como podemos ver, os problemas cruciais europeus seriam atacados pelo Mercado Comum.

Enquanto isso, estudos outros estavam sendo feitos. Aguardava-se o relatório de Spaak — grande ministro belga.

Esse relatório referia-se aos trabalhos de uma comissão de delegados nomeados pelos países, e seria a base da agenda das negociações finais. Somente em abril de 1956 foi que os chefes de delegações puderam dar à luz o relatório preliminar.

Os seis ministros reuniram-se em Veneza, em maio de 1956, e adotaram-no como base de redação do futuro tratado.

Esse relatório, que foi, assim, o primeiro passo efetivo para a concretização do M.C.E., chamado Spaak, (pois, êste era o presidente da comissão) apresenta entre outros, os seguintes princípios:

“L’objet d’un marché commun européen doit être de créer une vaste zone de politique économique commune constituant une puissante unité de production et permettant une expansion continue, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et le développement de relations harmonieuses entre les Etats qu’il réunit.

“Les avantages (dans le domaine technique de la production) d’un Marché Commun ne peuvent cependant être obtenus que si des délais sont accordés et des moyens

collectivement dégagés pour permettre les adaptations nécessaires, s'il est mis fin aux pratiques par lesquelles la concurrence est faussée entre les producteurs, et s'il élabore une coopération des Etats pour assurer la stabilité monétaire, l'expansion économique et le progrès social. Telle est la raison fondamentale pour laquelle, si souhaitable que puisse apparaître en théorie une libération du commerce à l'échelle mondiale, un véritable Marché Commun n'est finalement réalisable qu'entre un group limité d'Etats qu'on souhaitera aussi large que possible...

Le Marché Commun ne peut être que régional, c'est-à-dire, établi entre des Etats qui se sentent assez près les uns des autres pour apporter dans leur législation les ajustements appropriés et pour faire prévaloir dans leur politique la solidarité nécessaire”.

Já se tinha dado um primeiro passo.

Sobrevieram, porém, vários problemas com a França, por exemplo, pois não tinha sido resolvida a questão dos territórios de além-mar; contudo, removeram-se aos poucos os últimos obstáculos, sendo realizada em 1957, em Paris, uma reunião da qual resultou um acôrdo definindo os objetivos e as modalidades provisórias de aplicação.

Por fim, o tratado foi assinado, em Roma, a 25 de março de 1957, subscrevendo-o: Alemanha, França, Itália e os países da Benelux. Sua denominação oficial é Comunidade Econômica Européia (C.E.E.).

Sua extensão é mais ou menos a dos EE.UU., incluídos os territórios franceses de ultramar e o Congo Belga.

Sua população está por volta de 200 milhões de habitantes, rivalizando com os mercados americano e soviético.

Em poder econômico, será a segunda unidade econômica do globo na produção de muitos artigos industriais, (só os EE.UU. levam vantagem na do aço, automóveis e navios mercantes) e a terceira (depois dos EE.UU. e Rússia) na produção de carvão e energia nuclear.

O órgão executivo supremo da comunidade é o Conselho de Ministros, cujas decisões, em certos casos, devem ser unânimes.

O órgão executivo permanente é a Comissão Económica Européia. O órgão diretor é a Assembléia Parlamentar Européia, composta de 78 membros dos parlamentos das 6 nações membros.

Um tribunal especial resolverá, mediante arbitragem, as disputas entre os membros, constituindo-se, assim, no judiciário.

Provisoriamente, o domicílio da Comunidade é em Bruxelas.

Esse famoso acôrdo consta de 248 artigos acompanhados por inúmeros anexos e separatas.

É dividido em seis partes principais: do artigo 1.º ao 8.º trata dos princípios gerais; do 9.º ao 84.º, das bases da comunidade; do 85.º ao 130.º, das suas várias disposições; do 131.º ao 136.º, dos territórios de além-mar; do 137.º ao 209.º, das suas instituições, dos seus órgãos fundamentais, e, finalmente, do 210.º ao 248.º, das disposições gerais.

O tratado, assinado em 1957, entrou em vigor somente a 1 de janeiro de 1958.

Com êsse importante acontecimento, conforme o previsto no próprio tratado, deu-se início a um período transitório de 12 a 15 anos, em que serão processadas adaptações sucessivas, até serem alcançados os objetivos finais da comunidade.

Estão previstas várias fases que dividem êsse período em três etapas, de 4 anos cada uma. Em cada uma das etapas, haverá uma série de modificações visando à gradativa eliminação dos obstáculos à importação, e, bem assim, à aproximação econômica, social e política.

Analisando o contexto do tratado, podemos observar que o mesmo prevê: a) eliminação de direitos aduaneiros e de restrições quantitativas à entrada e saída de mercadorias, bem como, de quaisquer outras medidas de efeito equivalente, entre os Estados membros. Foi pre-

visto um período de transição de doze anos, durante o qual se processará, progressivamente, a eliminação das barreiras tarifárias entre as nações da Comunidade. As reduções tarifárias deverão atingir a 25% ao fim dos primeiros quatro anos e a 50% ao fim do quadriênio seguinte. O ritmo das reduções no quadriênio final foi confiado à autoridade de um Conselho constituído de representantes dos estados membros, ao qual incumbirá, permanentemente, a coordenação das políticas económicas gerais desses países; b) estabelecimento de uma tarifa aduaneira comum e de uma política comercial comum, em relação aos estados não membros; c) abolição de obstáculos à livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais entre os estados membros; d) instauração de uma política comum nos domínios da agricultura e dos transportes; e) estabelecimento de um regime que impeça o falseamento da concorrência no mercado comum; f) aplicação de processos que permitam, coordenação das políticas económicas dos estados membros e lhes possibilitem fazer face aos desequilíbrios do seu balanço de pagamentos; g) aproximação das legislações nacionais na medida necessária ao funcionamento do mercado comum; h) criação de um Fundo Social Europeu, com vistas à melhoria das possibilidades de emprego e com o fim de contribuir para a elevação do nível de vida dos trabalhadores; i) criação de um Banco Europeu de Investimentos, destinado a facilitar a expansão de novas actividades económicas nos países da Comunidade; j) associação dos países e territórios de ultramar, com o fito de aumentar as trocas; k) realizações de esforços comuns de desenvolvimento económico e social.

Observaremos alguns aspectos desse plano que se nos afiguram mais importantes, bem como interessantes para um comentário mais demorado, ainda que superficial.

A base, o ponto primeiro do tratado, como vemos, é a eliminação das barreiras, paulatina, é claro, e das restrições quantitativas.

Primeiramente, quanto aos *produtos*.

Como já dissemos, o tratado instituiu um período de 12 a 15 anos para alcançar suas finalidades; algumas das medidas propugnadas como objetivos, ou — para usar de uma expressão muito corrente hoje em dia — como metas, são, contudo, tomadas por etapas; essas metas, assim, devem ser atingidas em três ou quatro anos, prazo êsse elástico, que poderá ser aumentado, caso não tenha sido conseguido o fim desejado.

Essas etapas traduzem um interêsse efetivo para implementação do Mercado Comum, pois a continuidade é indispensável para permitir as necessárias adaptações; são verdadeiros laços que ligam dois períodos; o de hesitação, de incerteza, de experimentação, que corresponde ao período que logo se seguiu ao tratado e em que, começando o mecanismo a engrenar, asseguraria o desenvolvimento político, econômico e social, e o segundo período, o em que despontarão os primeiros frutos dêsse entrelaçamento, na verificação do progresso realizado nos diferentes setores do tratado.

Êsse laço é constituído pela passagem da primeira para a segunda etapa do período do Mercado Comum. Aí, então, é que a libertação do comércio estará subordinada à efetiva constatação do progresso de alguns pontos, que são condições para o bom funcionamento do Mercado.

O protecionismo aos produtos nacionais, pelo M.C.E., deverá desaparecer e para isso concorrem duas medidas principais; a gradativa diminuição das tarifas aduaneiras, e outras disposições que objetivam aumentar o preço dos produtos estrangeiros no mercado nacional. Com isso, ficando os produtos nacionais mais baratos, vencem a concorrência, ante a procura, com os produtos estrangeiros; procura-se também, aos poucos, diminuir as restrições quantitativas, isto é, aquelas restrições que se fazem para evitar uma plethora de produtos alienígenas, absorvendo todo o mercado consumidor.

Os países membros deliberaram liberar as trocas e objetivando, igualmente, incrementar o comércio, decidi-

ram diminuir os direitos aduaneiros. Para os países que não fazem parte do grupo dos seis foi estipulada uma tarifa aduaneira comum sôbre os produtos importados.

Ora, como logo se depreende, o escopo dessas medidas foi o de solidificar as bases de uma economia unida, evitando que as fôrças econômicas, de fora do M.C.E., tomassem outro caminho e se lançassem a outros mercados. É esta uma das distinções entre o M.C.E. e a Zona de Livre Troca.

O grupo de nações que compõe o M.C.E., comprometeu-se a não introduzir novas medidas visando a reforçar as restrições existentes, desde a liberação realizada depois de decisões tomadas pela O.E.C.E., e a manter o nível de liberação estabelecido pelo Conselho da O.E.C.E. em 1955, isto é, 90% do comércio privado, tendo como referência o ano de 1948.

A supressão das restrições quantitativas deverá ser feita por partes. Durante o primeiro ano, as restrições bilaterais vão se transformar em globais, abrindo os países, mais amplamente, suas fronteiras.

As restrições quantitativas, quanto à exportação, deverão ser abolidas, tendo sido estipulado, para o seu desaparecimento, um prazo de quatro anos, o que não impede, por outro lado, que, se um setor ou uma economia nacional, se encontrar em situação que permita acelerar o processo de liberação, seja êle apoiado e incentivado pelos estados membros, coisa que um órgão importante do Mercado, que é o Conselho, não só aprovará, como tudo fará para efetivar.

Verificamos, assim, que o tratado procurou aplinar uma das arestas que dificultava o intercâmbio, ou seja, as restrições quantitativas, que impedem ou freiam o volume de negócios com países estrangeiros.

No pertinente às tarifas aduaneiras internas, a criação de novos direitos aduaneiros, bem como a majoração dos antigos, são proibidas. Ao contrário disso, devem ser suprimidas progressivamente, isto é, também seu desaparecimento se processará por etapas.

Assim, no fim do primeiro ano da primeira etapa, um novo direito aduaneiro sôbre cada produto deve ser fixado pelos estados membros, direito êsse igual ao direito de base diminuído de 10%. Com isso, os estados constituirão uma barreira aduaneira comum. Sem dúvida, forçará os estados a tomarem medidas que assegurarão verdadeira comunidade econômica.

Em que consistem as *tarifas aduaneiras comuns*?

Obtêm-se as tarifas aduaneiras comuns, através da média aritmética dos direitos de base, isto é, dos direitos aplicados pelos estados membros a 1.º de janeiro de 1957. O que caracteriza essa operação é a sua natureza definitiva e irreversível. A primeira foi efetuada em 1.º de janeiro de 1959.

Com isso procura-se intensificar as trocas comerciais entre os países membros e os outros países, e dar livre curso à concorrência, estimulando a competição empresarial; assegura-se o desenvolvimento das indústrias; busca-se harmonizar a racionalização no processo produtivo e a expansão do mercado consumidor.

Até aqui, tratamos dos produtos industriais. Contudo, o M.C.E. não poderia deixar de dar atenção a uma parte importante da economia, que é a agricultura. Por isso, trata, também, dos *produtos agrícolas*.

Os estados membros procederão a uma redução de 10% nos direitos aduaneiros, nas mesmas condições reservadas aos produtos industriais.

Falamos, já, dos produtos industriais e agrícolas. Agora, nos ocuparemos, com a mesma superficialidade e rapidez, das *pessoas, emprêsas* e dos *serviços*.

Como complementação importante e necessária para a circulação livre dos produtos, o M.C.E. prevê, também, a livre circulação de pessoas. Não nos devemos esquecer do fator demográfico no processo de produção; o fator humano na produção, isto é, o fator trabalho.

Quando há mais mão-de-obra, quando não há problemas no que respeita ao empregado, há maior produtivi-

dade, aperfeiçoam-se os métodos de racionalização do trabalho; graças a isso o preço de custo é mais barato. O preço de venda é mais acessível. O bem econômico está ao alcance de maior número de pessoas. Há maior procura. Vai assim se desenvolvendo a economia. Foi visando a êstes fatos que, também a êsse ponto, acenou o tratado.

Ao fim de um período transitório, deverão ser abolidas as discriminações baseadas na nacionalidade dos trabalhadores, como também na oferta, na remuneração e nas condições de trabalho. Cuida-se, dêste modo, de assegurar o equilíbrio entre a oferta e a procura de emprêgo, pois, a simples liberação das pessoas, não soluciona o problema. Assim, por exemplo, se houver o afluxo de empregados a uma determinada região e não havendo êsse equilíbrio propugnado, a remuneração seria baixa, sobreviria o problema do desemprego, e com isso um desequilíbrio, agora não só econômico, como também social.

Para evitar isso, busca-se desenvolver a troca de trabalhadores.

O trabalhador estará protegido socialmente, pois, êsses que emigram, terão sua situação regularizada pelo Conselho. Criar-se-á um sistema pelo qual se somam todos os períodos de trabalho considerados pelas diferentes legislações nacionais e far-se-á a verificação dos direitos que o trabalhador tem e que assegurarão o seu pagamento.

Outro fator que, por interêsses nacionais, está sendo cerceado, diz respeito aos investimentos, aos estabelecimentos. Limita-se, com êste fato, a circulação das pessoas; ora, isto é uma contradição. Assim como se procura, parcialmente, eliminar essa limitação, também o mesmo se dá no que diz com os investimentos. Temos a supressão total das restrições à liberdade de estabelecimento quanto aos estados membros. Contudo, essa supressão geral, conforme consta do tratado, somente no fim da primeira etapa do processo é que deverá ser estabelecida pelo Conselho, em deliberação unânime.

A rivalidade econômica européia

A Grã-Bretanha recusou-se a entrar no M.C.E.; isto ameaça dividir a Europa Ocidental em dois campos hostis, economicamente. Referindo-se ao Mercado Comum, a Inglaterra classifica-o como sendo uma espécie de “club particular” que tomara medidas em beneficio dos seus países membros, mas em prejuizo dos demais do Ocidente.

Segundo a Grã-Bretanha, o Mercado Comum é um fator de divisão na Europa, porque seu sistema tarifário tornará muito difícil para ela e para outros países ocidentais, o vender mercadorias aos participantes da comunidade dos seis.

Propôs, em razão disso, fôsse aumentado o Mercado Comum. Poderia êle ser composto de 15 membros — os que fazem parte da O.E.C.E.

As nações da C.E.E. desaprovaram a sugestão da Inglaterra de estabelecer na Europa uma zona comercial livre; fizeram sentir que a Inglaterra não poderia receber um tratamento especial no continente europeu, uma vez que se nega a renunciar ao sistema mundial de preferências do império.

A França e a Alemanha receavam que, implantada a zona comercial livre, sendo ela despida de idéias políticas, dizendo respeito a objetivos exclusivamente econômicos, receavam perder tôda a esperança de formar-se uma comunidade política ampla, na Europa. Sim, porque a zona de livre troca seria um mercado onde as trocas se fariam sem haver uma política comum.

Tendo regras e instituições comuns, a C.E.E. poderá permitir a elaboração progressiva de uma política comum para favorecer um crescente progresso econômico.

É nítida, portanto, a diferença entre o M.C.E. e a Zona de Livre Troca.

No Mercado Comum há a supressão dos direitos aduaneiros entre os estados membros, além da unificação das

tarifas com o exterior; essa unificação não existe na Zona de Livre Troca.

No Mercado Comum procura-se, também, encontrar um equilíbrio nos pagamentos internacionais dos estados membros; ora, isto exige uma coordenação nas respectivas políticas monetárias e fiscais, e, mais, uma política comum quanto ao comércio externo entre o grupo dos seis.

Evidentemente, tôda esta situação, todo êste emaranhado de medidas, só poderia ser administrado por organismos que se colocassem acima dos interêsses nacionais, órgãos êsses, necessariamente, autônomos. Com a Zona de Livre Troca isso não se dá; não se espera a criação de tais organismos, mas se espera que êsses países não abdicuem de seu direito de negociar tratados comerciais, de negociar acordos de pagamento, e outros, diretamente com terceiros países.

Ainda, na C.E.E., as tarifas para com terceiros países são uniformes, enquanto que as tarifas internas serão eliminadas, por completo, ao cabo de um período de transição, não havendo a necessidade de identificar as mercadorias por países de origem. Enquanto isso, é imperiosa essa medida para evitar fraude, mediante desvio das mercadorias, quando cada país conserva suas próprias tarifas a respeito de terceiros, como na Zona de Comércio Livre.

O problema da América do Sul

Ao sul-americano, a observação dos fatos que dizem respeito à integração econômica européia tem grande importância, pois, lhe possibilita um estudo demorado, visando a aproveitar o exemplo europeu, formando-se, nesse caso, o Mercado Comum da América do Sul; também é necessário atentar às repercussões que causa e que poderá vir a causar o Mercado Comum, no referente às trocas, ao desenvolvimento econômico, ao volume de investimentos, aqui, na América Latina.

Conforme procuramos demonstrar, o M.C.E. conquanto se funde em idéias econômicas, é muito mais que isso: é uma tomada de posição política comum de alguns países europeus.

Não sendo, dessa forma, um fato essencialmente econômico, difícil se torna asseverar quais as repercussões que possa ter — e é o que mais nos interessa — principalmente no que tange à América Latina. Contudo, podemos apontar algumas das tendências que essa iniciativa poderá seguir, e alguns fatores que poderão exercer influência sobre o intercâmbio latino-americano-europeu.

Se atentarmos a algumas estatísticas, notaremos uma só característica:

Exportações					Exportação para o
					M. C. E.
café (mil. de ton.)	1.960	2.100	1.800	2.093	
América do Sul	81,3	80,9	74,7	73,9	ano 1949-50
Africa (sem Egito)	14,7	13,6	17,3	19,9	Brasil 134,0
					Africa 111,7
algodão (mil. de ton.)	2.330	2.450	2.680	2.390	ano 1954-55
América do Sul	17,0	23,1	27,2	26,3	Brasil 128,1
Africa (sem Egito)	9,6	9,2	11,2	12,1	Africa 170,1
ano.....	52	53	54	55	

Em alguns produtos alimentícios e matérias primas cuja exportação africana é concorrente da América Latina, no mercado europeu, houve um aumento favorável à africana.

Com o Mercado Comum essa tendência, isto é, o aumento gradativo verificado na exportação de certos produtos africanos para a Europa, poderá ainda mais acentuar-se.

E qual seria o motivo?

Encontraríamos uma explicação no fato dos territórios de ultramar estarem praticamente incorporados ao Mercado Comum, livres de qualquer tarifa alfandegária. Essa tendência deixará de se acentuar, somente se os países

membros adotarem medidas especiais para proteger seu mercado com a América do Sul.

Por outro lado, essa diminuição das importações dos países membros estaria condicionada à inversão de capitais nos territórios. Se, por acaso, se fizesse uma grande inversão de capitais na produção de produtos primários, haveria um considerável volume desses mesmos produtos; unindo-se essa produção à de outras áreas, haveria uma oferta muito maior do que a procura no mercado mundial. Poderíamos exemplificar com dois produtos, que dizem muito de perto à estabilidade econômica brasileira: o café e o algodão.

Nessa eventualidade, a América Latina, e, no caso, o Brasil, sofreria a perda ou a gradativa contração dos mercados europeus e uma baixa no preço desses produtos, em virtude de grande oferta em outros mercados, como nos Estados Unidos, por exemplo.

Assim ao lado da preocupação da concorrência — desde logo vitoriosa — dos países do Mercado Comum com relação às nossas matérias primas e aos nossos produtos básicos, em virtude da maior disponibilidade, também o problema da evasão de capitais é de vital importância para a América Latina, não só o capital alemão, mas também dos demais países membros e dos EE.UU.

Como sabemos, tem sido bastante grande a expansão dos investimentos privados norte-americanos na Europa, pois, dessa forma, estão defendendo o próprio mercado, evitando uma possível concorrência dos países que se uniram, no que se relaciona aos produtos exportados pelos Estados Unidos.

Segundo pormenorizado estudo da CEPAL³, haverá uma repercussão danosa em nossa economia, e conseqüente queda em nossas exportações, condicionada aos fatores que acabamos de expor.

Contudo, parece-nos, essas opiniões são um tanto precipitadas.

3. Comissão Econômica Para a América Latina.

Devemos considerar — e a isso, parece, deixaram muitos de atentar — um fator muito importante: uma transformação dessa ordem não se opera de um momento para outro; é lento o seu processo, dado que uma série de fatores só se coordenam depois de um relativo espaço de tempo.

Assim, somente depois de decorrido período relativamente longo, período em que se procurou incrementar a produção, é que os territórios ultramarinos poderiam tirar algum proveito das vantagens que, em pertencendo ao M.C.E., lhe são devidas.

Talvez possamos afirmar isso, com exceção do café. O café, segundo as mais recentes estatísticas, vem num crescendo; o café africano representa hoje uma parte ponderável, relativamente a alguns anos, no quadro da exportação; cada ano ganha novos mercados e, é lógico, com o Mercado Comum, tende ainda mais a aumentar seus índices de exportações.

Contudo, relativamente aos outros produtos africanos, a possibilidade de competição com os produtos sul-americanos é limitada, ou melhor, não seria tão favorável. Principalmente, devemos convir que o volume de produção dos territórios é pequeno, não se comparando com o da América do Sul; a isso acresce o fato de que desenvolvimento dessa produção é facilitado na América Latina, onde se procura produzir cada vez mais, ao passo que êsse desenvolvimento sofre uma série de obstáculos, de impedimentos nas colônias.

Não podemos esquecer, também, que a A. Latina oferece maior oportunidade aos capitais aqui investidos. O desenvolvimento industrial das colônias ultramarinas é mínimo, frente ao da América Latina.

O continente africano presta-se, principalmente, para investimentos visando a obter matérias primas, vegetais e minerais.

Na indústria de manufatura — produtora de bens de consumo ou bens de capital — a inversão de capital supõe a existência de muitas condições prévias, que se podem

encontrar, mais facilmente, neste hemisfério do que nos territórios coloniais.

Por isso, talvez, não será tão grande a atração que os territórios venham a exercer sobre os capitais privados da Europa, pelo menos parece, dentro de curto prazo.

Pode ser, também, que o grupo dos seis resolva adotar medidas que se destinem a proteger, num futuro próximo, o intercâmbio com os países sul-americanos e outras regiões, objetivando evitar a deslocação brusca das correntes de comércio internacional.

Assim, êsse comércio seria mantido em níveis não muito inferiores aos atuais; pode ser que seja um indício dessa política econômica, o fato de terem sido feitos vários tratados, que se referem à fixação de cotas, no período de transição do M.C.E., para a importação de alguns produtos (banana pela Alemanha, café e cacau pelos países da Benelux e Itália). Dessa forma, a parte do mercado que se reserva aos produtos dos territórios, limitar-se-ia aos aumentos futuros do mercado europeu quanto aos níveis que alcançaram, atualmente, essas importações.

Devemos lembrar, ainda, que o Mercado trará um aumento da renda nacional tanto nos países europeus, como nos africanos, do que resultará maior consumo e, conseqüentemente, um desenvolvimento nas trocas internacionais, do qual só poderá sair beneficiada a América do Sul.

Considerações finais

As repercussões do Mercado Comum não foram poucas. Na Europa houve a formação de um grupo aparentemente antagônico, liderado pela Grã-Bretanha, que é a Zona de Livre Troca, e uma das suas principais diferenças num confronto com o Mercado Comum é o fato de não ter uma linha política.

É impossível dissociar o M.C.E. do ponto de vista político. É indubitável que êle representa o primeiro passo

para a consecução de uma unidade política: os Estados Unidos da Europa.

Contudo, isso nos parece extremamente difícil de ser realizado.

É notório o poderio político-econômico dêsse grupo. Poderá, em pouco tempo, rivalizar com os Estados Unidos e com a Rússia, dada sua grande riqueza e o grande número de indivíduos que o compõe.

Na América do Sul, como não poderia deixar de ser, causou preocupação a sua instalação. Aventou-se a possibilidade da formação de um mercado regional americano do sul, possibilidade esta mesmo recomendada, em estudo recente, pela CEPAL.

Contudo, a criação de um mercado regional sul-americano, não pode ser tida como semelhante à do M.C.E. Circunstâncias peculiares que ocorreram na Europa, não ocorrem, aqui, na América do Sul.

Basta citar um fator importantíssimo, que é a complementariedade dos mercados entre os países membros do tratado; havia, também, um equilíbrio entre as compras e vendas do grupo dos seis. Ora, isto não se dá na América Latina. A maioria dos países sulamericanos — para não dizer todos — tem sua economia alicerçada ainda num único produto — monocultura — e, além do mais, muitos são concorrentes uns dos outros, como no caso do café.

Nesse caso, a implantação de um Mercado Comum, que equivaleria ao desaparecimento das menores culturas e o fortalecimento das maiores, ao invés de equilibrar a nossa vida econômica, acentuaria ainda mais o desequilíbrio.

Tudo isso, acrescido do fato de não haver, na América do Sul, um equilíbrio no intercâmbio comercial entre os países.

Tem-se procurado algumas fórmulas para conseguir-se uma integração econômica nessa região do globo; já temos dois tratados, de 10 de junho de 1958, pelos quais Honduras, Nicarágua, Guatemala, Salvador e Costa Rica, criam uma zona de livre troca para determinada lista de

produtos, que cobrirá dentro de dez anos o comércio global entre os referidos países, e, também, procuram dar novo assentamento às estruturas produtivas, com o objetivo de evitar que os investimentos se dirijam para uma única direção.

Foi dado um primeiro passo para atingir-se a integração da América do Sul.

Se a integração econômica da Europa parece ser uma tarefa árdua, cremos que a sul-americana não é menos difícil.

Procurou o Brasil tomar a frente nas negociações, buscando formar um bloco coeso americano.

A Operação Pan-Americana, sugerida pelo nosso presidente, Sr. Juscelino Kubitschek, como uma necessidade, se bem que escudada em motivos econômicos, não esconde sua finalidade política. — Falando em Operação Pan-Americana, não poderíamos, sem cometer grave injustiça, deixar de atribuir, nos termos em que atualmente foi posta, a quem de direito, sua paternidade: foi o grande Roberto Simonsen quem, há 10 anos, pregou, em várias discursos, o ideal panamericanista. Assim, essa idéia, não tem nada de novo; é apenas o aproveitamento do legado pelo grande economista e homem público.

Procura o apoio dos Estados Unidos para o desenvolvimento, para o incentivo das áreas subdesenvolvidas; com isso eleva-se o nível de vida, haverá um maior consumo, haverá demanda de produção maior, desenvolver-se-ão os meios produtivos, haverá maior emprêgo, desenvolver-se-á a economia local, beneficiando, diretamente, o país e, indiretamente, todo o grupo americano que se torna mais forte.

Porém, como diz o refrão, cá e lá más fadas há.

Esse ideal panamericanista está sendo desvirtuado, e o órgão, Comissão dos 21, encarregado de estudar o assunto e apresentar soluções, até agora ainda não o fêz satisfatòriamente.

A tentativa de realizar um mercado regional latino-americano, pelo menos nas bases em que se procura colocá-lo, malogrará.

A nós nos parece impossível e impraticável, na atual conjuntura, o estabelecimento de tal bloco continental.

É inegável que a tendência é para o agrupamento, tornando mais poderosa, sob todos os pontos de vista, uma área, uma região; no momento, porém, dadas as peculiaridades locais, achamos que tal, aqui, na América do Sul, não poderá verificar-se.

Pensamos deveria ser tentada nova fórmula.

Como acabamos de dizer, algo parecido com o Mercado Comum Europeu de forma alguma poderá ser realizado. Nem, julgamos, algo como a Zona de Livre Troca, rival daquele, na Europa.

Podêr-se-ia pensar numa forma aduaneira “sui generis”.

Visando a intensificar o comércio entre os países sul-americanos, criar-se-ia uma Zona de Livre Comércio; além de consolidar o intercâmbio tradicional, poderia fazer com que aos poucos, fôsem sendo substituídos, por produtos de países-membros, aquêles de outros países; diminuir-se-ia, ainda, paulatinamente, as tarifas aduaneiras. Ora isso ampliaria, sem dúvida, a área de competição com países externos, seria um grande impulso para o combate prático do subdesenvolvimento.

Na Europa, com o Mercado Comum a situação últimamente tem se tornado perigosa e insegura. Em muitas partes reina o descontentamento.

Podemos citar os recentes casos da Bélgica e França. Recentemente, na Bélgica eclodiu uma grande greve de mineiros, em sinal de protesto contra decisão do govêrno belga, ordenando o fechamento de algumas minas de carvão, para evitar uma crise de superprodução.

Ora, na realidade, mais do que uma crise belga, essa é uma crise do M.C.E., cujas produções de carvão e de aço foram unificadas e regulamentadas pela C.E.C.A.

Na França, com a desvalorização do franco, uma das primeiras medidas do Mercado Comum, foram criados inúmeros problemas; o custo de vida subiu, acarretando o descontentamento do povo, abalando mesmo o governo de De Gaule, como se viu nas últimas eleições. Também com relação a alguns produtos como o aço, por exemplo, determinou-se uma crise decorrente da desvalorização do franco, a qual provocou a baixa do preço do produto francês, que passou a ser um forte concorrente do aço belga e alemão, provocando outra crise no seio do Mercado Comum.

Dessa forma, a situação do M.C.E. é incerta.

Pode ser que, depois desse período de transição por que passa, a sua situação econômica seja equilibrada e consiga impor-se; contudo, parece-nos que o fim último da C.E.E., que é a unificação política, a criação de um superestado, dificilmente será atingido. Dificilmente se conseguirá sobrepor aos interesses nacionais, os interesses internacionais.

O M.C.E. está fadado a ter sua vida limitada aos países-membros, pouco ou nada influenciando na A. Latina, ou na A. do Norte, a menos que a atual situação político-econômica seja totalmente reformada.

Continuando nesta mesma orientação, a C.E.E. está destinada a ficar confinada, em importância, dentro dos estados que a compõem.

Bibliografia

- Problemas de una Unión Económica, por JAMES E. MEAD, ed. Aguiar, 1957, Madrid.
- Uniones Aduaneiras y Uniones Económicas, por JUAN SARDA, ed. Aguiar, 1952, Madrid.
- Common Sense about the Common Market, por E. STRAUSS, ed. George Allen and Unwin Ltd., 1958.

Le Marché Commun, R. du PAGE D. CÉPÈDE et M. LENGELLÉ, ed. M. th. Génin, Librairie de Médecis, 1957.

Discurso de Roberto Simonsen, in Simonsen e a OPA, publicação FIESP — CIESP, VTER, S. Paulo.

Le Marché Commun, par J. F. DENIAU, Presses Universitaires de France, 1958, Paris.

Operación Panamericana, publicação do Ministério das Relações Exteriores, 1958, Rio de Janeiro.

Panorama da Operação Pan-Americana, Conferência do Dr. EGON FELIX GOTTSCHALK, 1959, S. Paulo.

Jornais, Revistas e Magazines especializados.

Sôbre inseminação artificial humana *

Octanny Silveira da Mota

Consideração geral

Combater a esterilidade e assegurar progênie são constituem problemas que o homem defronta há séculos.

A Eugenia tem procurado atingir seus fins através de procedimentos marcados por sentido negativo (buscando impedir o casamento de prováveis portadores de recessivos prejudiciais, opondo obstáculos à união de portadores de moléstias contagiosas, desaconselhando casamento de pessoas, como os alcoólatras crônicos, incapazes de educar convenientemente os filhos).¹ Enquanto a esterilidade — vista sempre como desgraça pessoal e calamidade social — vem sendo, modernamente, combatida por métodos terapêuticos e cirúrgicos.

A inseminação artificial, de prática recente, apresenta-se, a um tempo, como arma contra a esterilidade e recurso eugênico — propõe-se proporcionar a casais infecundos filhos que lhes pertençam ao menos “a meio” e atribui sentido afirmativo à Eugenesia, abrindo-lhe caminho para atuação positiva.

A Eugenia, disse-o JIMÉNEZ DE ASÚA, “além de seu aspecto genuinamente social, oferece faceta médica de inquestionável importância e apresenta lado jurídico de

* Trabalho apresentado na Cadeira de Criminologia do Curso de Doutorado.

1. ver A. ALMEIDA JR., *Lições de Medicina Legal*; Cia. Editora Nacional, S. Paulo, 1948; pág. 252/253.

subida transcendência”;² e, com efeito, a utilização da técnica nova não se faz sem consequências jurídicas, com as quais, aliás, já se têm preocupado doutrinadores e tribunais.

Justifica-se, pois, a nosso ver, a meditação do assunto, que temos o propósito de considerar frente ao direito penal brasileiro.

Inseminação artificial e fecundação artificial não correspondem, cientificamente, ao mesmo fenômeno, embora as duas expressões sejam usualmente empregadas como sinônimas. Estritamente, só a inseminação pode ser artificial; a fecundação é sempre natural e os que lhe chamam artificial pretendem apenas significar que não resultou de conjunção carnal, ou seja, que foi produto de inseminação artificial.

Consiste esta em introdução de semen nos órgãos genitais femininos por meio diverso do contacto sexual ou “é a deposição de semen na vagina, canal cervical ou útero da mulher, por meio de instrumentos”.³

A ela se recorre quando impossível à mulher fértil conceber de seu marido, por via de cópula carnal. Remédio específico, seu uso deve ser precedido por exame do aparelho genital, tanto do homem como da mulher, a fim de identificar e, se possível, remover anomalias físicas responsáveis pela infecundidade; acompanharão tal exame procedimentos ordenados a eliminar eventuais barreiras psicológicas a uma união efetiva e, se, afinal, aconselhada a inseminação artificial, deverão anteceder-lhe testes de fecundidade.

O processo de inseminação artificial é indolor e inofensivo, importando, porém, observar condições rigorosas

2. LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Liberdade de amar e direito a morrer*, tradução portuguesa de Benjamin do Couto, Liv. Clássica Editora, Lisboa, 1929 pág. 19.

3. *Artificial human insemination*, Report of a conference held in London, on the auspices of the Public Morality Council; Wm. Heinemann Medical Books Ltd., Londres, 1948; pág. 1.

de assepsia e devendo-se fazê-lo coincidir com a fase ovulatória, por ser esta a mais favorável à fecundação. A técnica elementar — pelo menos da inseminação vaginal — pode ser facilmente ensinada ao leigo, muito embora a presença do médico seja sempre aconselhável, em face da eventualidade de contra-indicações.

O fluido seminal pode provir do próprio marido ou de terceiro; a primeira hipótese é a de auto-inseminação (denominação imprópria, mas generalizada), inseminação artificial homóloga, ou, como lhe chamam os autores de língua inglesa, A.I.H. (“artificial insemination by husband”) e a segunda, a de hétero-inseminação, inseminação artificial heteróloga, ou A.I.D. (“artificial insemination by donor”).

A inseminação artificial vaginal é a mais simples, a ela se apelando em caso de impotência “coeundi” masculina; trata-se de mera introdução de esperma na vagina da mulher. Nos casos de inseminação artificial cervical ou uterina, o procedimento pode ser ou não precedido de congresso sexual com a própria recipiente; se o fôr, o esperma será colhido na vagina da mulher e projetada mais profundamente, a fim de permitir que os espermatozoides se aproximem do óvulo.

Por ocasião de simpósio realizado em Londres, em 1946, para discutir problemas ligados à inseminação artificial humana, a médica inglesa MARY BARTON declarou — e foi a única a fazê-lo — que há cinco anos vinha realizando inseminações artificiais e, expondo sua maneira habitual de agir, esclareceu que, antes de tudo, buscava assegurar-se da estabilidade do casal interessado; explicava-lhe, depois, as consequências jurídicas do ato e insistia na importância de mantê-lo secreto; obtido consentimento escrito do casal, passavam a ter lugar os testes de fertilidade da mulher e a procura de um doador. Entre êste — de preferência homem casado, com instinto de família satisfeito — e o casal, sòmente se estabelecem relações

através do médico, que apenas proporciona a um e outras informações imprescindíveis, não sendo dado a conhecer ao doador o êxito ou malogro da tentativa.⁴

Como cautelas acessórias para manutenção do segredo, tem-se recomendado que a inseminação se faça em consultório médico, entre outras consultas e que o doador escolhido dentre pessoas de características físicas semelhantes às do marido e pertença ao mesmo grupo sanguíneo.

Com preocupação de evitar dificuldades para os intervenientes em inseminação artificial heteróloga, SEYMOUR, nos Estados Unidos, preconizou um ato notarial, segundo modelo abaixo, pelo qual marido e mulher dão fé de seu acôrdo quanto ao procedimento:

“Consentimento para inseminação artificial”

- a) Eu, . . . abaixo assinado, domiciliado em . . . , de livre e espontânea vontade, solicito ao dr. . . . que insemine artificialmente minha mulher, com esperma de homem, escolhido pelo dr. . . .

Faço tal solicitação com pleno conhecimento e inteira concordância de minha mulher, cuja autorização é dada a seguir.

O pedido é feito por não me ser possível procriar, por estarmos, minha mulher e eu, extremamente desejosos de ter um filho e porque nossa felicidade e o bem estar de minha mulher ver-se-ão, dêsse modo, favorecidos.

Impressões digitais do marido (os dois polegares)

Data e Assinatura
(firma reconhecida)

4. *Artificial human insemination*, citado; pág. 54/46.

- b) Eu, abaixo assinado, tabelião em ...
certifico que, em data de hoje, compareceu
ante mim o sr. . . ., meu conhecido, que
reconheço como a pessoa acima assinada e
que me pôs a par do que se refere a exe-
cução do consentimento supra.

Data e assinatura.

- c) Eu, abaixo assinada, subscrevo o pedido
supra de meu marido e autorizo o dr.
a inseminar-me artificialmente com espermatozoides
de homem, escolhido pelo dr.

Data e assinatura
(firma reconhecida)

Impressões digitais da mulher (os dois
polegares)

- d) o tabelião certifica novamente.⁵

Para proteção do doador, pensa WEISMAN ser prudente que o documento assinado pelos cônjuges contenha declaração eximindo-o de responsabilidade. E aconselha ainda que o doador casado obtenha consentimento da mulher.^{5-A}

O Código Sanitário da cidade de Nova Iorque (que é de 1947 e sofreu alterações em 1950) consigna disposições relativas à hétero-inseminação, que julgamos de interesse reproduzir por completo e que se referem às cautelas de ordem médica de que o procedimento deve cercar-se:

“Regras disciplinadoras do fornecimento de fluido seminal para inseminação artificial humana”

Regra 1.^a — A pessoa, cujo fluido seminal vá ser colhido para fins de inseminação artifi-

5 e 5A. RAYMOND RAMBAUR, *El drama humano de la inseminación artificial*, versão espanhola de B. CORDON BONET; Impressiones Modernas S.A., México, D. F. 1953; pág. 53/54.

cial humana, deve, por ocasião de tal colheita, submeter-se a exame médico completo, com atenção particular aos órgãos genitais.

Regra 2.^a — Tal pessoa deve submeter-se a exame serológico padrão, com vistas à pesquisas de sífilis e gonorréia, não menos de uma semana antes da colheita do fluido seminal.

Regra 3.^a — Não se admitirá como doador de fluido seminal, para fins de inseminação artificial humana, quem sofra de qualquer moléstia venérea, de tuberculose ou de infecção por micróbio da brucela.

Regra 4.^a — Não se admitirá como doador de fluido seminal, para fins de inseminação artificial humana, quem seja portador de qualquer defeito ou doença sabidamente transmissível por hereditariedade.

Regra 5.^a — Antes de se realizar a inseminação artificial, tanto o futuro doador como a futura recipiente devem ter seus sangues examinados por um laboratório de serologia, reconhecido pelo Comissário ou Junta de Saúde, para fins de pesquisa do fator Rh. Se a futura recipiente tiver Rh negativo, só será usado, para inseminação artificial, semen de homem que tenha também negativo aquele fator.

Regra 6.^a — Quando a inseminação artificial humana se realizar, o médico responsável anotar:

1. o nome do médico;
2. o nome e endereço do doador;
3. o nome e endereço da recipiente;
4. o resultado dos exames clínicos e serológicos inclusive os relativos ao fator Rh.;
5. a data da inseminação artificial.

Esses registros serão considerados confidenciais e só exibidos ao Comissário de Saúde, a

representantes da Junta de Saúde e demais pessoas autorizadas por lei. Nenhuma delas poderá, a não ser nos casos previstos em lei, divulgar quaisquer informações que permitam identificar o homem ou a mulher partes de uma inseminação artificial”.⁶

Vê-se, portanto, que, a par de discussão teórica do assunto, já há preocupação com as consequências práticas de seu emprêgo e com sua regulamentação.

Passos iniciais num campo novo.

Resenha histórica

O homem, ao que se presume, desconheceu, por largo tempo, o vínculo genético da paternidade,⁷ e esse fato explicará, talvez, o tardio aparecimento do processo, aparentemente imediato, de inseminação artificial.

Reveste contornos de lenda a afirmativa de que os árabes, já no século XIV, teriam usado meios artificiais para a reprodução de cavalos de raça. Comprovadamente, foi em fins do século XVIII que o abade LAZARO SPALLANZANI, biólogo italiano, obteve o primeiro êxito com espécie vivípara, promovendo, por inseminação artificial, a fecundação de uma cadela. Dessa forma — e era seu objetivo — destruía êle a teoria do “aura seminalis”, provando que a fecundação decorre do contacto direto entre elementos ontogênicos masculino e feminino.

A possível aplicação do experimento ao homem não passou despercebido a ROSSI, contemporâneo de SPALLANZANI⁸. E, com efeito, ainda no século XVIII (por volta

6. Citado por GLANVILLE WILLIAMS, *The sanity of life and the criminal law*; Alfred A. Knopf, publisher, N. Y. 1957, pág. 125/126.

7. A. ALMEIDA JR., *Paternidade*; Cia. Ed. Nacional, S. P. 1940; cap. V.

8. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 13/14.

de 1790, em 1795, em 1799, segundo diferentes fontes de informação) registra-se o primeiro caso de inseminação artificial humana — inseminação homóloga praticada pelo médico inglês JOHN HUNTER, utilizando semen de um marido impossibilitado de procriar, porque afetado de uma deformidade da uretra (hipospadia).

No século XIX a inseminação artificial não encontrou, ao que parece, ambiente favorável para expandir-se: RAMBAUR cita casos esparsos, assinalando, que, em geral, se aludia ao método para reprová-lo.⁹ Não obstante, o processo novo recebe a valiosa ajuda indireta dos descobrimentos de GREGORIO MENDEL, frade agostiniano, que, com suas memoráveis experiências sobre ervilhas, realizadas entre 1857 e 1864, lançou as bases da Genética, abrindo perspectiva ampla para o emprêgo da inseminação artificial.

Sòmente no século XX, entretanto, e próximo de nossos dias, começou a fazer-se comum a inseminação artificial da mulher, especialmente em países nórdicos, anglo-saxões e na Rússia. Há também notícias de sua prática na França e na Itália.¹⁰

Na Suécia, a inseminação artificial heteróloga depende de autorização de órgão administrativo; cogita-se, porém, de lei para discipliná-la, dado o vulto que vem assumindo: entre 1.º de julho de 1945 e 1.º de julho de 1947, foram feitos 417 pedidos de autorização deferidos 122.¹¹

Referindo-se aos Estados Unidos e Inglaterra, diz GLANVILLE WILLIAMS, que nesses países, “vários milhares de casamentos estéreis já se fizeram férteis por êsse meio.”¹²

Na Inglaterra, no simpósio já citado, promovido pelo “Public Morality Council” de Londres, em 1946, a médica

9. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 14.

10. M. IGLESIAS, *Abortos, eutanasia y fecundación artificial*, Dux Ediciones y Publicaciones, Barcelona, 1954; pág. 208.

11. RAYMOND RAMBAUR, pág. 44, nota. 3.

12. GLANVILLE WILLIAMS, o.c. pág. 113.

MARY BARTON, após a exposição a que atrás aludimos, estimou em trezentas as inseminações heterólogas realizadas naquele país, entre 1941 e 1946 e em milhares as inseminações homólogas ocorridas no mesmo período.¹³ Na mesma ocasião, o médico J.V. O'SULLIVAN fêz rápida alusão aos casos de inseminação artificial registrados, pondo em evidência o crescente emprêgo de processo.¹⁴

Nos Estados Unidos, ganhou êle difusão inesperada por ocasião da Segunda Guerra Mundial: numerosas esposas de combatentes foram inseminadas com esperma trazido das frentes de batalha. E diz RAMBAUR, reportando-se a informações da imprensa, que os planos do govêrno americano, para a eventualidade de um novo conflito, incluem a criação de um "Serviço de Inseminação Artificial" para atender aos desejos de casais que se separam.¹⁵

Em 1954, a revista "Time" calculava existirem, nos Estados Unidos, entre 10.000 a 40.000 "filhos de laboratório".

Há, naquele país, clínicas que se dedicam a chamada Eutelegenesia, ou seja, ao fornecimento de esperma para fins de inseminação artificial; tais clínicas anunciam suas atividades pelos jornais e selecionam fornecedores principalmente entre estudantes universitários.¹⁶ A última parte dessa referência é corroborada por RAMBAUR ao reproduzir palavras de um francês que descreveu suas impressões de viagem aos Estados Unidos (Felix Gran'Combe, "Tu viens en Amérique", P.U.F., 1949), anotando existir ali a curiosa profissão de mercadores de semen humano.

Relativamente à Espanha, diz M. IGLESIAS que a inseminação artificial constitui ali "questão antes teórica e debatida na esfera médica". Não obstante, são as seguintes as linhas que precedem essa afirmação:

13. *Artificial human insemination*, cit. págs. 45 e 48.

14. *Artificial human insemination*, cit. pág. 69.

15. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 16.

16. M. IGLESIAS, o.c., pág. 208.

“E, antes de continuarmos, convém acentuar que não se trata de assunto meramente hipotético e de uma sutileza. Se assim fôsse, pouparíamos nossos leitores e nós mesmos prescindiríamos de estudá-lo. Trata-se, porém, de realidade que abriu caminho em alguns países e da qual se fizeram eco certos setores de nossa Pátria. ”¹⁷

Acrescentemos que, na Espanha, normas deontológicas médicas condenam a prática da inseminação artificial, por estar “proibida pela moral cristã”.¹⁹

No que se refere ao Brasil, encontramos referência a três casos apenas. O primeiro dêles foi objeto de parecer do Prof. JOÃO ARRUDA¹⁹ os outros dois são relatados pelo Prof. ALMEIDA JR..²⁰

Com relação a nosso país, aliás, cremos que não só a prática, mas até a possibilidade mesma da inseminação artificial é, em geral, desconhecida.

O processo novo, ao que parece, encontrou terreno mais propício para expandir-se em países predominantemente não-católicos; certamente porque foi o catolicismo a única religião a pronunciar-se categoricamente contra o método artificial de procriação.

Mesmo, entretanto, nas regiões que o acolheram, sua expansão tem parecido mais viável aos que o discutem em plano teórico — seja para exaltá-lo, seja para combatê-lo; os que o têm tratado praticamente não vêm perspectivas muito largas de difusão. Tal é o caso da já citada dra. MARY BARTON:

17. M. IGLESIAS, o.c., pág. 207/208.

18. EUGENIO CUELLO CALLÓN, *Tres temas penales*, Bosch Casa Editora, Barcelona, 1955, pág. 196.

19. Revista dos Tribunais 26/253, 1918.

20. A. ALMEIDA JR., *Paternidade*, cit. pág. 153, nota 158.

“não posso acreditar que, em quaisquer circunstâncias, ela (a inseminação artificial) venha a tornar-se prática generalizada, pois me parece que é, essencialmente, algo que vai ao encontro de necessidades individuais esporádicas”.²¹

Outra médica, JOAN MALLESON, falando após a dra. MARY BARTON, na mesma reunião, assim se manifestou:

“Embora, em face de uma discussão como esta, alguém possa pensar que haja muitos médicos ensejando oportunidade de inseminação artificial a casais sem conta, na verdade é extremamente reduzido o número de casos de esterilidade passíveis dêsse tratamento: sòmente pequeno número de casos é refratário a outras formas de tratamento e um número ainda menor está emocionalmente apto para a inseminação artificial”.²²

A propósito das técnicas dominadas, lembremos, em campo filosófico, palavras de YVES SIMON:

“Voltando, agora, às técnicas consideradas concretamente, i.é. com as propriedades de que se revestem em virtude de sua existência na sociedade, examinaremos, em primeiro lugar, a questão do uso em oposição ao não-uso. Pode-se evidenciar a significação dêsse problema comparando-se a técnica com êsse outro produto da civilização, tão amplamente distinto, que é a metafísica. O futuro da metafísica é inteiramente incerto, já as disciplinas que visam assegurar o domínio sòbre a natureza física desperdam de tal modo o interêsse do homem e susci-

21. *Artificial human insemination*, cit. pág. 47.

22. *Artificial human insemination*, cit. pág. 68.

tam forças históricas de tal monta que... sua queda em desuso ou a suspensão de seu progresso e da conquista de novos campos, são hipóteses altamente improváveis. A tendência positiva das técnicas vigora em três sentidos: implica (1) que o conhecimento de assuntos técnicos jamais se extinguirá, antes será mantido e em crescente progresso; (2) que não permanecerá no plano teórico, mas será constantemente aplicado a transformação da natureza; e (3) que os produtos dessa transformação não ficarão inaproveitados, mas serão utilizados pelo homem.²³

Parecem-nos inteiramente aplicáveis à inseminação artificial as duas primeiras asserções do autor francês; cremos, entretanto, que devam ser aceitas dentro da perspectiva aberta pelas anteriores declarações das médicas inglesas. Com efeito, a função procriadora é algo que toca muito profundamente o homem para que êle se disponha a abdicar dela; só o fará, compelido. Por isso mesmo, acreditamos que os esforços da Medicina dirigir-se-ão, prevalentemente, no sentido de reduzir os casos em que a inseminação artificial apareça como solução única. E a só empregá-la em tal circunstância, afastando visões à maneira da que pinta ALDOUS HUXLEY em seu “Admirável mundo novo”.

Pró e contra

A inseminação artificial, vindo abalar convicções milenares e comprometer juízos havidos por indestrutíveis, desconcerta o homem e divide as opiniões.

São de vária ordem os argumentos que se expendem a favor e contra o processo artificial, cumprindo fazer notar,

23. YVES SIMON, *Filosofia do govérno democrático*, tradução portuguesa de EDGARD GODOI DA MATA MACHADO; Liv. Agir Ed. Rio, 1955, pág. 260.

desde logo, que a inseminação homóloga, como seria de esperar, levanta menores objeções.

No método artificial heterólogo vêem, alguns, golpe mortal contra o matrimônio, enquanto outros enxergam meio de consolidá-lo. E éstos argumentam, comumente, com exemplos tirados da última guerra mundial — se um acidente ou ferimento faz o marido impotente ou estéril, a solução não está no divórcio, mesmo quando o país o admite, mas na inseminação artificial, que evitará separações.

Condescender com a inseminação heteróloga, diz o professor inglês E. O. JAMES, seria comprometer a relação marido-mulher e regredir no tempo, tornando à época das sociedades matriarcais; com a agravante de que, agora, não apenas teórica, mas efetivamente o marido permaneceria alheio ao processo da procriação.²⁴

E assim se veria o marido envilecido e inclinado a euxergar na criança, a todo tempo, a incarnação de seu fracasso e sua vergonha; e, por seu lado, a mulher tenderia a sentir-se responsável exclusiva pelo filho e dona única de seu afeto, inconvenientes aos quais se juntariam as consequências indesejáveis de estar sua imaginação constantemente voltada para a figura do desconhecido doador.

Tais asserções, por certo, não pareceriam evidentes a BERTRAND RUSSEL, que, referindo-se às sociedades matrilineares, caracterizadas pelo desconhecimento do papel biológico do pai, e citando MALINOWSKI, diz acreditar que o afeto de um adulto por uma criança independe de consciência de paternidade.²⁵

E caberá talvez supor que seja maior a afeição — embora as variações individuais devam, neste ponto, ser grandes — quando espontâneamente o marido consentiu

24. *Artificial human insemination*, cit., pág. 22/24.

25. BERTRAND Russel, *O casamento e o moral*, trad. portuguesa de WILSON VELOSO. Cia. Ed. Nac., S. Paulo, 1956, Pág. 19/20.

na inseminação da espôsa. Tal fato só poderá elevá-lo na admiração dela, bastando, para tanto, que a mulher seja capaz de avaliar a atitude e compreender o desejo de seu cônjuge de permitir-lhe satisfação de instinto profundo, como forma de comunicar solidez à família. A propósito diz GLANVILLE WILLIAMS que a Comissão designada pelo Arcebispo de Canterbury para estudar assuntos relacionados com a inseminação artificial concluiu que esta é em breve esquecida pelos que dela se valem, assumindo marido e mulher, rapidamente, o papel de pais comuns.²⁶

E tal se dá, afirma-se, porque a paternidade não é apenas função biológica, mas também social, não sendo impossível a esta superpor-se àquela, levando a olvidá-la.

Exatamente do ponto de vista do interesse social, tornam os contraditores, é que se deve condenar a hétero-inseminação, pois dela podem resultar uniões incestuosas — quando o doador tenha para com a recipiente relação próxima de parentesco, ignorada pelo médico, ou quando o “filho de laboratório” venha a casar-se com parente próximo.

Tais inconvenientes existem sem dúvida, contesta-se, mas não devem ter exagerado seu alcance. Como medida acauteladora — embora de eficácia limitada e, assim mesmo, discutível — recomenda-se que os doadores sejam procurados em lugares distantes daqueles em que reside a mulher a ser inseminada. E recordam-se lições, como a ministrada por AFRANIO PEIXOTO:

“A consanguinidade seria nociva à descendência, degenerando a raça. Os inquêritos a respeito não confirmam tais presunções. Verificou-se que, nos animais e no homem, quando os progenitores eram sãos, os filhos eram perfeitos. Quando tarados, naturalmente, as degenerações somavam-se na descendência...

26. GLANVILLE WILLIAMS, o.c., pág. 142.

O receio da consanguinidade não procede da ciência, para pureza e perfeição da raça. É exato que os parentes próximos têm as mesmas taras, que se somam. *Mas não é o mal serem parentes, senão serem tarados.* Em vez de cega, continuando o tabu primitivo, a lei devia impedir, ou restringir, o casamento de degenerados, parentes ou não”.²⁷

Ouvida essa lição, perde em importância a objeção de fecundação de mulher por esperma de parente próximo, dadas as circunstâncias em que a inseminação é levada a efeito, i.é. com a realização de exames clínicos e serológicos e observância das cautelas tôdas que a medicina possa aconselhar.

Quanto à possibilidade de, o ser, produto de inseminação artificial vir a casar-se com parente próximo, digamos, ainda, que não se trata de problema inédito — na mesma situação se encontram os filhos naturais, os ilegítimos e os adotivos. E o risco parece demasiado leve — consideradas as condições atuais de vida, que facilitam grande mobilidade do homem — para servir de base ao repúdio da inseminação artificial.

Contrariamente à hétero-inseminação, manifestou-se a Academia de Ciências Morais e Políticas de Paris aos 9 de maio de 1949, aludindo a objeções já aqui mencionadas e levantando, como questão nova, a de ser o consentimento, em tais casos, comprometido pelo estranho do procedimento.²⁸ No que se refere à impossibilidade de avaliar, em sua integral extensão, o alcance da anuência, recordemos palavras do Papa Pio XII, pronunciadas em setembro de 1958, ante os membros do VII Congresso Internacional de Hematologia, realizado em Roma, ocasião

27. AFRANIO PEIXOTO, *Novos rumos da Medicina Legal I*, Ed. Guanabara, Rio, sem data, pág. 13/14 e 23.

28. RAYMOND RAMBAUR, o.c.

aliás em que a Igreja reiterou — pois já se havia manifestado — condenação da inseminação artificial.

“O homem, com efeito, não tem sempre intenção de fazer o que resulta de sua ação, mesmo quando a previu”.²⁹

Admitamos, pois, que a impossibilidade de avaliar totalmente as consequências de seus atos é fatalidade a que está sujeito o homem — e não só no que se refere especificamente ao consentimento para a hétero-inseminação.

Quanto a ser o consentimento dado quando “as faculdades de apreciação dos interessados estão, a miudo, surpresas e de alguma maneira desconcertadas”, como diz a Academia, é algo que não se coaduna com a seguinte observação de RAMBAUR:

“Nos Estados Unidos, uma organização nacional, que subvenciona a luta contra a esterilidade involuntária e que interrogou 5.164 médicos que haviam praticado inseminação artificial, comunica que 1.115 deles informaram nada haver conseguido (mas 740 só haviam atuado uma vez e 11, duas vezes) e 4.049 comunicaram resultados positivos, tendo 1.357 mulheres tido mais de um filho, graças à intervenção: na maioria dos casos, o número de injeções necessárias não foi inferior a 12 e chegaram, às vezes, a 62”.³⁰

O texto acima permite observar que o fato de a mulher, para conseguir ver-se artificialmente inseminada, necessitar, comumente, receber várias, às vezes dezenas de

9. O Estado de São Paulo, número de 16 de setembro de 1958.

30. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 40.

injeções de esperma, aliado à circunstância de tais injeções se fazerem de preferência na fase ovulatória, que é relativamente curta, obriga o procedimento a prolongar-se no tempo e, se não afasta, enfraquece, ao menos, a idéia de precipitação; na verdade, traz, antes, a idéia de deliberação e firmeza. E notemos, ainda, que 1357 mulheres referidas no inquérito deram à luz mais de um filho, por via de inseminação artificial — prova de que o método trouxe não males, mas satisfações.

Consideramos importante êsse aspecto: a paternidade e a maternidade conscientes, como decorrência de inseminação artificial. Não o filho indesejado, não o “acidente-criança”, mas o filho querido e esperado. Parece-nos ser êste um lado positivo da inseminação artificial, digno de consideração, pois favorável tanto ao ser futuro como ao casal, possibilitando a real existência de uma família e de alegrias que, de outra forma, lhe estariam vedadas.

Quanto à inseminação artificial homóloga, parece lícito afirmar que somente a Igreja Católica lhe opõe restrições claras, na forma que referiremos adiante.

Posições religiosas

Ante os problemas suscitados pela inseminação artificial humana, têm-se manifestado, recentemente, diversas confissões religiosas.

Assinala RAMBAUR que a lei mosaica perfilhava o levirato, que lembra, de perto, a hétero-inseminação. Consistia o levirato na fecundação da cunhada, viuva e sem filhos, pelo irmão do morto, a fim de assegurar continuidade à estirpe dêste.

O levirato, que devia ser exercido com observância da ordem de nascimento, o irmão mais velho excluindo os outros, é estabelecido no Deuteronômio, xxv, 5-6, sob o título: “A obrigação de um homem casar com a viuva de seu irmão”. Nos versículos citados lê-se:

“5. — Quando alguns irmãos morarem juntos e algum dêles morrer e não tiver filhos, então a mulher do defunto não se casará com homem estranho de fora; seu cunhado entrará a ela e a tomará por mulher e fará a obrigação de cunhado para com ela.

“6. — E será que o primogênito que ela der à luz estará em nome de seu irmão defunto; para que seu nome não se apague em Israel”.

E no Gênesis (xxviii, 28 e sgts.), a história de Judá e Tamar ilustra a instituição do levirato.

A propósito do levirato, disse o reverendo dr. T.G. DUNNING, no já várias vêzes citado simpósio, realizado em Londres:

“Duas observações bastarão (acerca do levirato). Em primeiro lugar, o fato de êsse costume ter-se estendido tanto e prevalecido por tão longo tempo, chegando a merecer acolhida por parte da religião, demonstra quão profunda era a compaixão pelo casal sem filhos... Contudo, o costume caiu em desuso e o fato de isso ter sucedido, não obstante o apoio da tradição e da lei, deve atribuir-se principalmente ao despertar da consciência e à afirmação do indivíduo como tal”.³¹

O texto bíblico não justifica a afirmativa de que o levirato deitasse raízes na compaixão pelo casal sem filhos; sua razão de ser declarada era outra. Mas é certo que o costume não mais se observa.

A atual posição israelita é a de afirmar que a lei mosaica se opõe fundamentalmente à hétero-inseminação, que equipara ao adultério.³²

31. *Artificial human insemination*, cit., pág. 72.

32. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 173.

Com respeito à inseminação homóloga, já não ocorre unanimidade; uns a repelem,³³ aceitam-na outros.³⁴

“As igrejas protestantes não se mostraram fortemente contrárias à inseminação artificial e são muitos os protestantes que a aceitam.³⁵ Essa afirmativa de GLANVILLE WILLIAMS só poderá ser acolhida se a referirmos apenas à auto-inseminação, caso em que viria confirmar palavras do pastor GEORGES MARCHAL, de Paris, segundo o qual a teologia protestante não deveria, por princípio, repelir a inseminação homóloga, quando julgada medicamente indispensável para a fecundação.

RAMBAUR, que lembra essas palavras, lembra também declaração de membros da Faculdade de Teologia de Upsala, Suécia, para os quais é insensato que a mulher partilhe com terceiro a tarefa mais alta que lhe cabe como esposa — a maternidade.³⁶

No simpósio realizado em Londres, a propósito de inseminação artificial humana, ao qual já mais de uma vez aludimos, o reverendo G.L. RUSSEL, falando como anglicano, embora não em nome da Igreja da Inglaterra, fêz restrições à hétero-inseminação, manifestando-se, porém favoravelmente à inseminação homóloga.³⁷

Na mesma ocasião, o rev. RUSSEL fêz referência a estudos que vinham sendo realizados por uma comissão nomeada, em 1945, pelo Arcebispo de Canterbury e objetivavam permitir pronunciamento oficial da Igreja Anglicana. Do resultado desses estudos nos informa GLANVILLE WILLIAMS:

“Essa comissão. adotou o ponto de vista católico a propósito da hétero-inseminação, condenando-a como adultério, ou, pelo menos, como conduta não condizente com a “natureza do

33. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 175.

34. GLANVILLE WILLIAMS, o.c., pág. 131/132.

35. GLANVILLE WILLIAMS, o.c., pág. 131.

36. RAYMOND RAMBAUR, o.c., pág. 169.

37. *Artificial human insemination*, cit. pág. 55.

casamento” e indo adiante, até o ponto de sugerir que (diversamente do adultério “tradicional”) fôsse considerada crime”.³⁸

A Igreja Católica manifestou-se pela primeira vez, a propósito de inseminação artificial, em 1897, quando papa LEÃO XIII, e o pronunciamento limitou-se a um lacônico “Non licere”. Em 1930, o Papa Pio XI, na Encíclica “Casti Connubi”, refere-se indiretamente ao assunto, ao estender considerações sôbre o matrimônio cristão. Manifestação clara da maneira de ver católica deve-se, entretanto, ao Papa PIO XII, ao dirigir, em 29 de setembro de 1949, alocução aos membros do IV Congresso Internacional de Médicos Católicos:

“Eis que se põe em primeiro plano uma questão que reclama, com não menos urgência do que as outras, a luz da doutrina moral católica: a fecundação artificial. Não podemos deixar passar a presente ocasião sem indicar brevemente, em traços largos, o juízo moral que se impõe nessa matéria:

1. A prática da inseminação artificial, desde que se trata do homem, não pode ser considerada exclusivamente, nem mesmo principalmente, do ponto de vista biológico e Médico, esquecendo-se o lado da moral e do direito.

2. À fecundação artificial fora do matrimônio há que condená-la pura e simplesmente, como imoral. A lei natural e a lei divina positiva exigem, com efeito, que a procriação de uma nova vida só ocorra como fruto do matrimônio. Só o matrimônio salvaguarda a dignidade dos esposos (da mulher principalmente, no caso que nos ocupa), seu bem pessoal. Em si, só êle provê ao bem e à educação do filho. Por conse-

38. GLANVILLE WILLIAMS, o.c. pág. 130/131.

guinte, sôbre a condenação da fecundação artificial fora do matrimônio não é possível nenhuma divergência de opinião entre católicos. O filho concebido nessas condições seria, por isso mesmo, ilegítimo.

3. A fecundação artificial no matrimônio, mas produzida pelo elemento ativo de um terceiro é, igualmente, imoral e, como tal, reprovável sem apelação. Só os esposos têm direito recíproco sôbre seus corpos, para engendrar uma vida nova, direito exclusivo, intransferível, inalienável. E deve ser assim, em consideração ao filho. A quem quer que a vida dê a um pequeno ser, a Natureza impõe-lhe em virtude dêsse laço, a carga de sua guarda e educação. Mas entre o marido legítimo e a criança, fruto do elemento ativo de um terceiro (inda que o marido consentisse) não existe qualquer laço de origem, nenhum laço moral e jurídico de procriação conjugal.

4. Quanto à licitude da fecundação artificial no matrimônio, basta, no momento, lembrar princípios de direito natural: o simples fato de que o fim desejado se obtenha por lógico nos esposos, de ter um filho não basta para provar a licitude do recurso à fecundação artificial, que realizaria êsse desejo. Seria falso pensar que a possibilidade de recorrer a êsse meio pudesse tornar válido o matrimônio entre pessoas inaptas para contrai-lo, por casusa do “*impedimentum impotentiae*”. Por outro lado, é supérfluo observar que o elemento ativo jamais pode ser obtido licitamente com recurso a atos contra a natureza. Embora não se possa, “*a priori*”, excluir novos métodos só por causa da novidade, contudo, no que respeita à fecundação artificial, não apenas importa extrema reserva, como ainda é absolu-

tamente necessário afastá-la. Ao falar assim, não se proscreeve, necessariamente o emprêgo de meios artificiais destinados a facilitar o ato natural ou levar a atingir os fins do ato natural normalmente realizado. Que não se esqueça: só a procriação de uma nova vida, segundo a vontade e o plano do Criador, eleva, a grau surpreendente de perfeição, a realização dos objetivos perseguidos. Está conforme, ao mesmo tempo, com a natureza corporal e espiritual e com a dignidade dos esposos e com o desenvolvimento normal e feliz do filho”

Em síntese, se, para a Igreja Católica, a hétero-inseminação é, em qualquer hipótese, condenável, a auto-inseminação só o será se o processo de obtenção do fluido seminal lesar princípios admitidos.

Julgamos de interêsse referir, rapidamente embora, a posição assumida por católicos, protestantes e israelitas frente à inseminação artificial, por acreditar que essas manifestações — quando e onde o problema se fizer atual — influenciarão a aceitação ou repulsa da sociedade ao método novo e repercutirão, portanto, em sua possível capitulação penal.

A inseminação artificial — ilícito penal?

Em seu livro “Três temas penales”, CUELLO CALLÓN, após referir-se à escassa atenção que, por parte dos penalistas, têm merecido as questões levantadas pela inseminação artificial — o que se explicará, talvez, por seu alcance ainda reduzido —, passa a examinar o assunto frente ao direito positivo espanhol, fazendo êsse exame abranger respostas a duas indagações:

“A fecundação artificial enquadra-se em alguma das figuras de delito previstas em nossa

legislação penal? Em caso negativo, devem ser criadas uma ou várias figuras delituosas que a prevejam e castiguem?.³⁹

Referindo-se, especialmente, a autores espanhóis, CUELLO CALLÓN assinala que, em maioria, inclinam-se êles por admitir que a inseminação artificial inclui-se entre os delitos contra a honestidade, nos crimes contra os costumes de nossa legislação. As figuras a que se costuma especificamente aludir são as do estupro, atentado violento ao pudor e ato obsceno. Não são poucos, também, os que afirmam implicar a inseminação artificial heteróloga em adultério, devendo como tal ser punida.

Inseminação artificial e estupro

A afirmativa de que a inseminação artificial, ocorrendo sem o consentimento da mulher, configuraria estupro, não parece sustentável, face aos termos de nossa lei.

Estupro é a rúbrica lateral do art. 213 de nosso Código Penal, que assim se inscreve: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

A conjunção carnal é, pois, elemento do crime e, buscando esclarecer o significado dessa expressão, a doutrina e a jurisprudência têm-se mostrado concordes com o entendimento que podemos exemplificar transcrevendo NELSON HUNGRIA e MAGALHÃES NORONHA:

“Por *conjunção carnal*, em face do Código, entende-se a conjunção *sexual*, isto é, a cópula “*secundum naturam*”, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.⁴⁰

39. CUELLO CALLÓN, o.c. pág. 179.

40. NELSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA, *Comentários ao Código Penal*; Ed. Rev. Forense; Rio, 1956, vol. VIII, pág. 116.

E, em nota, HUNGRIA acrescenta:

“Não há estupro sem a “*introductio penis intra vas*”.⁴¹ “Nos termos de nossa lei... *conjunção carnal* significa exclusivamente *conjunção sexual*. Primeiramente, o art. 213 só considera como vítima do estupro a mulher... Em segundo lugar, pela sistemática de nosso Estatuto, verifica-se que “*conjunção carnal*” só se refere a cópula normal com mulher. Com efeito, no art. 215, a expressão é também usada e no parágrafo único eleva o Código a pena se a *conjunção* fôr realizada com virgem, indicando, assim, ter em vista, a cópula vagínica. No art. 217, ainda uma vez é empregado o vocábulo, e o artigo define o crime de *defloramento*”.⁴²

CUELLO CALLÓN, estudando a possibilidade de a inseminação artificial ser considerada estupro, examina a definição desse delito não só pelo código espanhol, como por vários outros estatutos, inclusive o brasileiro, e conclui:

“É, pois, critério universal na legislação penal que, sem comércio ou união carnal, não existe estupro; por conseguinte, a inseminação artificial, desprovida inteiramente do caráter de ato sexual, não pode, mesmo quando imposta à mulher de modo violento ou sem sua vontade, constituir um delito de estupro”.⁴³

41. Idem, *Ibidem*, pág. 116.

42. EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, Dos crimes contra os costumes*, Saraiva S/A, S. P., 1954; pág. 103/104, Grifos do original.

43. E. CUELLO CALLÓN, *o.c.* pág. 183.

Essa conclusão nos parece inteiramente válida. Não se podendo, nos termos da lei, identificar à conjunção carnal o processo de inseminação artificial, êste jamais dará lugar a que se configure o estupro.

CUELLO CALLÓN aventa, ainda, a hipótese de a inseminação artificial processar-se com uso de esperma recolhido na vagina da mulher, após cópula carnal. Nêste caso — é a conclusão do penalista espanhol — poderia configurar-se o estupro, conforme as circunstâncias de que se houvesse revestido a cópula, mas — ponto essencial — com inteira independência do fato de se ter seguido inseminação artificial.

Inseminação artificial e atentado violento ao pudor

Traçando as linhas do atentado violento ao pudor, buscou a lei proteger a inviolabilidade carnal, resguardando o indivíduo de atos libidinosos que possam feri-la. Pune o Código, no art. 214, o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com êle se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

À vista do conceito, importa esclarecer o significado da expressão “ato libidinoso”. Recorramos a HUNGRIA e MAGALHÃES NORONHA:

Diz o primeiro:

“Ato libidinoso é todo aquêlê que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência”.⁴⁴

E o segundo:

“Ato libidinoso ou ato de libidinagem é via de regra, a ação inspirada pela concupiscência e

44. NELSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA, o.c., vol. cit., pág. 131.

destinada à satisfação do instinto sexual, nas suas proteiformes manifestações”.⁴⁵

A restrição posta pela expressão “via de regra”, acima usada por MAGALHÃES NORONHA, prende-se ao fato de êle filiar-se a corrente que entende possível a ocorrência de ato libidinoso e, portanto, de atentado violento ao pudor, inda quando o agente não seja movido por fim lúbrico ou impulso de concupiscência. Para êsse autor, a configuração do crime só depende da materialidade do ato.

Como quer que seja — exija-se ou não o propósito de o agente, como dizia o Código de 90, “saciar paixão lasciva” — não pode a inseminação artificial dar lugar a que se fale em atentado violento ao pudor. Com efeito — o raciocínio é de CUELLO CALLÓN e adaptável a nossa lei — se exige que o móvel do fim lúbrico, não há como enxergá-lo em procedimento que antes o exclui; se tal não se exige, ainda assim não se delinea o crime, pois a inseminação artificial, em sua materialidade, não pode ser identificada a um ato libidinoso.

Inseminação artificial e ato obsceno

O ato obsceno é previsto e punido pelo artigo 233 de nossa lei penal, que se inscreve no capítulo intitulado “Do ultraje público ao pudor”. Tutela o Código, através dêsse dispositivo, as regras de pudicícia que a sociedade acolhe e considera requisitos de moralidade mínima.

Segundo HUNGRIA:

“Diz-se *obsceno* o ato que atrita abertamente, grosseiramente com o sentimento do pudor ou com bons costumes”⁴⁶

45. E. MAGALHÃES NORONHA, o.c., pág. 150.

46. HUNGRIA, CORTES DE LACERDA, o.c., vol. cit., pág. 308, Grifo do original.

E MAGALHÃES NORONHA precisa:

“O bem jurídico tutelado é o pudor sexual da sociedade, conseqüentemente o ato obsceno que o ofenda necessita ser *sexual*. Mas o qualificativo há de ser tomado em sentido amplo, para compreender não só os atos normalmente sexuais, como os seus equivalentes de cunho nitidamente sexual, ambos ofendendo o pudor público”⁴⁷

Para incriminação, exige ainda nossa lei que o ato seja praticado em lugar público ou aberto ou exposto ao público. E assim para que a inseminação artificial pudesse vir a ser punida como ato obsceno, far-se-ia mister a ocorrência da hipótese, extremamente improvável, de sua realização em público.

“ .mas ainda que tal se desse, que a fecundação artificial tivesse lugar em condições tais que ofendesse o pudor ou os bons costumes, como, por exemplo, se se tornasse visível a nudez da mulher, se fôsem perceptíveis à vista seus órgãos sexuais, existiria, sim, um delito de escândalo público, mas constituído por esta exibição indecente e obscena, de marcado caráter sexual e não pelo fato da intervenção fecundadora, que é de natureza bem diferente”.⁴⁸

Os delitos mencionados envolvem, todos — como, aliás, os demais, que se incluem no título VI de nosso Código Penal — ofensa ao pudor, quer pessoal, quer da coletividade. MAGALHÃES NORONHA diz mesmo que se poderia substituir sem desvantagem a denominação “crimes contra os costumes” por “crimes contra o pudor” e considera o significado desta última expressão mais acessível ao povo. Escreve êle:

47. E. MAGALHÃES NORONHA, o.c., pág. 483/484.

48. E. CUELLO CALLÓN, o.c., pág. 187.

“Todos os delitos que compõem êste título têm como denominador comum, ofensa a êsse sentimento (o pudor) individual e social. Em qualquer dêles, a par de outros elementos, achar-se-á sempre êsse bem atingido ou lesado.”⁴⁹

Essa observação põe claro o motivo que impede captular a inseminação artificial entre os crimes contra os costumes, pois, e a indagação é de CUELLO CALLÓN:

“Como é possível incluir entre êles, no grupo dos delitos sexuais, uma intervenção com finalidade biológica desprovida por completo da qualidade e tendência sexual? Seja qual fôr a qualificação que a “inseminação artificial mereça, é possível conceber algo mais anti-sexual que ela mesma, coisa mais desprovida de lubricidade que seu “modus operandi?”⁵⁰

Inseminação artificial e adultério

A tendência dominante dos que viram na inseminação artificial procedimento a reclamar repressão penal foi equipará-la ao adultério. E já tivemos oportunidade de referir que uma comissão, nomeada pelo Arcebispo de Canterbury para estudar o assunto, sugeriu que “diversamente do adultério “tradicional” fôsse (a inseminação artificial) considerada crime”.

Adeptos dessa maneira de vêr opinaram que não é de ser exigido a conjunção carnal para que se aperfeiçõe o crime de adultério:

49. E. MAGALHÃES NORONHA, o.c. pág. 103.

50. E. CUELLO CALLÓN, o.c., pág. 181.

“Sugerem o deão TALLIN e outros, cujas opiniões merecem grande consideração. . que a essência do adultério reside na entrega, por parte de uma pessoa casada, de seu poder ou faculdade reprodutiva a pessoa do sexo oposto, que não o cônjuge”.⁵¹

E RAMBAUR informa:

“A lei inglesa. . não previu a inseminação artificial e sua relação com o adultério, mas a jurisprudência na Grã-Bretanha e domínios já teve ocasião de pronunciar-se. O Supremo Tribunal de Ontário, Canadá, sentenciou por adultério uma mulher que fôra inseminada artificialmente na Inglaterra, enquanto seu marido residia em Toronto (affaire ORFORT: decidiu pela ilegitimidade do filho e processou o doador como co-autor de adultério. Em outro caso submetido à justiça britânica (affaire RUSSEL) a fecundação por doador foi legalmente equiparada a adultério”.⁵²

Mostrou-se de acôrdo com essa orientação o Juiz GIBSON E. GMAN da Côte Superior de Chicago, ao sentenciar no caso DOORNBOS vs. DOORNBOS, em 13 de dezembro de 1954:

“Tendo sido movida ação de divórcio contra o marido, procurou êle ver reconhecidos seus direitos de visita ao filho do casal. Êste, contudo, era produto da inseminação artificial a que se submetera a mulher e na qual tivera parte um

51. H. A. HUBBARD, *Artificial insemination a reply to Dean Tallin*, artigo em *The Canadian Bar Review*, Vol. XXXIV, n.º 4, Abril, 56, Pág. 448.

52. R. RAMBAUR, o.c., pág. 59/60.

doador. Provou-se que o marido consentira e estivera no consultório do médico, quando da inseminação.

A Côte denegou o pedido de visita e declarou: “A inseminação artificial heteróloga (quando o fluido seminal é fornecido por um terceiro, ou doador) com ou sem consentimento do marido, é contrária a moralidade pública e aos bons costumes e constitui adultério da mulher” ⁵³

Entretanto, na mesma cidade de Chicago, em 1944, o juiz MICHAEL FEINBERG havia repellido identificação de inseminação artificial ao adultério numa ação de divórcio, afinal concedido por “outras evidências incriminadoras”:

“Inseminação artificial, sentenciou êle, é legalmente insuficiente para decretação de divórcio com base em adultério” (TIME, 26.2.1945 — pág. 42).

Entre aquêles mesmos que vêem, na inseminação artificial, prática que deve ser penalmente perseguida, muitos são os que contestam a procedência de sua identificação legal ao adultério. Assim, fêz, por exemplo, H.A. HUBBARD, em artigo estampado em “The Canadian Bar Review”, escrito para contrariar parecer de G.P.R. TALLIN, deão da Escola de Direito de Manitoba, Canadá, publicado em número anterior da mesma revista. Ponto central da argumentação de HUBBARD é o de que a inseminação artificial não pode — e isso seria essencial para a sustentação do ponto de vista de TALLIN — considerar-se um tipo de conjunção carnal (porque não há o estímulo sexual, que é pré-requisito fisiológico da cópula; porque não há “immisio penis; porque a inseminação artificial não é apta a

53. *American Bar Association Journal*, vol. XLI, n.º 3, março, 1955; pág. 263.

privar a mulher de virgindade; porque a conjunção carnal é ato localizado no tempo e exigente da participação simultânea de duas pessoas, o que não se dá com a inseminação artificial).⁵⁴

E termina o autor:

“Ela (a inseminação artificial) é, a meu ver, mais repulsiva que o adultério. É fria, calculada, científica. Nunca se acompaña da prévia concupiscência, que mitiga, de certa maneira, a culpa imputável ao agente. Como a sociedade virá a enfrentar a inseminação heteróloga é algo que permanece no domínio da especulação. Talvez a considere base para o divórcio, por seus próprios “méritos”; talvez a defina como crime; talvez a equipare em dignidade a outras modernas conquistas científicas; mas inseminação artificial não é adultério.^{54-A}

CUELLO CALLÓN, depois de assinalar que a conjunção carnal é “requisito secular” do crime de adultério no direito espanhol e de mostrar que o mesmo requisito é exigido por numerosos códigos, acentua que êle é também considerado essencial pela doutrina e jurisprudência nos países cuja lei se limita a empregar a palavra adultério, sem defini-la.

Entre nós, GALDINO SIQUEIRA, por exemplo, ao alinhar os elementos constitutivos do crime de adultério menciona a cópula carnal.⁵⁵ Embora esta seja considerada por CUELLO CALLÓN critério universal para aferição do adultério, ROMÃO CORTES DE LACERDA, após advertir que se deve ter em conta a “ratio” da incriminação e que, em nosso código o adultério. .

54 e 54A. H. A. HUBBARD, artigo cit., pág. 446/447 e 451.

55. GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal*; José Konfino Editora, Rio 1947, Tomo III, pág. 238.

“...é crime “contra o casamento, base da família legítima e figura em subtítulo de “dos crimes contra a família”.⁵⁶

Cita HUNGRIA.

“Certamente não basta para integrar o adultério um simples “flirt”, um beijo, um afago, uma atitude ambígua; mas qualquer *ato sexual* inequívoco com terceiro é o crime na plenitude de sua configuração legal”.^{56-A}

De qualquer modo — exija-se a conjunção carnal ou ato sexual inequívoco — torna-se insustentável, frente ao direito penal brasileiro, o ponto de vista de que a inseminação artificial implica adultério.

Deveremos, pois, concluir que a inseminação artificial é atividade lícita em face de nossa legislação repressiva?

Parece que — à vista do disposto no art. 1.º de nosso Código — essa conclusão se impõe, ao menos na hipótese de que haja anuência da mulher.

Se ela se opõe, entretanto, o ato, levado a efeito, será punível, recorrendo-se à “vala comum” (como a denomina MAGALHÃES NORONHA) do art. 146, onde se capitula o crime de constrangimento ilegal.

Em verdade, como observa RAMBAUR

“Na maioria dos países não foram ainda objeto de legislação oficial nem a validade geral, nem as consequências jurídicas da inseminação artificial humana”.⁵⁷

As penas leves cominadas, geralmente, ao crime de constrangimento ilegal (em nosso Código, detenção de três

56 e 56A. NELSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA, *o.c.* vol. cit. pág. 379.

57. R. RAMBAUR, *o.c.*, pág.

meses a um ano ou multa de quinhentos a cinco mil cruzeiros) explicam-se exatamente pelo caráter subsidiário dessa disposição. Tais penas não satisfarão, evidentemente, os que vejam na inseminação artificial prática de repressão necessária. E estes hão-de, naturalmente, bater-se pela criação de uma figura delituosa autônoma, para prevê-la e puni-la.

Inseminação artificial como ilícito penal

Tem-se afirmado que a inseminação artificial, se considerada lícita, desfecharia golpe mortal contra o casamento e constituiria séria perturbação social, pois dela — vista, provávelmente como meio moralmente superior à entrega a um eventual amante — se valeriam mulheres solteiras, desquitadas e viúvas, desejosas do filho, sem o marido.

É interessante notar que os que se inclinam por aceitar o método artificial de procriação querem nele enxergar, antes de tudo, elemento de consolidação de casamentos abalados pela impossibilidade de originarem verdadeira família.

Parece unânime, portanto, a opinião de que somente à mulher casada e na vigência do casamento seria facultado recorrer, legalmente, à inseminação artificial. E para que os casos se reduzissem — como é desejável — poderia ser exigida prova de um tempo mínimo de vigência do matrimônio e recomendação médica de apêlo àquele recurso.

Fora do matrimônio, a inseminação artificial seria sempre reprimida.

A inseminação homóloga só daria lugar a punição — o que é evidente — quando a ela se procedesse sem o consentimento da mulher, com apêlo a violência, grave ameaça ou fraude. A heteróloga seria punível na mesma circunstância ou quando levada a efeito pela mulher sem consentimento do marido.

Uma e outra forma constituiriam, em tais termos, ilícito civil justificador de desquite.

A co-autoria haveria de surgir — quase necessariamente em alguns casos — e se disciplinaria pela forma estabelecida no Código.

Temos para nós, não obstante a opinião contrária de HUBARD, atrás citada, que a inseminação artificial desperta, generalizadamente, repulsa menor que o adultério. E se a êste se cominam penas brandas — achando muitos que o direito penal deveria despreocupar-se do assunto — parece-nos que se justificaria, no máximo, equiparar a intensidade de repressão: penas idênticas para inseminação artificial e adultério, excluída, naturalmente, a hipótese de esta ocorrer fora do matrimônio.

Neste caso, a pena deveria ser mais acentuada e a ação, pública, enquanto que, nos casos de inseminação homóloga ou heteróloga, preceituar-se-ia o estabelecido no § 2.º do art. 240, fazendo-se depender a ação penal de iniciativa do cônjuge ofendido, exercitada dentro de certo prazo após conhecimento do fato.

Mas, seria oportuno defender a construção, com êsses ou outros dados, da figura delituosa da inseminação artificial e sua inclusão em nossa lei penal?

Anotamos, ainda uma vez com CUELLO CALLÓN, que a inseminação artificial não é procedimento de que se possa dizer que desperta reprovação generalizada. E que, não obstante se acolham as várias objeções contra ela proclamadas, sua repressão penal é prematura.

Com efeito, a sociedade não adotou ainda posição frente ao problema da inseminação artificial e não o fêz porque, pela grande maioria da população, a possibilidade mesma da inseminação é desconhecida e a gravidez ligada, necessariamente, à cópula.

Não há porque antecipar. Aguardemos que o processo artificial se expanda entre nós — se é que se expandirá. E, então, com maior conhecimento do assunto e das rea-

ções que êle desperte, com experiência provinda do trato prático da questão e reflexão amadurecida, cogitar-se-á da eventual conveniência de repressão penal e dos têrmos e alcance com que ela se deve fazer.

Bibliografia

- AFRANIO PEIXOTO — Novos rumos da Medicina Legal — sem data.
- ANTÔNIO ALMEIDA JR. — Lições de Medicina Legal — 1948. Paternidade — 1940.
- BERTRAND RUSSEL — O casamento e a moral — 1956.
- EDGARD MAGALHÃES NORONHA — Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos — Crimes contra os costumes — 1954.
- EUGENIO CUELLO CALLÓN — Tres temas penales — 1955.
- GALDINO SIQUEIRA — Tratado de Direito Penal, tomo III — 1947.
- GLANVILLE WILLIAMS — The sanctity of life and the criminal law — 1957.
- H. A. HUBBARD — Artificial insemination: a reply to Dean Tallin (artigo publicado em “The Canadian Bar Review”, vol. XXXIV, n.º 4 — 1956.
- L. JIMENEZ DE ASÚA — Liberdade de amar e direito a morrer — 1929.
- M. IGLESIAS — Aborto, eutanasia y fecundación artificial — 1954.
- NELSON HUNGRIA e ROMÃO CORTES DE LACERDA — Comentários do Código Penal — vol. VIII — 1956.
- RAYMOND RAMBAUR — El drama humano de la fecundación artificial — 1955.
- YVES SIMON — Filosofia do govêrno democrático — 1955.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION JOURNAL — vol. XLI, n.º 3 — 1955.
- ARTIFICIAL HUMAN INSEMINATION — Report of conference held under the auspices of the Public Morality Council of London. — 1948.
- TIME — números de 26 de fevereiro de 1945 e 27 de dezembro de 1954.

Algumas notas comparativas sôbre Direito Social no Brasil e nos Estados Unidos *

Paul Griffith Garland

I — Observações gerais

Alguns dos aspectos mais destacados do Direito Social Brasileiro, em comparação com o norte-americano, são os seguintes: 1) a existência de leis escritas que tratam detalhadamente da relação de emprêgo: 2) o fato de serem estas leis federais, ao invés de estaduais: 3) que as Leis são executadas em um sistema de tribunais federais especializados em Direito Social. Em contraste, até muito recentemente, o Direito Social nos Estados Unidos tem sido em grande parte a aplicação dos princípios não escritos do direito costumeiro, e a grande parte do direito, seja escrito ou costumeiro, tem sido estadual e não federal. Além disso não existem tribunais especiais para direito social¹.

Esta orientação pode ser explicada nos têrmos da história norte-americana: Ainda que a sindicalização dos operários tenha começado há quase 200 anos, os meios de comunicação entre tais grupos sindicais eram difíceis até recentemente. Por isso, tanto os empregados como os empregadores com quem êles tratavam, consideravam o problema do emprêgo um problema local. Assim foi que

* Trabalho apresentado ao Seminário de Legislação Social, do Prof. A. F. Cesarino Júnior, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Existem agências de direito administrativo federais e estaduais que são especializadas em assuntos de direito social, mas não constituem tribunais.

quando qualquer das partes desejava proteger os seus direitos em juízo, ou obter novos direitos por meio de legislação, recorria ao governo do Estado (e não ao da Nação) e ao qual ainda recorre hoje quanto a muitas normas legais.

Aos problemas resultantes das relações entre a classe operária e a patronal, os tribunais estaduais aplicavam os princípios do direito costumeiro geral ou comum, sendo êste naturalmente o direito que êles conheciam. Os resultados dêsse fato foram desfavoráveis ao movimento de organização dos operários em Sindicatos², e assim os sindicatos necessitavam apelar para o auxilio do poder legislativo e ademais aprender a proteger seus próprios interesses sem o auxilio do governo.

Ainda que os princípios restritivos do direito costumeiro se achem hoje abandonados em grande parte, torna-se êsse direito importante para resolver dificuldades legais normais resultantes do contrato de emprêgo, tais como o pagamento dos salários estipulados, se o empregado A recebeu as férias a que tinha direito, ou, por outras palavras, para a interpretação legal do contrato de emprêgo.

Sumariamente, as diferenças gerais entre os sistemas brasileiro e norte-americano podem ser resumidos assim:

Brasil	Estados Unidos
Lei escrita detalhada	Direito costumeiro não escrito de princípios gerais, (mas com legislação crescente nos últimos 30 anos).
Legislação Federal	Legislação Estadual (mas com crescente legislação federal sôbre certos aspectos nos últimos 30 anos).

2. Alguns exemplos da aplicação infeliz dos princípios antiquados do direito costumeiro, atualmente de interesse histórico:

Tribunais Federais de
Trabalhos Especializados

Tribunais Estaduais
de Jurisdição comum.³

Mais uma diferença importante a notar-se é que muitos dos detalhes enumerados na Legislação brasileira ficam a critério das partes (é dizer, empregado e empregador), nos Estados Unidos; isto pode ser resumidamente explicado, dêste modo: Em muitos aspectos o movimento sindical norte-americano, apresentando-se bem antes da época atual de preocupação pública com problemas trabalhistas, não recebeu apôio, nem nos princípios do direito costu-

-
- a. Quanto à indenização de acidentes de trabalho:
 1. “*Aceitação do risco*” (Assumption of the risk). Presume-se que o empregado tem conhecimento dos riscos relacionados com o emprêgo e oferece-se apesar dêsses riscos, assim aceitando-o por conta própria.
 2. “*Empregado colega*” (Fellow servant rule): Caso o acidente seja da culpa de outro empregado, o empregador não pode ser responsabilizado.
 3. “*Negligência Contributória*” (contributory Negligence): Se o acidentado contribuiu em qualquer respeito ao acidente, o empregador não é responsável.
 4. “*Negligência do empregador*”: O empregado tem que demonstrar esta, cabendo-lhe, pois, o ônus da prova. Se a culpa não pode ser demonstrada não é responsável.
 - b. Restrição à liberdade para sindicalizar.
 1. “*Conspiração*” (Conspiracy): Sindicatos considerados agrupamentos ilegais com fim de elevar os salários.
 2. “*Liberdade de contrato*” (Freedom of contract): Sindicatos considerados uma violação do direito de o empregador individual vender seus serviços por conta própria e, outrossim, do direito de o empregador tratar com os operários individualmente.
 - c. Quanto ao exercício de atividades sindicais:
 1. “*Cercado de estacas*” (Picketing): Considerado uma violação da ordem pública ou do direito de a indústria funcionar.
 2. Greve: Idem Idem.
 3. Deve-se notar o papel importante da Comissão Nacional de Relações de Trabalho ou N. L. R. B. (v. pág. 289), e também de entidades estaduais análogas.

meiro, inflexíveis demais ou não apropriados para questões de trabalho, nem no poder legislativo, não convencido da prudência de uma classe operária organizada. Assim foi que os trabalhadores norte-americanos, lutando para proteger seus interesses durante os 150 anos antes da chegada da legislação do “New Deal” de 1932 a 1940, que reconheceu tais atividades como legítimas, aprenderam a negociar com o empregador para obter seus desejos por meio do contrato de trabalho. Este processo de negociação entre empregado e empregador é hoje conhecido como o “collective bargaining process” (processo de negociação coletiva) e forma o coração da relação de emprego nos Estados Unidos hoje. É neste processo que as partes “legislam” para si as normas para regular as condições de trabalho, tais como férias, salários, processos para resolver disputas, quadro de carreira, horário, seguro de saúde, preferências dos empregados antigos, etc. Outrossim, resulta que, em geral, a lei está no segundo plano nos Estados Unidos, e quando esteja no primeiro, normalmente serve para estabelecer somente condições gerais, nos termos das quais as partes poderão negociar, mas não para limitar a sua capacidade de estipular seu próprio contrato, que represente a sua resolução dos problemas peculiares a elas.

Não parece muito difícil explicar a diferença de método empregado no Brasil. Em um país latino, segundo o sistema da lei codificada no qual a conveniência social de normas legais é determinada pelo legislador e não pelo juiz, é lógico que leis detalhadas sejam promulgadas. Acrescentando a isto a aparição bastante recente do problema do operário industrial em um país onde a escravidão durou até 1888 e que permaneceu basicamente agrícola até recentemente, e a falta de uma tradição de autodireção entre grupos trabalhistas⁴, a maior especificação

4. A. F. CESARINO JÚNIOR, *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, 1953, 3.^a edição, Pág. 121, afirmando que na época 1888-1930 quase não existiam sindicatos no Brasil.

da lei pode ser não somente explicada mas justificada, pelo menos até que o movimento sindical se adapte aos métodos de “self government” autodireção e ao conceito de “collective bargaining” (negociação coletiva).

O fato de ser federal o direito social no Brasil deve-se pelo menos a dois fatores: primeiro, por ser federal a maior parte da legislação importante do país e, segundo, porque o Brasil reconhece na relação do trabalho um problema nacional, próprio para regulamentação nacional.

É interessante notar que o reconhecimento do trabalho como um objeto próprio de legislação federal apareceu aproximadamente ao mesmo tempo em ambos os países⁵, isto é, por volta de 1930⁶. Talvez seja verdadeiro também afirmar que em ambos a consideração do problema trouxe consigo a consciência de que foram necessários esforços para assegurar os direitos básicos para o trabalhador, para conseguir o reconhecimento, nos termos da Constituição brasileira, dos princípios da justiça social⁷. Se no Brasil a necessidade para legislação federal resultou da aparição súbita do trabalhador industrial como problema de importância, nos Estados Unidos resultou da compreensão de que os conceitos do direito costumeiro, a aplicação da lei escrita que existia e a atitude conservadora dos tribunais com a orientação do direito costumeiro, não eram adequados para assegurar ao trabalhador os

5. Nos Estados Unidos, o “Sherman Anti-Trust Act of 1890” tinha sido aplicado aos problemas trabalhistas e o “Clayton Anti-Trust Act of 1914” continha disposições expressas sobre trabalho. Não obstante, a primeira lei nacional tratando de trabalho como tal pode ser considerada a “Lei dos Empregados Ferroviários” (Railway Labor Act) de 1926.

6. A. F. CESARINO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 121, citando legislação e a criação do Ministério do Trabalho, Industria e Comércio.

7. Artigo 145, “conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

direitos básicos para êle enfrentar o empregador em condições de igualdade no processo de “collective bargaining”.

II — Desenvolvimento histórico

Antes da primeira lei federal importante em 1926, decisões judiciais em muitos Estados, e ainda do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, tinham de fato feito muito para dificultar, aos sindicatos tratarem efetivamente, com a classe patronal. Foi decidido que o empregador poderia negar reconhecimento ao sindicato e a tratar com êle⁸ e que o empregador poderia interferir na organização de sindicatos⁹, incluindo uso do chamado contrato do cachorro amarelo (Yellow dog contract) no qual o empregado prometia não fazer-se membro de qualquer sindicato enquanto durasse a relação do emprêgo¹⁰. O empregador podia discriminar entre os membros e os não membros dos sindicatos¹¹ e assim quebrar o poder do sindicato. Em geral foi fácil obter “injunções” (injunctions)¹² para restringir atividades dos trabalhadores, tais

8. *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312, 1921, considerando inconstitucional uma lei estadual limitando “injunções” em dissídios trabalhistas.

9. *Ibid.* Isto incluiu o direito de organizar o chamado “sindicato da empresa” (Company Union), o qual seria dominado pelo empregador.

10. Não sòmente foi tal contrato considerado executável mas também o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a legislação estadual proibindo tais contratos. *Coppage V. Kansas*, 236 U.S. 1, 1915.

11. *Adair V. United States*, 208, U.S. 161, 1908.

12. A injunção é uma ordem de um tribunal mandando o cumprimento ou não cumprimento de certo ato ou atos. A falta de cumprimento sujeita o violador a um processo chamado “contumácia” (contempt of court) normalmente perante o mesmo juiz de quem partiu a ordem original. Se julgado culpado por êle, multas ou ainda prisão podem ser impostas.

como greves e tentativas de organizarem-se em sindicatos¹³. O próprio Supremo Tribunal Federal contribuiu para criar um ambiente judicial desfavorável ao crescimento dos sindicatos. Na mesma época em que o Supremo limitou o conceito de comércio interestadual para a aplicação da legislação “anti-trust” à indústria¹⁴, ampliou o conceito de comércio inter estadual (“interstate commerce”) para sustentar a aplicação de tal legislação a atividades sindicais. Resultou dêste ponto de vista que a empresa tinha a seu favor a “injunção” contra uma grande variedade de atividades trabalhistas¹⁵ e que podia pleitear perdas e danos dos sindicatos e de seus membros nos termos da legislação “anti-trust”¹⁶.

Assim, a situação era a de que os empregadores tinham direitos de bastante alcance para defender os seus interesses contra os sindicatos, enquanto que os sindicatos tinham só uma oportunidade limitada de organizar-se de um modo eficaz e de obter os seus desejos de um modo que não seria considerado ilegal.

Deve ser destacado que uma vez que o sindicato tivesse um contrato válido com um empregador, podia executá-lo satisfatoriamente nos tribunais. O problema foi obter bastante força para que a empresa estivesse disposta a celebrar tal contrato. Foi em resposta a êste problema que apareceu a maior parte da legislação federal e esta-

13. Um aspecto importante foi não somente o conservativismo dos tribunais, mas também o fato de que uma “injunção temporária” (temporary injunction) foi frequentemente concedida, baseada somente na apresentação do caso pelo empregador. A violação de tais “injunções” também sujeitou os culpados às penas contumácias.

14. United States, v.E.C. Knight Co., 156 U.S. 1 1895: Decidido: Fabricação para comércio interestadual é uma atividade local e não parte de tal comércio, e como tal está fora do âmbito do poder do congresso de regular na legislação “anti-trust”.

15. In re Debs, 158 U.S. 546, 1895: Decidido que trabalho em fabricação de produtos para comércio interestadual faz parte de tal comércio.

16. Lowe V. Lawor, 208 U.S. 214, 1908.

dual. Esta legislação tinha por objetivo elevar o sindicato a uma posição em que pudesse negociar com a empresa com êxito, mas em geral não continha normas legais compulsórias para serem incluídas no contrato de trabalho. A legislação federal norte-americana tem objetivado especialmente, fornecer regras básicas como um “background”, nos termos do qual as partes negociarão. A lei federal tem como preocupação fundamental assegurar que os contratantes tratem entre si de um modo justo, e neste respeito procura garantir que os contratos celebrados sejam em verdade contratos livremente combinados entre partes mais ou menos equilibradas quanto as vantagens em negociar, sem que qualquer delas goze de uma vantagem injusta com relação à outra.

O primeiro passo importante¹⁷ para conferir à classe trabalhista os direitos necessários foi o “Railway Labor Act of 1926” (Lei dos Empregados Ferroviários de 1926)¹⁸ o qual garantiu aos empregados ferroviários o direito de escolher os seus representantes para o processo de “collective bargaining” e, como interpretado pelos tribunais, obrigou a empresa a tratar com êsses representantes, assim sancionando a organização de sindicatos e o processo de “collective bargaining” como socialmente desejáveis. Em 1932 veio o “Norris-La Guardia Act”¹⁹, que dificultou o emprego da “injunção” contra atividades trabalhistas e que estipulou não ser executável o contrato de “cachorro amarelo” (Yellow Dog Contract). Últimamente aparece-

17. Uma tentativa para restringir o uso da “injunção” contra atividades operárias foi feita no “Clayton Anti-Trust Act of 1914”. Não obstante, foi interpretado de um modo restrito e conseqüentemente não foi eficaz. No mesmo sentido, leis estaduais restringindo o uso da “injunção” foram muitas vezes consideradas inconstitucionais pelos tribunais estaduais.

18. 44 United States Statutes at Large 1926. É interessante notar que no Brasil também o empregado ferroviário recebeu atenção cêdo: a lei 4.682 de 1923, estabelecendo institutos de pensões e aposentadorias.

19. 41 United States at Large 10, 1923.

ram o “Wagner Act of 1935”²⁰ e seu sucessor de 1947, o “Taft-Hartley Act”²¹. Em breve, estas duas leis garantiram a proteção seguinte ao movimento trabalhista norte-americano:²² o empregador tem de reconhecer um sindicato devidamente constituído como o representante dos trabalhadores para “collective bargaining” e tem de tratar com êle, e não com os empregados individualmente. A disposição concomitante é a de que todos os trabalhadores têm o direito de unir-se em sindicatos. É proibido ao empregador interferir de qualquer modo nas atividades do sindicato. Ele não pode restringir, controlar, interferir, ou coagir o estado de membro em qualquer sindicato, nem pode agir de qualquer modo contra membros, dos sindicatos, como por exemplo, demissão ou redução de salários²³. Tais atos são denominados como “práticas trabalhistas injustas” (unfair labor practices) e podem ser restringidas.

Outrossim, certos atos de parte do trabalhador constituem práticas trabalhistas injustas e podem ser restringidas. Neste respeito, a lista foi bastante aumentada pelo “Taft-Hartley Act”, e atualmente inclui: 1.º) a greve de simpatia²⁴; 2.º) o “boycott” secundário²⁵; 3.º) a greve de

20. O título oficial: “National Labor Relations Act of 1935” 49 United States Statutes at Large 457, 1935.

21. O título oficial. “Labor Management Relations Act of 1947”

22. Deve ser destacado também que a atitude do Supremo Tribunal Federal também mudou, e que além de considerar constitucional a legislação trabalhista do “New Deal” (com exceção das provisões de “National Industrial Recovery Act”), concluiu que a legislação “Anti-Trust” não foi aplicável às atividades dos sindicatos. United States V Hucheson, 312 U.S. 219, 1941.

23. Uma provisão parecida acha-se no artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

24. Isto é, apoiando grevistas contra outra empresa.

25. O “boycott”, o mesmo que em português, é a não-compra e não negociação de produtos produzidos pela empresa tomando parte em disputa trabalhista. O “boycott secundário” é executado por trabalhadores que não tomam parte direta na disputa.

jurisdição ²⁶; 4.º) falta de negociar “coletivamente” com o empregador da parte do sindicato.

Para assegurar que o sindicato verdadeiramente represente os trabalhadores, não somente é proibida a intervenção da empresa, mas também aos trabalhadores são fornecidas garantias importantes: 1.^a decidir por votação secreta se desejam formar-se em sindicato. Se a decisão fôr afirmativa ²⁷, ouvir os argumentos de todos os sindicatos interessados em ter a sua filiação; 2.^a escolher por votação secreta o sindicato ao qual desejam filiar-se ou expressar o seu desejo de ser um sindicato próprio e não filiado ²⁸.

Estas disposições e outras da lei são executadas por uma agência especial do governo federal chamada a “National Labor Relations Board” (NLRB) ²⁹, cujo título (Comissão Nacional de Relações de Trabalho) também indica a preocupação da lei federal com a relação entre o trabalhador e a empresa e não com os detalhes do próprio contrato.

Esta Comissão com natureza jurídica semelhante à de uma autarquia brasileira, mas com independência consideravelmente maior para desenvolver sua própria política na

26. Uma greve resultando da disputa entre dois sindicatos sôbre qual deve ser o representante para negociação coletiva.

27. Neste respeito, deve notar-se que nos têrmos do “Taft-Hartley Act”, abstenções são consideradas votos contra o sistema de sindicalização compulsória para todos os empregados da empresa (Union Shop), de modo que uma maioria absoluta dos elegíveis a votar é necessária. Na vigência do “Wagner Act” somente a maioria dos votantes era preciso, facilitando a decisão em favor da sindicalização compulsória

28. Outrossim, a votação secreta é garantida para cancelar o mandato de um sindicato como representante para negociação coletiva.

29. Agências estaduais semelhantes, com funções variáveis existem em muitos Estados. A sua jurisdição é limitada ao comércio intraestadual e consequentemente não é tão importante para a economia nacional.

órbita de sua jurisdição, isto é, nas questões das relações entre trabalhador e o empregador no comércio interestadual (e não as questões legais ordinárias, tais como o efeito legal de artigos do contrato). Na jurisdição da NLRB cabem as disposições mencionadas acima, inclusive as práticas trabalhistas injustas. Ademais ela fiscaliza as votações secretas dos trabalhadores nas quais êles decidem sindicalizar-se ou não, e escolhem o sindicato. Outro poder importante da NLRB, é a escôlha da unidade sindical conveniente para negociação coletiva, isto é, se tal negociação deve ser no nível local, estadual, ou nacional.

A comissão compõe-se de cinco membros, escolhidos pelo Presidente da República com a aprovação do Senado, para um mandato de seis anos, mandato êsse que não coincide, para garantir a continuidade. Ela não forma parte de qualquer Ministério e é de fato uma agência administrativa com completa autonomia, que combina a função judicial de apreciar fatos, com a função legislativa de estabelecer normas legais para serem observadas. Assim, não sòmente pode estabelecer política por meio de portarias, etc., mas também atua de um modo judicial apreciando os fatos e depois decidindo se êles constituem ou não uma violação das normas estabelecidas ou pela NLRB, ou pela legislação básica. No exercício dêste duplo poder, a NLRB é quase isenta de revisão de suas decisões pelos tribunais, e a própria legislação federal estipula que as decisões em questões de fato sejam finais se apoiadas em provas, e, como interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, isto veio a significar que quase nunca existe a possibilidade de uma apreciação judicial dos fatos³⁰. Ainda quando a questão é de lei, o Supremo Tribunal tem sido muito favorável à não revisibilidade da decisão da NLRB³¹,

30. Pode-se notar que êste tipo de organização é típico da entidade administrativa nos Estados Unidos e que entidades semelhantes dêste "4.º ramo de govêrno" existem para atividades como: aviação, comércio interestadual, normas de concorrências legítimas, rádio e televisão e outros.

assim fornecendo um contraste marcante com o Brasil, onde as decisões administrativas são sempre sujeitas à revisão judicial, não somente quanto à lei aplicável mas também com uma independente apreciação judicial dos fatos.

Devido a suas características especiais como uma entidade independente, combinando funções judiciais e legislativas, não é possível comparar a NLRB com equivalente brasileira. Não obstante em certos aspectos ela é parecida com a Justiça de Trabalho e com o Ministério Público do Trabalho e a Procuradoria da Justiça do Trabalho.

A semelhança entre a NLRB e os Tribunais de Trabalho, limita-se ao fato de ambas resolverem questões legais no ramo de direito especializado de direito social e de terem ambas o que se pode considerar como representação classista entre seus membros. É importante repetir, não obstante, que a maior parte das questões trabalhistas nos Estados Unidos é resolvida ou pelo tribunal de competência geral, seja estadual ou federal, ou pelas partes mesmas. Nos procedimentos perante tais tribunais, as partes por sua conta própria normalmente oferecem testemunhas peritais (peritos) ou provas especiais para explicar problemas trabalhistas fora da experiência comum. Ademais, o tribunal mesmo pode chamar peritos por conta própria quando a complexidade do problema assim o exija. Estas testemunhas peritais representam, talvez, um equivalente ao sistema brasileiro de ter representantes do trabalhador e do empregador para servirem como “juizes”.

A NLRB é mais uma entidade de representação classista que os tribunais norte-americanos, considerando que a maior parte de seus membros são escolhidos em consideração de seu conhecimento e contacto com questões trabalhistas, o que significa que são aptos a serem membros de grupos sindicais ou patronais ou advogados que têm

31. NLRB, V. Jones & Laughlin Steel Corp. U.S. 1937; a primeira decisão importante aplicando o “Wagner Act”, fornecendo a base, subsequentemente expandida em decisões posteriores.

representado tais grupos. No entanto, membros para representar o público em geral, são também escolhidos e na seleção dos representantes mais ou menos classistas nenhum esforço especial é feito para contrabalançar o número de representantes. Em geral, todos os nomeados representam um ponto de vista mais ou menos em harmonia com o do Presidente da República, e assim são escolhidos para representar um modo de pensar, em vez de uma classe. Por isso é que a NLRB também emprega testemunhas de peritos em vez de experiência pessoal para resolver os problemas intrincados que lhe são apresentados. E mais uma vez vale repetir que a NLRB não tem jurisdição geral senão limitada.

Pessoalmente, entendemos que nada se ganha com o sistema brasileiro de tribunais especializados, embora reconhecamos que êle nada tem de especialmente defeituoso. Ao instituir um tipo de “testemunha pericial” por meio de representantes classistas como “juizes”, o sistema brasileiro parece esquecer-se de que para emitir um julgamento pericial é necessário conhecimento pericial do ramo particular e não uma filiação geral de classe. Assim é que um juiz pertencente a um sindicato estivador não é particularmente qualificado para julgar os interesses do petroleiro. Em tal caso, então, parece que seria preciso chamar um perito em petróleo, e, nesta hipótese, o juiz representante de empregados não ajuda muito a solução do problema. Quanto ao equilíbrio de interesses de classe, parece que êste seria garantido pelos próprios litigantes. Em última análise, parece que caso os juizes classistas votem nos termos de classes, os seus votos cancelam-se e cabe ao juiz de direito decidir³².

O que se pode considerar o “tribunal” mais importante no direito trabalhista nos Estados Unidos não é um tribunal mas a chamada “Comissão Conciliatória Emprega-

32. Considerações iguais, mas de menos intensidade apresentam-se no Tribunal Regional e Tribunal Superior.

dora” (Labor-Management Conciliation Committee). Lembre-se que as leis trabalhistas norte-americanas são muito menos detalhadas que as leis brasileiras. Resulta que cabe às partes criar a sua própria “legislação” social no contrato de trabalho, que é realizado por uma Comissão de Negociação Coletiva, composta de representantes de empregador e empregado, que redige o contrato. A Comissão de Conciliação também se compõe de representantes de ambos os lados e seu papel é resolver problemas resultantes, ou do contrato ou das condições gerais de trabalho, e assim evitar a necessidade de uma greve ou recurso a um tribunal. Neste respeito, pode ser notado que como o direito norte-americano deixa muito para ser determinado pelas partes no contrato, também deixa muitos problemas resultantes do contrato para serem resolvidos por elas ou deixados não resolvidos. O dissídio coletivo de natureza econômica está fora da jurisdição dos tribunais e da NLRB nos Estados Unidos. Por exemplo, um tribunal pode determinar o pagamento ou não pelo empregador do salário combinado no contrato, pois é questão legal. Mas se o contrato expirar e as partes não entrarem em acôrdo sôbre um novo salário, o tribunal não pode estabelecê-lo por conta própria, sendo a questão econômica e não legal. Assim cabe ao Sindicato e à Empresa encontrar a solução, em vez de tê-lo resolvido através de um tribunal, como no Brasil³³.

As vêzes um processo de arbitramento é instaurado para suplementar a Comissão de Conciliação, com pessoas aceitáveis ao sindicato e à empresa, escolhidas para ajudar a resolver os problemas que aparecem. Normalmente, as decisões por arbitramento são facultativas e não obrigató-

33. Como a questão econômica nunca aparece no tribunal, resulta, “a fortiori”, que tal decisão não poderia ser estendida a partes não presentes, como no Brasil. Este princípio também se aplica aos acôrdos empregador-empregado para por fim a disputas. Só se aplicam aos que combinarem, e não, por exemplo, a outro sindicato na mesma atividade.

rias, e por isso os árbitros são conhecidos como mediadores, já que o seu papel é tentar levar as partes a um acôrdo, em vez de prolatar uma decisão própria de natureza “judicial”.

Neste respeito pode ser observado mais um exemplo da característica básica da legislação trabalhista norte-americana, de tentar ajudar as partes para elas próprias resolverem as dificuldades. O governo federal tem, como parte de seu Ministério de Trabalho, uma entidade chamada o “Serviço Federal de Mediação”, (Federal Mediation Service), cujos membros são disponíveis a pedido das partes para facilitar a solução de disputas³⁴. Muitos Estados também têm tais serviços.

Assim é que os Estados Unidos também têm reconhecido a importância da conciliação mas têm dado a ela uma forma algo diferente. Enquanto no Brasil há duas oportunidades para conciliação no processo perante o Tribunal, nos Estados Unidos isto ocorre fora do Tribunal (ainda que com mediadores governamentais, às vezes) e, não obstante ser um princípio básico do direito costumeiro tentar reconciliar as partes litigantes, nenhuma disposição especial existe no processo judicial para questões trabalhistas. Por outro lado, a função do Serviço Federal de Mediação pode ser comparada a do Ministério Público do Trabalho, que tem a responsabilidade de tentar a resolução extra-judicial dos dissídios coletivos.

Caso malogrem todos os esforços para resolver a questão, os operários podem recorrer à greve. Como no Brasil, o direito de greve é quase ilimitado. Nem sempre foi assim entretanto, e, como mencionado acima, a tendência dos tribunais em conceder “injunções” restringindo greves foi um impedimento sério à eficácia sindical. Hoje, a greve pode ser controlada a pedido do empregador só em casos excepcionais, quando exista ameaça de dano a pessoas ou propriedade. Não obstante, o “Taft-Hartley

34. Ademais os seus membros podem aparecer voluntariamente na disputa para oferecer os seus serviços.

Act” introduziu algumas restrições no direito a greve, que talvez podem ser comparadas com a exigência brasileira de registro do processo no Tribunal Regional do Trabalho antes da entrada em greve. Estas disposições incluem não somente uma votação secreta dos trabalhadores sobre a última oferta do empregador (e assim sobre a decisão de entrar em greve) mas também aviso prévio de 60 dias da intenção de fazer greve³⁵.

Até este ponto tem sido destacada a diferença de objetivo da legislação social nos dois países, e tem sido indicado que por motivos históricos a própria legislação tem um papel maior no Brasil que nos Estados Unidos, ainda que, como será indicado oportunamente, os resultados obtidos por negociação coletiva nos Estados Unidos não sejam, no aspecto geral, tão diferentes das disposições legais brasileiras. Em resumo, parece que se pode concluir que o Direito Social brasileiro pertence muito mais ao campo de direito público, enquanto que o norte-americano é mais direito privado.

III — Diferenças e semelhanças institucionais e conceituais

Uma das melhores ilustrações da natureza do direito social acha-se no conceito do sindicato³⁶. No Brasil o sindicato é uma organização que depende de autorização do govêrno para exercer as suas atividades. Também o sistema tem por fim a unidade sindical, com só um sindicato para cada categoria. Existem mais aspectos que indicam o interêsse mais ou menos direto do govêrno no sindicato, inclusive a exigência de submeter o orçamento sindical ao Ministério para aprovação, a arrecadação de

35. Nos casos de indústria de importância Nacional (tais como Carvão, Transportes, etc.), o Presidente da República pode obter uma “injunção” temporária contra greves quando representarem um perigo devido a uma situação de emergência nacional.

36. Nos Estados Unidos chama-se “Union” (União), palavra sem o conteúdo sindical do brasileiro “sindicato”.

fundos por meio de Impôsto Sindical, e a possibilidade da retirada do reconhecimento governamental.

Nos Estados Unidos o sindicato é uma associação particular de trabalhadores para lutar em favor de seus interesses³⁷. Pode formar-se e funcionar sem autorização do govêrno. Resulta que é possível, e de fato tem sido normal, existirem muitos sindicatos representando operários da mesma atividade industrial dentro de dada área geográfica ou ainda dentro do mesmo estabelecimento. Não obstante esta pluralidade sindical e concorrência resultante terem sido benéficas em incentivar cada sindicato concorrente a oferecer vantagens aos membros em perspectiva, algumas vêzes a concorrência tem sido ativa demais e não sòmente tem interrompido o trabalho mas também dificultado a apresentação de uma “frente única” para negociar coletivamente com o empregador. Para reduzir êstes problemas, e ao mesmo tempo manter o sistema plural, o sistema antes mencionado foi estabelecido sob supervisão da NLRB, com as disposições para a escôlha de filiação sindical para cada grupo de trabalhadores por votação secreta. O sindicato assim escolhido não é sòmente reconhecido pela emprêsa mas também pela NLRB como o representante próprio do grupo, o que, de certo modo, se aproxima do reconhecimento governamental do sistema brasileiro. Não obstante, deve notar-se que os dois maiores sindicatos norte-americanos são organizados por sistemas diferentes, um por especialidade ou artesanato (Federação Americana de Trabalho, ou A.F.L.) e o outro por indústria (Congresso de Organizações Industriais ou C.I.O.). Ambos os métodos foram aprovados pela NLRB, de modo que ainda é possível (mas ou menos usual) haver membros de sindicatos distintos trabalhando lado a lado na mesma emprêsa, pois o sistema continua sendo plural³⁸.

37. Consequentemente é parecido à associação profissional brasileira.

38. Não obstante, um projeto para fundir a AFL e o CIO foi há pouco aprovado pelos líderes de ambos os grupos, e se fôr aprovado

Outros aspectos de atividade sindical nos Estados Unidos também indicam a sua natureza de agrupamento particular. Os seus fundos provêm principalmente das mensalidades dos membros, a importância da qual é estabelecida pelo próprio sindicato, e que conseqüentemente varia com o sindicato. Não há imposto sindical para o empregador, nem contribui o govêrno para os fundos sindicais. Mas as mensalidades podem ser retidas pelo empregador por conta do sindicato, se o contrato assim o estipular³⁹, como fica descontado do salário o imposto sindical do empregado no Brasil.

Como mencionado acima, o coração do direito social nos Estados Unidos é a legislação particular que as partes estabelecem no contrato de trabalho. Isto não quer dizer que a lei (lei estadual especialmente) não seja importante para assegurar direitos ao trabalhador. Muitas vêzes a lei facilita para o trabalhador a obtenção de cláusulas no contrato. Não obstante, é no contrato de trabalho, e não na lei como no Brasil, que a maior parte das relações entre empregado e empregador é regulada, e aqui é que aparece a grande flexibilidade e a discreção reservadas às partes.

É no contrato que o quadro para salário, horário diário e horário semanal são combinados para cada empregador e cada sindicato. Nele se estipula a remuneração para trabalho extraordinário. Em geral, uma remuneração maior é estabelecida para o trabalho noturno. Indenização no caso de demissão é muitas vêzes combinada por contrato. Sistemas de segurança de saúde (relacionado com o emprêgo ou não) com prêmios pagos pelo empregador, pelo sindicato, ou por ambos, são normais. Quadros organizados dos empregados em carreira, benefícios para maternidade, quadros para férias e para aposentadoria, tudo isto pode ser incluído no contrato. Cláusulas adicionais podem incluir itens como um restaurante e até bôlsas

pelos membros, representará um passo para maior unidade ainda que existiriam os sindicatos independentes não filiados a êles.

39. E se o empregado individualmente consentir.

de estudo para os filhos dos empregados. Em resumo, as disposições são incluídas ou não no contrato segundo os desejos e interesses das partes, existindo somente uma ou outra regra ocasional de lei que seja obrigatória.

Neste respeito, pode-se notar que em geral não existe um prazo fixo para o contrato de trabalho, tal como existe no Brasil⁴⁰. As partes simplesmente estipulam o prazo. Por consentimento mútuo, o contrato pode ser rescindido a qualquer tempo, e outrossim alterado favoravelmente ou mesmo em prejuízo dos empregados pois não existe um equivalente à disposição brasileira proibindo alterações em prejuízo do empregado⁴¹.

Outra norma legal brasileira sem equivalente no sistema norte-americano é a restrição ao direito do empregador de transferir o empregado⁴². Pode ser estipulado no contrato, mas se não o fôr, o direito do empregador fica quase ilimitado neste respeito.

Outro ponto para ser notado é que nem o sindicato nem a empresa nos Estados Unidos tem limitações para observar quanto à nacionalidade tal como existem no Brasil, onde se exige que 2/3 dos empregados sejam brasileiros⁴³ e que 2/3 dos salários sejam pagos a brasileiros⁴⁴. Tal lei nos Estados Unidos, discriminando entre nacionais e estrangeiros, apresentaria sérios problemas constitucio-

40. No caso do contrato coletivo, 2 anos. Art. 620. É interessante notar que contratos fora desse prazo podem ser executados pelo sindicato, mas não contra o trabalhador.

41. Art. 468, o qual se aplica somente ao contrato individual. Presumivelmente o contrato coletivo pode ser alterado, mas como depende das exigências de homologação do Ministério e aprovação do sindicato parece que tal hipótese seria bastante difícil.

42. Art. 469 da C.L.T.

43. Art. 352 da C.L.T.

44. Art. 354 da C.L.T.

nais, em nossa opinião, seria inconstitucional como infringente da garantia de igualdade⁴⁵.

Usar a nacionalidade como critério para constituir um quadro de empregados entendemos ser proibido por legislação tal como a “Lei de Práticas Justas de Emprêgo” de Nova York (Fair Employment Practices Act).

Outro princípio brasileiro, o de igualdade de salário para estrangeiros e brasileiros prestando o mesmo serviço, não existe na lei norte-americana, mas no aspecto prático a igualdade fica assegurada porque nacionalidade não é usada como princípio para a determinação do salário e assim não existe discriminação.

O conceito de estabilidade para empregados não tem aceitação, nem legal nem consuetudinária, como tal nos Estados Unidos, mas o mesmo resultado aparece geralmente na prática, embora não seja de um modo tão uniforme como no Brasil. A estabilidade é obtida ou pelo contrato coletivo ou por entendimento tácito, e tem duas manifestações: primeira, quando os empregados são dispensados temporariamente ou permanentemente, os que contém maior número de anos de serviço são os últimos a serem afetados; segundo, entende-se que quanto maior o número de anos de serviço, maior a expectativa do empregado ficar no emprêgo e tanto maior a dificuldade em encontrar e ajustar-se a um novo emprêgo. Por isso, o sindicato é especialmente zeloso em proteger os interesses do empregado antigo e assim a demissão dêle em geral exige uma razão séria, tal como completa falta de habilidade, ineficácia elevada, falta de observância dos regulamentos da empresa motivos semelhantes aos incluídos no conceito de justa causa para demissão no Brasil) etc.

Considerando que quase tudo nos Estados Unidos é deixado no campo da autonomia individual, é um pouco

45. De fato, parece difícil conciliar a lei brasileira com o artigo 141 da Constituição de 1946, assegurando igualdade perante a lei dos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

difícil para o norte-americano acostumar-se à idéia de regular quase todos os assuntos por lei, embora isto seja compreensível em vista da falta histórica de prática em sindicalismo no Brasil, e a necessidade consequente de proteger o trabalhador com normas legais. Em vista desta necessidade, não é surpreendente nem alarmante, ao norte-americano encontrar disposições na Consolidação das Leis do Trabalho regulamentando o seguinte: horário diário semanal, pagamentos extraordinários para serviços fora do horário em certas condições, indenização para demissão injusta, licença para ausência da mulher grávida, férias, restaurantes para grandes estabelecimentos, não transferência sem aumento do salário, etc.

A grande desvantagem que o norte-americano encontra em tais disposições é o perigo de ser uma regra infeliz colocada na lei, onde pode ficar sem alterações devido a inércia e considerações políticas, embora seja melhor para o empregado e empregador que ela não exista. Na nossa opinião esta é a situação da regra brasileira de estabilidade. Como temos uma disposição semelhante mas particular nos Estados Unidos, o conceito mesmo não parece fora do normal. Não obstante, a forma adotada pela lei brasileira, não parece ser a resolução mais inteligente, devido a sua falta de flexibilidade e à pressão que impõe tanto sôbre empregado como empregador. Lembre-se a grande tentação para o empregador de tornar as condições do trabalho insuportáveis para o empregado próximo aos 10 anos de serviço, a fim de obrigá-lo a sair do emprêgo. Se o empregado ficar, estará descontente no emprêgo e as relações entre êle e a emprêsa serão de hostilidade. Se o empregado consentir em ser dispensado, então o propósito de estabilidade é derrotado. Se êstes dois aspectos são desfavoráveis ao empregado, a estabilidade, uma vez atingida muitas vêzes representa um problema verdadeiro para a emprêsa, que é obrigada a manter um empregado que nada contribui para ela e que pode passar o seu

tempo de modo ainda mais prejudicial ao empregador, aproveitando-se da estabilidade da limitada possibilidade de demissão nos termos da falta grave. Já que o essencial básico na relação de trabalho é a satisfação mútua e a habilidade de funcionar juntos em harmonia, assim fazendo do emprêgo uma atividade humana mais importante que a simples troca de serviço pelo dinheiro, parece que seria prudente mudar o método atual, sem sacrificar o princípio da estabilidade. Embora possa parecer presunção de observador estrangeiro, desejaríamos lembrar que talvez um sistema mais satisfatório fôsse a instituição de uma escala flutuante na qual o prazo para estabilidade concedido ao empregado fôsse aumentando com os anos de serviço. Talvez fôsse também aconselhável incluir outros fatores na escala, tais como tempo total como membro sindical, treinamento especial obtido pelo empregado para preparar-se para o emprêgo, mérito e habilidade demonstrados pelo empregador em unidade produzida ou atitude cooperativa ou a sua falta no registro disciplinar, etc. A justificação para introduzir fatores outros que a mera antiguidade seria fornecer um incentivo para o trabalhador ganhar o estado de estabilidade, enquanto asseguraria ao empregador que seja merecido. Não conceder uma estabilidade vitalícia exceto nos casos de maior merecimento e talvez ainda nesse caso estipulando que a má execução do trabalho pelo empregado seria considerada falta grave, serviria para proteger o empregador caso o empregado tentasse aproveitar-se da condição de estabilidade para deixar de contribuir para a produção.

Até este ponto, dois aspectos do direito social norteamericano têm sido destacados: 1.º) que grande parte não é encontrada nas leis mas depende das partes; 2.º) que a lei federal tem como fim assegurar que as partes negociem justamente entre si. Não obstante, a legislação estadual e federal venha assumindo um papel de crescente importância em assegurar certos direitos, papel geralmente

no interesse do empregado, que não podem ser perdidos por negociação, assim criando um núcleo de proteção, especialmente importante no caso de empregados não sindicalizados ou pertencentes a um sindicato fraco.

No campo de legislação federal, temos o “Fair Labor Standards Act” (Lei de Normas Justas de Trabalho) de 1938 ⁴⁶, subsequentemente alterado. Como no caso de quase tôda a legislação federal, o seu alcance é limitado ao comércio *interestadual*, mas em vista da interpretação aumentada dêste conceito, pode-se dizer que se aplica à maioria dos trabalhadores. As suas disposições proíbem o trabalho de menores ⁴⁷, estipulam o horário semanal normal de 40 horas, horário diário normal de 8 horas, e um salário mínimo nacional de 75 cents. por hora ⁴⁸. O horário diário e semanal podem ser aumentados pelo pagamento de certos adicionais *mínimos*, de 50% mais para as primeiras 8 horas adicionais, e de 100% para as demais. Não há limite sôbre horas totais. Disposições semelhantes, como é sabido, existem na lei brasileira.

Uma lei parecida aplica-se aos estabelecimentos que têm contratos com o governo federal ⁴⁹: dispõe contra o trabalho de menores; estabelece o horário semanal de 40 horas; determina que o salário mínimo será aquêle geralmente em vigor na indústria da qual o estabelecimento faz parte ⁵⁰.

O equivalente norte-americano à Lei de Acidentes do Trabalho encontra-se em leis estaduais e federais chamadas “Leis de Responsabilidade do Empregado” (Employer Liability Acts). Em geral, estas dispõem que os acidentes

46. Statutes at Large, 1060, 1938.

47. Definido em têrmos de 16 anos.

48. É importante notar que quase ninguém recebe tão pouco. O mínimo atualmente em vigor para trabalho sindicalizado talvez possa ser estimado a \$1.25 por hora ou mais.

49. “Walsh-Healy Act of 1936”.

50. Assim fornecendo um salário mínimo mais elevado que o mínimo nacional ordinário. Veja nota 48.

sofridos no decurso do emprêgo devidos a falta do empregador são da responsabilidade dêle. Mais recentemente, “Leis de Compensação do Trabalhador” (Worksmen’s Compensation Acts) têm aparecido em muitos Estados, baseando a responsabilidade do empregador no risco inerente à relação de trabalho, em vez de baseá-la na sua negligência. Embora esta legislação represente um melhoramento considerável quanto aos princípios do direito costumeiro, e embora muitos tribunais tenham ido longe no reconhecimento a negligência do empregador, e muitas legislações estaduais tenham suprimido a necessidade de provar essa negligência, ainda é justo dizer que a êste respeito os Estado Unidos fariam bem em seguir o exemplo do Brasil e adotar proteção universal do trabalhador baseada no risco da relação de trabalho em vez de ampliar o conceito de negligência patronal como ainda é o caso das leis federais e de muitos Estados. Não obstante, deve salientar-se que desenvolvimentos recentes nos contratos resultantes de negociação coletiva têm trazido extensivos planos de segurança contra acidentes, assim reduzindo algo da seriedade do problema.

A aposentadoria e o seguro de vida são garantidos pelo Sistema de Segurança Social (Social Security System)⁵¹, semelhante na forma ao sistema brasileiro dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, com a exceção de ser uma única entidade centralizada para todos os tipos de empregados. Esta centralização talvez explique o grande êxito e eficiência do funcionamento do sistema nos Estados Unidos. Os fundos são obtidos por meio de desconto nos salários e pagamentos equivalentes por parte do empregador. Com o plano atual, a aposentadoria é possível em geral aos 65 anos. Em caso de morte, os beneficiários recebem pagamentos mensais. Em leis estaduais encon-

51. Inaugurado em 1935 e subsequentemente expandido para incluir a grande maioria dos assalariados. Pode ser suplementado por disposições do contrato de trabalho.

tram-se disposições semelhantes às brasileiras. O trabalho do menor não é permitido. No Estado típico, o menor entre 14 e 16 pode trabalhar em certos tipos de emprêgo para um número específico de horas (muitas vêzes menos horas do que o maior pode trabalhar) ⁵²; um exame médico e um “certificado de trabalho” (um tipo de carteira) são exigidos. A êste respeito deve ser lembrado que a educação pública gratuita e compulsória é garantida para todos (até a idade de 16 anos na maioria dos Estados), e como os cursos noturnos não são facilitados em geral nem recomendados para o menor, o trabalho do menor ocorre nas férias do verão, em junho, julho e agôsto. Dos 16 anos aos 18, menos restrições são estipulados quanto ao tipo de emprêgo ou horário, mas exames médicos e certificado de trabalho são muitas vêzes exigidos. Em geral o menor nos Estados Unidos recebe o mesmo salário, ou virtualmente o mesmo, dos que prestam o mesmo serviço, e não a quase automática metade recebida pelo aprendiz como no Brasil ⁵³. É nossa opinião pessoal que parece difícil conciliar esta disposição brasileira com o princípio geral de salário igual para trabalho igual ⁵⁴ e, em segundo lugar, parece-nos infeliz por fornecer um incentivo para empregar menores ⁵⁵.

O emprêgo de mulheres nos Estados Unidos pode ser regulado pela lei, pelo contrato de trabalho ou por costumes locais. Não é normal, por exemplo, para elas trabalharem à noite, nem horas extraordinárias, a não ser nas épocas de emergência (guerra etc.. Licença para mulher

52. Não pode, por certo, ser empregado em uma indústria no comércio interestadual, pois êste violaria o “Fair Labor Standars Act”.

53. De fato, a lei mesma fornece a base para isto no artigo 80, tratando do salário mínimo.

54. Artigo 461.

55. Reconhecendo naturalmente, que em casos individuais pode ser de grande importância para o menor obter um emprêgo e que para êle a lei pode representar um auxílio tornando seus serviços mais atraentes à emprêsa.

grávida é concedida normalmente. Em geral, a mulher recebe o mesmo salário que o homem no caso de serviços idênticos).

Como no Brasil, regras de higiene e segurança são colocados em lei. Em geral a legislação neste caso é estadual ou municipal e geralmente não é tão detalhada como a lei brasileira e deixa discreção aos fiscais de saúde que fazem inspeções periódicas. Aqui também a lei mesma não é tão importante como o contrato coletivo, porque os sindicatos têm sido muito eficazes em obter excelentes condições de trabalho e em conseguir atenção pronta às reclamações através da Comissão de Conciliação. Talvez seja efetivamente este interesse expresso dos trabalhadores no emprêgo que falta no Brasil e explica a falta de concretização na prática das normas muito avançadas das Leis de Trabalho.

Os princípios de direito comum não sòmente restringiram os direitos do empregado sindicalizado no passado mas também protegiam e ainda hoje protegem vários direitos de trabalho, apresentando resultados que são parecidos com os das disposições das leis brasileiras ou com os resultados prováveis em juízo no Brasil. Por exemplo, o empregado é considerado um credor quirografário quanto aos salários não pagos, na falência ou em outras circunstâncias. Esta preferência representa o mais respeitado crédito do direito costumeiro e sempre é reconhecido antes de qualquer outro crédito contra a emprêsa ⁵⁶.

Outro exemplo é que o trabalhador tem direito a um salário justo para serviços *prestados* e na falta de estipulação a respeito entre as partes, o tribunal estabelecerá a importância, tomando em consideração o tipo de emprêgo e o salário local em vigor ⁵⁷. Também o empregado tem o direito de executar o contrato. Se fôr por prazo determinado e o empregador o rescindir, o empregado tem

56. Disposições da Consolidação das "Leis do Trabalho" incluem férias não gozadas (Art. 144) e salários não pagos (Art. 449).

57. Disposição parecida encontra-se no Art. 460.

direito a perdas e danos baseados no que teria ganho nos termos do contrato. Não obstante, como êle provavelmente pode obter outro emprêgo e como o direito costumeiro impõe sôbre êle o dever de tentar arranjar tal emprêgo para mitigar a responsabilidade do empregador, em geral, o empregado não receberá os salários integrais, como no Brasil⁵⁸. No caso de emprêgo com prazo indeterminado (chamado “a vontade”), não existe no direito costumeiro o princípio de indenização ou aviso prévio⁵⁹. Normalmente êstes são estipulados no contrato e assim podem ser reconhecidos em juízo. Outro direito do empregado, como seria esperado, é de não ser insultado ou ferido pelo empregador, podendo receber indenização por danos em tais casos⁶⁰.

O trabalhador desempregado nos Estados Unidos tem não sòmente a secção de “Precisa-se” do jornal mas também: (1) muitas vêzes um serviço de empregos do sindicato; (2) o Serviço de Emprêgos dos Estados Unidos, uma agência do Ministério de Trabalho, com escritórios em tôdas as partes do país, com listas de emprêgos disponíveis; (3) serviços estaduais de emprêgos.

Se, apesar dêstes auxílios o trabalhador não pode achar um emprêgo sua situação torna-se menos infeliz em muitos Estados por meio do “seguro de desemprego”, que consiste em pagamentos do govêrno estadual para tomar o lugar dos salários faltantes.

IV — Conclusão

Os sistemas de direito social brasileiro e norte-americano, têm distintas fontes históricas e orientações. Ao norte-americano, ter tantos assuntos disciplinados na lei

58. Artigo 479.

59. Artigo 487.

60, Também no Brasil o empregado pode considerar injustamente rescindido o contrato e a indenização é devida a êle.

escrita parece deixar muito pouco às partes. Ao brasileiro, provavelmente o direito social norte-americano parece surpreendente na sua falta de ordem sistemática. Não obstante, o sistema norte-americano, depois de anos de esforço, tem resultado num sistema no qual a maior parte dos empregados podem ter casas próprias, automóveis, televisão, podem viajar, podem mandar seus filhos à Universidade, e, enfim, gozar de uma prosperidade material que possibilita um elevado nível de interesse cultural — tudo com uma semana normal de 5 dias e 40 horas de trabalho. Isto aconteceu porque o trabalhador aprendeu como expressar-se de forma enérgica mas ao mesmo tempo razoavelmente, e porque a classe patronal vem tratando a classe operária como um sócio no processo de produção e comércio. Se um sistema é fundado na lei escrita ou na iniciativa particular, o certo é que as relações trabalhistas bem sucedidas em última análise dependem das pessoas envolvidas. Quase qualquer lei pode ser ignorada e desrespeitada até ser morta, se o povo se negar observá-la. Por isso, é de esperar-se que o Brasil não deposite sua fé simplesmente nas leis, supondo que elas resolvam os problemas. Se as leis brasileiras, novas como são, vão desenvolver-se para o futuro, tanto os sindicatos como os empregados precisam ser educados nos métodos de trabalharem em conjunto. Básica para isto é a necessidade de os sindicatos aprenderem a exercitar com eficiência a “democracia própria”, para que mereçam o respeito das empresas. Com sua progressiva e em geral excelente legislação, o Brasil poderia evitar a luta prolongada que foi necessária nos Estados Unidos para obter direitos básicos para o trabalhador. O Brasil só poderá atingir esse objetivo se os trabalhadores, e, de sua parte, os empregadores se prepararem para inteligentemente defender seus direitos e negociar com compreensão com a outra parte. O processo de “collective bargaining” e o interesse próprio esclarecido do qual depende, provavelmente nunca assumirá no Brasil a mesma forma que nos Estados Unidos.

Não obstante, se o sistema brasileiro quiser transformar-se num sistema em que haja “democracia própria”, como é desejável num país que está se desenvolvendo tão rapidamente, então passos decisivos deverão ser dados nessa direção

Tem chegado a ser quase uma tautologia concluir-se que a educação represente a solução para tôdas as necessidades humanas, mas neste caso parece mais uma vez ser verdade.

Este artigo foi escrito na esperança de que as considerações nele contidas, sôbre um outro sistema de direito social, embora sumárias, possam contribuir para que o leitor compreenda melhor o seu próprio sistema, como aconteceu, aliás, com o autor em seus estudos relativos ao direito social brasileiro, e também para adiantar um pouco o processo de educação a êste respeito, procurando demonstrar, mais uma vez, que nenhum problema humano exige, necessariamente, uma única solução.

Geração do bandeirismo humanista *

Raphael Valentino Sobrinho

Significação da formatura e o convívio acadêmico

Ei-nos no ponto zenital da vida acadêmica, na hora tantas vêzes idealizada, para onde convergiram, rescendendo a fragrância do entusiasmo, os sacrifícios e as elucubrações cotidianas, os devaneios e os embates peculiares a êste ciclo indelével da nossa formação intelectual.

Durante um lustro, construímos com apuro, a cada átomo, o presente minuto pinacular, esmaltado, cinco anos atrás, pelas réstias da esperança, dourado hoje, pela tauturgia da saudade, numa transmigração eviterna da alma para a riqueza polimorfa dos estados vividos ou sonhados.

Mescla-se, assim, a magnificência dos planos triunfantes como ocaso do dileto convívio universitário, bruxoleando, agora, ao flamejar de um porvir incerto.

À guisa dos sons, encadeados em êxtase sobrenatural nos arroubos dos artistas, os homens se acrisolam e elevam através do prodígio da reciprocidade. A intuição do significado relevante dêste fenômeno levou Pitágoras a escolher para base do real, no seu sistema, o número e a harmonia. Com o auxílio desta, suprem os virtuosos as lacunas da palavra, corporificando os sentimentos inefáveis e encontram as individualidades desgarradas a forma

* Discurso proferido pelo bacharelado Raphael Valentino Sobrinho, orador da turma de 1958 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na solenidade de colação de grau realizada no dia 10 de abril de 1959.

supina da anulação do oposto e do inerte; reconhecem-se, então, as consciências e o sair de si mesmo é, no fundo, um reencontrar-se, depois de ampliar as possibilidades do outro e de adquirir novas e fecundas dimensões. Ao esplendor dos valores coletivos, cada qual se transcendentiza na alma comum, porque radica nas profundezas do ser os ideais que unem os anelos e solidificam as comunidades concretas.

Fascinantes são tôdas as lídimas formas de comunicação humana; rutilam, porém, com mais intenso fulgor as colmeias de inteligências no desabrochar, pois a mocidade, como o perene milagre do arrebol, se compõe de “um vestígio de sonho e de um princípio de pensamento”. Quem contempla a apinhada adolescência jônica — proclamavam os hinos homéricos — crê que jamais ela envelhecerá, porque da sua ação e arrebatamento dimanaram a arte e a filosofia, a curiosidade da pesquisa e principalmente a fé no valor da pessoa.

Os ideais da juventude, dando-se a mão por cima dos séculos, zombam da pujança dos impérios, mofam do pragmatismo caricato dos poderosos, porque viceja no seu âmago o segredo da eternidade, a demonstrar para todo sempre que o homem só se dignifica, aninhando-se nos esplendores trágicos da idéia. Adejar para as cogitações transformadoras do mundo é algo que participa da insensatez do furor mas se reveste do encanto excelso do heroísmo.

A decomposição social da nossa época é fruto da “ausência de mocidade”; imolaram-na as gerações pré-bélicas em holocausto às grandes potências, mal a conhece o após-guerra, flagelado por uma nova barbárie, que proscreve o ideal em nome da mediocridade, apedreja os heróis na apologia da tibieza e santifica o conformismo, aceitando o cativo.

Eis porque, ao inserir-nos na radiosa família acadêmica, ainda neófitos tímidos, nos cativou a sua indole estética, a apontar sem tréguas novos rumos valorativos em

contraposição às formas declinantes do existir. Nas meditações das manhãs de estudo, no ardor das noites festivas e das pugnas políticas, surdia a beleza marcante do espírito comunitário, trazendo consigo a promessa suprema de vencer a nostalgia da solidão.

Aqui, há quase uma centúria e meia, entre as paredes de taipa do velho Convento de São Francisco, homiziaram-se o amor à Justiça e o sentimento da beleza. O Direito — como proporção e medida da convivência —, a Poesia — como intérprete da realidade no que ela tem de humano e sensível — enlevaram-se nas primícias de um amplexo, cujos albores lhe pressagiaram a infinitude, jurando perpétua e mútua fidelidade. Desde então, os mesmos anseios e as mesmas aflições se espelharam nos olhos de ambos; os lauréis da palavra melódica ataviaram o gládio do Direito e as duas realezas, sem corar, luziram na pugna comum pela hegemonia da Justiça. As abelhas doiradas da juventude fretiniram, saudando a maravilha dêsse enlace; o coração brônzeo de Têmis partiu-se para receber o impulso do humanismo e o aviário canoro das Arcadas principiou a ressoar em nome das grandes causas.

Em todos os grupos, inclusive nos centros universitários, introduzem-se espíritos impermeáveis às centelhas transpessoais e opõem-se à institucionalização do corpo social, porque lhe desnaturam o sentido integrativo; encerrados no ergástulo da própria apatia ou de estulta vaidade, ensurdecem tais elementos aos apelos das presenças circundantes. Oxalá o predomínio da apatia nunca se concretize nesta Casa, anunciando a curva da senectude, a austeridade hierática, indiferente e semi-morta, incapaz de absorver os mais úberes legados espirituais.

A existência é o cenário constante das despedidas — confessou o gênio da música romântica na sutilidade emocional do “lento”, dedicado ao idílio segundo seu coração, sua raça e sua fé. Sente o homem a crueza desta verdade, com todo o travor, quando, no imenso disco do passado, se afogam as imagens caras e as vivências sublimes. A

magnitude do nosso destino, emergente da síntese do dever e da vocação, não permite, todavia, nos desfaçamos em caramunhas, ao apartar-nos do aconchêgo de uma comunidade.

Reponta, destarte, na cerimônia de hoje, antes uma diretriz para o porvir que uma recordação melancólica e infrutífera do pretérito. Viver é sentir-se projetado para o futuro, plasmando-o com os meios fornecidos pelo arsenal imutável dos tempos transatos. Consolida-se, pois, neste instante, um vínculo a envolver a totalidade do nosso ser, porque representa a condição para alcançarmos o eu autêntico e propelar, cada vez mais conscientemente o nosso eu infra-existencial, até atingir os píncaros de um devotamento verdadeiro.

Juramos fidelidade à Justiça, virtude perfeita, no dizer do mestre de Estagira, estréla formada na nebulosa dos nossos instintos e da nossa vida incompreensível, por ser igualmente a bondade e a piedade, a generosidade e o egoísmo. Dedicamo-nos, doravante, ao enobrecimento da conduta nos seus laços intersubjetivos, congregando-nos em tórno de um bem que é o querer necessário e o fundamento racional do desejo de reciprocidade.

Malfadada seria a missão histórica das Arcadas se elas não se engastassem na órbita das forças modeladoras das várias épocas, imprimindo-lhes a nobreza da sua altitude vital. Por êsse motivo, a Academia infunde nos corações de seus filhos o afã inesgotável de renovação na constância da liberdade e o vigor necessário para não macularem com a perfídia o juramento proferido no dia solene da formatura.

Ao filosofarmos sôbre a História da Faculdade de Direito, duas notas rebrilham de imediato: a primazia e a liberdade do espírito e a inquietude ante o fato cumprido. A sua cosmovisão, por natureza, não é “cumulativa”, porque não pode cultuar apenas o que foi. O poeta já ressaltou com acêrto: o seu tradicionalismo não é uma fôlha esquecida, mas é uma “fôlha dobrada”, que se volta

a ler e a escrever, pois a Academia do presente deve agigantar a do passado, deve ser a Academia da humanização do progresso e do Direito, a Academia de uma nova Campanha Civilista, a Academia do idealismo levitando nos horizontes históricos, a matizar a obra ininterrupta de um povo, cuja alma agasalhou a apoteose da mocidade.

A mocidade e o renascer do humanismo

Coincide o raiar da nossa vida profissional com o declínio inquietante de uma cultura, crestada pela angústia do estertor. Transpomos o século das ansiedades intensas e das perplexões múltiplas, porque a mais árdua das tarefas se nos impõe: querer sem esperança imediata.

Assinala o período coevo da evolução humana o “fim do eterno” na inteligência e na emotividade, como demonstrou Julien Benda. Indubitavelmente, a aptidão para ascender do caso concreto à categoria, de abstrair formulando princípios genéricos extrema o civilizado do bárbaro, o pensamento adulto do infantil. Já não se, crê, entretanto, em valôres imperecíveis nem em regras gerais. Cada segundo, na temporalidade, possui as suas leis, desconexas de tôdas as outras. O acaso erige-se como legislador supremo da conduta, insensível aos eflúvios de qualquer verdade.

Entre a “moral comodista” das elites em decadência, infensa aos halos revitalizantes e a “vida perigosa” exaltada por Nietzche, há um reino reservado à soberania da cultura. Nas suas coordenadas não se canoniza o frenesi do aventureiro nem se agrilhoa o bandeirismo — sentimento insuprimível da faculdade inventiva, construtora e renovadora do homem.

Os arcanos da natureza desvendam-se num triunfo do saber; a técnica submete a quase integralidade dos fenômenos físicos aos seus comandos, enquanto uma consciência comum negativa caracteriza a paisagem pròpriamente

humana do mundo hodierno. O temor alternando com a indiferença recebe o atributo de ideologia dominante, para prenciar os paroxismos de uma civilização a-finalista, sem o programa último do devido e do indevido, do possível e do impossível.

O entusiasmo pela inteligência, surdindo do fascínio da filosofia cartesiana, do sistema barroco de Leibnitz esboçou-se no limiar do século XX, quando tremeluziu nova deusa: a vontade. O intelectualismo encontrou, então, na sua ruína a penitência do desmedido orgulho, pois o pensamento não é a realidade única e primária; é, ao invés, uma reação a que a vida nos constringe, porque deita raízes no fato prévio e terrível de viver. Entretecendo-se apenas em “idéias de idéias” — segundo a expressão de Ortega — a cultura tornou-se incapaz de nortear os destinos humanos, perdeu-se nos arabescos de interminável dialética. Só idéias de sentimentos, de normas, de emprêsas e de deuses podem provocar revoluções inauditas e metamorfoses essenciais.

Pairando solitária nos fastos da era contemporânea, a vontade gerou o portento de uma civilização material; tortura-a, porém, a ausência de um rumo definido. Habitou-se a humanidade ao furor dos combates e à obstinação das resistências: esvaindo-se, contudo, a quimera do consenso puramente científico e a da tecnocracia, nenhum outro valor subordinante, nenhuma outra idéia-fôrça irrompeu para substituir as “estruturas de vigência” empanadas. Os homens ora se isolam, ora se aglomeram em ajuntamentos sem unidade, na vã tentativa de encontrar entre as multidões o que não existe em cada um. Faltalhes, enfim, uma diretriz, uma estrêla polar valorativa para imantar-lhes as ações e coloril-as de humanismo.

O espetáculo agônico da cultura — inimpressionável às imposições do contôrno — enseja o aparecimento da violência e da magia fantasista.

Pasma, sobremaneira, na atualidade, a expansão da fôrça arbitrária — elemento adióforo e inconsistente —

cujos clarões têm a efemeridade dos ribombos que a acompanham, sem imprimir no recesso das consciências o sulco de um ideal ou o calor de uma convicção. Os mais relevantes problemas se resolvem pelas armas, porque a cultura e o Direito só atuam após o seu esfuziar, emprestando aspecto jurídico e humanitário aos fatos consumados. A grandeza dos exércitos repousa, todavia, na sua humildade perante a Justiça e os imperativos do pensamento. Ruy já o dissera: “a Nação governa; o exército, como os demais órgãos do país, obedece”. Apesar do ciclópico desenvolvimento da indústria em nossa éra, é inevitável reconhecemos certa margem de barbarismo; nos momentos de incerteza nacional e internacional, a palavra derradeira cabe ao rugir dos canhões, devido ao desprestígio inominável da “razão vital” e ao malôgro do poder diretivo das idéias. O bulício guerreiro não se agita, contudo, em favor de projetos comunitários; estruge impedido pelas paixões movediças e egoistas dos seus propulsores.

Ao lado da violência, medra a magia legendária. Falaciosos salvadores, por meio de processos de sugestionamento coletivo, galvanizam a sensibilidade das massas, com o fito de monopolizar o poder. Tremulam as civilizações entre os galarins e o poente dos líderes carismáticos; as tendências anti-históricas da política rompem qualquer contacto com o passado, reputando-o funesto manancial a nutrir a independência dos homens. Substitui-se, então, o conhecimento autêntico da evolução social por falsas e miraculosas fórmulas, nimbadas pelo velo da lenda.

A utopia da nova idade áurea, envolta ainda no apocalipse do futuro, pretende justificar o vexame das gerações atuais, num doloroso esfôrço de parturição. Mártires anônimos perecem na ara imaginária de uma sociedade perfeita, onde não haveria ódios nem competições, concretizando-se o infinito das leis ético-sociais. Os adeptos de tal miragem instituem como princípio capital do seu sistema a destruição. Só dos escombros, só do exício guindado a técnica salvadora poderá aflorar o “éden terrestre”.

E o homem — inequívoco fim da Política e do Direito, como salienta Kant — converte-se em instrumento de nefasta experiência que visa estruturar comunidades irrealizáveis. A pessoa passa a representar simples potência passiva, esquema abstrato de sujeição; nenhum destino autônomo se lhe assegura, além do colimado pelos grupos dominantes.

Voltando-nos do cenário dos fatos para o das ideologias, encontramos um mundo fracionado entre duas visões unilaterais. Separa-as o calidoscópico dos preconceitos e dos interesses imediatos antes que as urgências vitais e a autenticidade dos seus fatores estimativos. Aos que concebem o bem comum como equilíbrio automático dos egoísmos, como pasto indefeso das ambições individuais opõem-se os transpersonalistas, partidários da preponderância absoluta do todo, através de flexível dirigismo. Uns e outros deformam a realidade; o homem não é só indivíduo mas também não é só social. Somos seres bivalentes — na expressão de insigne jusfilósofo contemporâneo — porque, de algum modo, somos nós mesmos e também os outros.

Atente-se para o despertar e o evolver das consciências e invalidando a unilateralidade de ambas as perspectivas, emergem, de pronto, as dimensões daquelas: a vocação, a encarnação do ideal e a aspiração comunitária. Meditando sobre a miríade de apelos que incidem e se refrangem no imenso cristal da vida humana, sentimo-nos atraídos pelo mistério de algumas dessas mensagens multicores que o nosso espírito capta: é o toque altívago da vocação. Desde aí, a forma de existência eleita é uma divindade que em nós se encarna e burila nas grimpas do nosso ser a trajetória, por vêzes dolente, da sua realização. Mas os esboços isolados dos indivíduos se esvanecem antes de se corporizar; por isso o ardor vocacional determina a exigência associativa. Entreabre-se, a todo instante, o nosso ser para o diálogo fecundo com a sociedade e enriquecendo-a com a nossa vivência valorativa, percebemos que ela também nos engrandece em virtude da comunhão entre seus membros.

Perde, pois, significado a contenda entre as duas visões parciais: a individualista e a transpersonalista. Uma convergência de ambas as perspectivas sob a égide do humanismo é o que reclamam os povos. Nem é lícito, ao Estado entoar, de braços cruzados, hinos à liberdade nem lhe é lícito, outrossim, sufocar a eminência supina do homem, que consiste em ser agente da História, introduzindo-lhe no processo valores novos, graças à sua participação nas esferas do real e do ideal.

A era em que nos situamos define o conteúdo da nossa responsabilidade: devemos constituir a geração do bandeirismo humanista, subordinando as conquistas técnico-científicas e o progresso político-jurídico aos legítimos fins da pessoa, vista como encruzilhada tangencial da matéria e do espírito.

Ao humanismo estético, intelectual e diletante de outrora suceda o humanismo ativo, compreendido como preservação do que o mundo já conheceu de melhor e como ansiedade insopitável de ampliar os álveos da vida, num transcender inerente à nossa espécie.

Imaginou-se, aos primeiros impactos das possibilidades da técnica, transferir para o seu domínio a solução de todos os problemas existenciais; arvorou-se o sentido nihilista da neutralidade dos fins em regra determinante do agir. Sem tardança, porém, adveio o desalento — sequela fatal dessa fantasmagoria. Temem-se as bombas e os teleguiados como se representassem algum perigo, de per si, e não constituíssem sintomas da corrupção da ética pela vontade de poder. Ignorando a subjetividade — indiscutível dado científico — chega-se, enfim, à alienação humana, fenômeno que a Filosofia do nosso século acentuou com raro êxito. Com efeito, atribuir à racionalização dos instrumentos técnicos o govêrno do universo é renúncia abjecta do homem ao seu pôsto no cosmos.

Ao renascer o espírito humanista — genuíno cerne da cultura ocidental — a divisão do trabalho não equivalerá ao divórcio das tarefas sociais nem à indiferença de um

grupo ante os outros, gerando a exclusão recíproca das várias classes; o sentimento de posse não continuará monopolizando a existência interior mediante falsa primazia; o Estado não poderá apresentar-se ao cidadão como presença indesejável, como simples cobrador de taxas e impositor de serviços, porque a sua problemática não há de se exaurir na glosa da antítese contratualista entre indivíduo e sociedade, refletindo, ao contrário, a procura de um estatuto de integração social; a democracia, por fim, não será mera tutela de uma liberdade negativa, destituída de objetivos, porque há de exalçar entre os seus escopos a orientação e o incremento dessa liberdade, segundo os projetos comunitários.

Ceda a liberdade ilusória à verdadeira, aceitando, de modo espontâneo os próprios limites; transfira-se o “ethos” político da sociedade livre para o orbe econômico, através de uma ética de cooperação.

O govêrno só se confie a quem tiver encarnado um ideal de aperfeiçoamento comum! Basta de líderes carismáticos! Basta de caudilhos! O poder emana do povo, mas acima dêste sobreleve-se uma cultura que o resguarde e ilumine, capaz não apenas de dominar a natureza mas também de aprimorar as subjetividades criadoras.

Não se transforme a vontade do Estado — método para exprimir os direitos das fôrças sociais — em princípio “per se stante”, em propriedade de algumas classes, com detrimento das demais. Realize-se, assim, o magnífico desiderato de Max Scheler: “que a aristocracia no céu não destrua a democracia na terra”

Retumbe a ardência da mocidade, estrojам os centros universitários na cruzada do “bandeirismo humanista”, lançando uma ponte entre a imagem físico-matemática do universo e a sua compreensão histórico-cultural. Submeta-se a técnica e a política ao primado do humano. No cumprimento dessa missão que a História nos outorga, relembremos o sublime imperativo kantiano:

“Atuai como se o princípio da vossa ação devesse, por vossa vontade, converter-se em lei geral”.

O direito e a nova aurora humanista

Instrumento da vida humana, enlaça-se a Jurisprudência na crise que a subjuga. As suas pristinas categorias, revigoradas no primeiro instituto de cultura superior, na vetusta Bolonha de Irnerius, embatem-se contra a insubmissão da coetânea idade dionisiaca. Os fatos sociais rompem crebramente os limites inflexíveis da legalidade; os parlamentos legiferam enquanto as massas se subvertem e a rajada da descrença no Direito transfixa muitas inteligências.

O império da norma revela, por si mesmo, o predomínio da mais alta espiritualidade, por ser o reflexo do pendor para o convívio social e do conseqüente repúdio ao isolamento egoísta, implicando, outrossim, preferência por um perimetro sistemático de juízos e atos, em oposição à volubilidade do poder arbitrário e desenfreado. O homem é homem em virtude da norma — assegura José Juan Bruera — pois o seu prevaecimento envolve incommensurável confiança na solidariedade social.

A vocação jurídica impõe um tipo complexo de vida. O inesquecível Pontífice Pio XII, autor do significativo lema “Opus Justitiæ Pax”, em síntese lapidar, exaltou a figura do jurista: “criatura que se agita entre o finito e o infinito, num movimento necessário que exprime tódã nobreza da ciência por êle cultivada; se o objeto das suas indagações são as normas, o sujeito a que se destinam é o homem, não em sua parte inferior e menos nobre.. mas o homem na sua parte superior, na sua propriedade específica de agente racional. .”

Intenta-se, sobretudo nos dias contemporâneos, depurar de maneira completa o Direito; reduz-se, então, o jurista ao calculador de conceitos — segundo a crítica mordaz de Savigny — equacionando abstrações e ritmando

intrincadas formalidades, de que os povos podem prescindir tranquilamente.

No genuíno cultor da Jurisprudência entremeiam-se as preocupações do “homem teórico”, os zelos do político, do “homem social” e os arrebatamentos dos estetas; ante os seus olhos, perpassam tôdas as fôrças vitais, na agrura das pugnas e no frêmito ascensional. O Direito e o Estado, perdidos no formalismo, desvinculados das exigências humanas transfundem-se em aparatos de opressão da pessoa ou em fatôres de liberdade anárquica.

Animar a Ciência Jurídica apenas com a Lógica é condená-la à miséria. Êste, aliás, é o seu drama presente, visto que, perdendo-se no nominalismo das categorias conceituais e nas especiosidades de uma técnica sem objetivos, vem produzindo um “*Diritto senza verità*”, como proclama Opocher. Despojado de sentido ético, pompeando inatacável tegumento de digressões silogísticas, o Direito se desenvencilha dos valores que norteiam o operar humano; em seu nome espalha-se o flagelo da guerra e da hecatombe, aniquilam-se as liberdades e amordaça-se a palavra. Não se correm de exhibir as insígnias da Justiça os prêgadores do racismo, do destino manifesto de uma nação, os arautos de sociedades angelicais pelo milagre da tirania.

Quantos pseudo-juristas se postram aos pés do poder, numa suposta defesa da autoridade! Desejos de facínoras e dementes adquirem, de imediato, revérbero jurídico, a insinuar que a nossa Ciência é insuscetível de gravitação em tôrno de verdades próprias e de “constantes estimativas”.

Implanta-se, assim, no domínio do Direito a concepção atomista e bélica do social, através de uma gama de arbitrariedades jurisfeitas, que nascem com a hegemonia sem contraste de alguns grupos na ordem interna e culminam com o desvario dos potentados na ordem internacional.

Urge que o Direito se coadune com o renascimento humanista anelado pela nossa época, sob pena de se fossilizar como estrutura inerte. Incumbe-lhe, primacialmente,

projetar a liberdade no dintorno do espírito comunitário, mediante justo equilíbrio entre o rigor técnico-formal e as solicitações dos valores que o imantam.

O progresso jurídico, como o da História em geral, não se confunde com a mística econômica, com a acumulação de haveres, porque não se resolve no proliferar estouvado de leis e faculdades de Direito; a sua essência é a marcha para a perfeição do ser, regorgitando-lhe no bôjo, crises, perdas irreversíveis, dilacerações e retornos.

Insta assentar definitivamente: a norma jurídica não é fruto exclusivo de uma técnica, porque antes espelha uma opção radical, delimitada pelos imperativos do humanismo autêntico. A obra legislativa tanto quanto a judiciária não se automatiza, pois reclama embasamento vivo nas consciências.

Não sejam os cultores do Direito camaleões cujas rugosidades sempre têm a côr dos poderosos! Não seja a Jurisprudência o sêlo branco que pretende dignificar o neutralismo dos fins ou a proteção sofisticada das vantagens de alguns! A nossa verdade é a da natureza humana, encarada nos seus aspectos plenários. Defendê-la — consoante a lição de Ihering — é declarar guerra a miríades de interêsses e arrancar pólipos presos por mil braços.

Duas planícies habita o Direito — pondera Jemolo — como em dois cenários se espraíam os adereços do firmamento. Ao céu das estrêlas, com o seu perpétuo esfuzilar corresponde o da Justiça, o dos sumos princípios do bem e do mal, onde as leis haurem as inspirações primeiras. Mais abaixo, está o painel onde o dilúculo se acereja e o pudor da tarde se desenha, onde o corisco faulta sôbre o fundo caliginoso da treva: é a abóbada das regras jurídicas.

A magna contradição do Direito coevo é o olvido dos sumos princípios, enleando-se nas brumas do formalismo.

A diretriz que sempre matizou a História desta Casa foi a síntese entre os dois referidos páramos. Amaldiçoam os iconoclastas a poesia nas Arcadas, ferreteiam a

oratória e satirizam a Filosofia. Os ensinamentos do passado encarregam-se de desmenti-los: o negro não foi redimido por milagre da técnica jurídica, porque a sua salvação brotou da poesia condoreira de Castro Alves, do verbo candente de Patrocínio, Nabuco e Luz Gama, a desvendar, sôb a epiderme côr de noite dos escravos, majestade equivalente à dos árias; inflamou-se o país, na inolvidável campanha civilista, pela palavra mágica de Ruy; demos à nação uma Carta Magna pelo apostolado dos nossos tribunos.

Devido à ausência de eriçamento emocional, do lume do saber positivo não prorrompeu, como esperava Comte, um “Deus sintético para unir a humanidade” O homem não é apenas um portador de razão, é também o centro da “iluminatio” agostiniana, caminho único para certas verdades. E o Direito — autêntica dimensão humana — não poderá alçar-se em elevados vôos, sem ter no vértice do seu progresso as idéias-fôrças que acaloram a afetividade.

Humanismo e a problemática nacionalista

Ao deixarmos a Academia — verdadeiro bêrço do sentimento nacional, “Ministério Público da História Brasileira” — é mister recordemos que não nos cabe exclusivamente cultivar o Direito puro. Partilha-se entre todos e, de modo especial, entre os membros das jovens gerações, o dever impreterível de edificar a pujança brasileira.

É forçoso reconhecer: se objetivamente constituimos uma nação, subjetivamente ainda não o somos. Não bastam para formá-la os laços extrínsecos a justapor os seus componentes; só os projetos de vida comum lhe emprestam continuidade no tempo e lhe atribuem fisionomia própria. A simples vontade política gera Estados mas não plasma Nações.

Assistimos a numerosas rebeldias de casernas, não se operando, contudo, até hoje, a grande revolução nacional, que não é o entrecruzar de projéteis mas deve ser o apare-

cimento de uma idéia-fôrça, integradora da comunidade brasileira.

Cifra-se a nossa evolução política na coexistência de dois polos que, recíprocamente, se ignoram, por vêzes se tateiam e jamais se conciliam: um Estado, de tipo cartorial, em antítese com o privatismo egótico.

Vivemos de ensaios e reformas — lamentava insigne sociólogo patricio — cada idéia nova pousa sôbre ruínas; cada transformação planta as aspirações de um sistema sôbre a agreste verdade de formas sociais ainda grosseiras. Daí o desânimo e a descrença de um povo, para quem a vida pública não é senão uma crônica de anedotas pessoais e de audácias...”

Não se estruturou o nosso Estado segundo os ditames de um ideal de cultura, porque a sua regra é a política de clientela. Nenhuma ideologia preside a elaboração das suas leis e constituições, que se sucedem em ritmo frenético, sem qualquer unidade sistemática. Os órgãos do poder exaurem-se no esforço de auto-manutenção, sem se enlaçarem ao corpo nacional, para projetá-lo na ascense do progresso. Ante os cidadãos, o Estado se afigura descomunal cartório, onde se venera a forma pela forma. O emaranhado processo dos expedientes burocráticos cresta os derradeiros laivos da capacidade construtora dos homens e ao cabo de cada quinquênio, novos programas nulificam o passado, novas experiências emergem e não resta uma instituição nacional, assente sôbre bases próprias, para um crescimento evolutivo.

À margem dos quadros estatais medra o privatismo egótico, transluzindo — consoante a justa crítica de Bilac — a falta de uma corrente de solidariedade de alma para alma, de uma crença comum e de um entusiasmo que congregue todo o povo na mesma aspiração.

Esboça-se agora, ainda pouco difuso, o movimento nacionalista. À nossa geração compete interseri-lo nas coordenadas do novo humanismo que desponta. Assim sendo, o seu primeiro característico deverá repousar no

“espírito atuante”. Urge suprimir o velho hiato entre a vida e a razão; as nossas escolas e as nossas universidades já não podem ser o simples ninho dos louvores ao passado, do bacharelismo vazio e enfim de uma cultura estéril e servil.

O nacionalismo só se concebe como ideologia global de desenvolvimento; reduzi-lo à discriminação arbitrária de meios, segundo critério xenofóbicos, é emprêsa suicida, é zelotismo peculiar aos complexos coloniais, tendentes a erigir a sua condição em ideologia. Se a mira é o engrandecimento nacional, adotem-se as medidas adequadas, julgando-as de acôrdo com os fins colimados e não com preconceitos irracionais.

Não se deturpe a nobreza dessa atitude da consciência histórica brasileira, relegando-a à posição de instrumento grupalista. É da natureza do nacionalismo a referibilidade a tôdas as classes e o predomínio, no seio destas, dos setôres dinâmicos e produtivos. Não frustre, porém, a alucinação da campanha o desiderato comunitário dos povos e sobretudo o dos latino-americanos, que hão de representar o eixo de uma civilização baseada na primazia dos valores do espírito.

Concretizem-se no Brasil os heroismos da palavra através dos heroismos da ação. Substituam-se os ímpetos desordenados pelos que a vitalidade nacional desperta. Seja a expansão do que já nos pertence por direito o princípio da nossa conduta que, dêsse modo, há de conduzir ao imperialismo nosso dentro das nossas fronteiras.

Peroração

É chegado o momento de despedir-nos da Academia. No perfil apolíneo das Arcadas — afestado hoje pelo 25.º aniversário da sua incorporação à Universidade de São Paulo — tremebrilham os derradeiros lampejos dos nossos dias de vida acadêmica, prestes a se diluïrem nos ance-núbios das recordações, onde as imagens despem o manto

purpúreo da presença para envergar a túnica furtacor da saudade.

Antes, porém, seja-nos permitido retroceder, por um instante no tempo. Concedei, senhores, que, por um milagre da emotividade, caminhando sôbre o oceano silencioso do passado, cheguemos às águas lustrais em que a existência nos batizou, ao florescer o primeiro dos nossos afetos e genuflexos, depositemos no tabernáculo dos nossos lares a borla que nos coroou a jornada universitária, a beca da sagração para as justas do Direito e o rubi que, no seu chamejar, reproduz os eflúvios ardentes dos corações de nossas famílias, acompanhando-nos, passo a passo, nas adversidades e nos triunfos. A vós, genitores e demais parentes, espôsas e noivas, a vós, que manejaís o cinzel da realeza do espírito pertencem as hosanas desta noite.

E aos professôres desta Casa que, durante cinco anos, através das suas palavras e dos seus exemplos, nos instilaram indefectível amor à Justiça, o tributo do reconhecimento, que é o sinete da mais excelsa dignificação humana. Debruam as vagas a imensa tela das fraldas marítimas, enastram os cúmulos sôbre o cerúleo do firmamento as suas madeixas alvinitentes. Tudo isto, porém, reveste o brilho efêmero da fumaça dourada no horizonte. Vós, entretanto, mestres da Academia, desenhais na pauta eterna do espírito, o hino perene do Direito. Bendita a vossa obra!

Em V. Excia. Snr. Paraninfo, encontramos o primor do jurista aliado ao requinte do mestre, cuja alma de poeta é manancial de infinita dedicação aos discípulos. Nas lides que ora se iniciam, Prof. Ernesto Leme, teremos como paradigma o seu devotamento ao Direito, nas incertezas nacionais o seu ardor cívico e nas relações privadas, o zêlo da sua amizade. Ingressando nesta Casa, quando a memorável campanha de Bilac abrasava a Nação, V. Excia. transfundiu em todos os seus atos, com o mesmo denôdo e empenho do grande parnasiano, os ideais hauridos nos

bancos acadêmicos. Jurisperito de escol, vate de alta envergadura, professor por irresistível vocação, paulista de suma fidalguia e ilimitado amor à nossa terra, V. Excia., secundando a “Águia de Haia” adornou o Brasil com a áureola da glória, ao representar-nos nas Nações Unidas. Ufana-se a Academia do Largo de São Francisco ao rememorar a sua participação no maior forum do mundo, orgulham-se os seus afilhados e a voz humilde que hoje novamente o saúda como há quatro anos o fêz, ao ensejo do seu retôrno à Faculdade, sente a emoção que dominou todos quantos se dirigiram ao insigne Ruy, depois do famoso conclave da Holanda. Por feliz coincidência, das suas bodas argêntneas com o magistério superior, surde o nosso noviciado. Praza ao Onipotente que, completando o jubileu de prata da formatura, se tantas glórias não nos engalanarem quantas merecidamente o exaltam, Snr. Parainfo, possamos volver à “Alma Mater” da Academia, cômscios de que a nossa fidelidade ao seu lâbaro foi tão intensa quanto a de V. Excia., pois “Justitia soror incorrupta fides”.

Não quis a Providência que, do júbilo da festa de hoje participasse o Prof. Gabriel de Rezende Filho, patrono da turma. Desaparecido inopinadamente, quando concluíamos o 4.º ano, o seu espírito jamais há de fenecer nas Arcadas. Não é a morte um empanar de afeições, é apenas uma transposição de perspectivas. Aquêlê que outrora nos falava do alto da cátedra e nas tertúlias acadêmicas, fala-nos agora pelas entreabertas do infinito, com os mesmos arpejos de bondade e com idêntico carinho por esta Casa, que foi o seu segundo lar. Descendente de tradicional estirpe de mestres universitários, consagrou o Prof. Gabriel de Rezende Filho ao magistério os melhores esforços da sua existência. Nunca o seduziu a gloriola dos improvisadores; cada aula refletia meticoloso preparo, nimbado pela fé no Direito, como projeção da solidariedade humana. A sua figura serena não se eclipsa em nossa retina; a opulência do seu coração perpetua-se em nossas almas.

Duas outras personalidades ao lado do patrono, estendem-nos os braços, partícipes da efusão desta formatura, o Prof. Siqueira Ferreira, o defensor intemorato da liberdade, o jurista com têmpera de político e o Prof. Genésio de Almeida Moura, espírito cintilante e jovial, onde a inteligência disputava a prioridade com a simpatia, sem que uma à outra sobrepujasse. A ambos, que deitaram no escrínio de nossas mentes os germes das maiores grandezas, o preito da saudade e da gratidão.

Para atender a costumeiro ritual, ouçamos as palavras de despedida das três deusas, invisíveis, embora reais, que emanam mágicos influxos sôbre os destinos dêste templo, recebendo-nos quando calouros, estreitando-nos em afetuoso amplexo quando partimos.

Como as três faces do tempo dispõem-se essas vestais: uma é o presente — a Mocidade, outra o passado — a Saudade, a última o futuro — a Esperança.

Fala-nos a princípio a Saudade, delícia dos outonos, ametista em que se transmuda o rubro dos nossos sonhos. E esta nos diz: “Levai convosco o “Espírito da Academia”, enaltecendo-o cotidianamente pelas vossas ações. Levai a poesia, levai a eloquência, levai o Direito permeado de liberdade e sentido humano.

E silencia para que fale a Esperança, prelúdio dos feitos memoráveis, embrião que o espírito acalenta e desenvolve por amor à grandeza vocacional e ela nos diz: “Se esta Casa vive também do passado não pode viver só do passado. Sêde os bandeirantes do humanismo para que a técnica, a Política e o Direito não coisifiquem a pessoa concreta, “misto de sangue e de luz”. A persuasão e a fé são os soberanos dêste mundo. As conquistas da fôrça bruta em breve se estiolam. Enriquecei o pauperismo tecnocrata com a fecúndia dos valores pelos quais viveis, padeceis e sucumbis. Completai a imensidão do vosso território com a intrepidez de uma alma nacional que possibilite o vosso imperialismo dentro das vossas fronteiras. Dai ao Direito a rutilância de uma verdade, para

que se não amesquinhe em enfadonha “congérie” de formas. Erguei, por fim, uma cultura que seja o vosso luzeiro e vos proporcione a visão do Tabor que só o pensamento desvenda.

E calando-se a Esperança, aureja afinal a Mocidade, refúgio e fortaleza onde o Eterno dá asilo à glória e ela nos diz: “Sou a corporificação da Esperança, a semente da liberdade, em uma palavra, o enlêvo do mundo. Fitai-me e recordareis a História Humana, nas cumiadas do seu fastígio. Inseri-me, por vosso ideal, no borborinho da crise contemporânea e no silêncio da vossa subjetividade e o meu sôpro, roçando a fronte serena da vossa raça, como outrora o fêz nas praias do Arquipélago e sob os olivais da Jônia, há de levantar uma civilização consentânea com a dignidade do homem. O castigo das gerações que pecam contra mim é o próprio aniquilamento.

E ao ouvirmos a última e a mais radiante das três divindades, nós respondemos, parodiando Bilac:

*Não morrerás, Deusa sublime!
Do trono egrégio*

*Assistirás intacta ao crime
Do sacrilégio.*

*Vive! que eu viverei servindo
Teu culto, e, obscuro,*

*Tuas custódias esculpindo
No ouro mais puro.*

Quando a vida esfalfada e temerosa bater-nos às portas, pedindo uma centelha de Justiça e solidariedade, nós saberemos, em teu nome, ó Mocidade, dar a “charitas sapientis” a que aludia Leibnitz e alçaremos até o infinito a bandeira que nas Arcadas nos legaste, bandeira de luz! bandeira de liberdade! bandeira de redenção!

BIBLIOGRAFIA

WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho (Estructura del Mundo Jurídico)*, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1960.

La consideración tridimensional de la teoría del derecho ofrecida a los estudiosos de la ciencia jurídica por el profesor MIGUEL REALE, tiene en esta pieza introductoria al estudio del mundo jurídico, una cálida acogida. El Profesor WERNER GOLDSCHMIDT ha dado en esta obra el esqueleto debidamente vertebrado de su sistema jurídico, ya entrevisto en algunas producciones anteriores, en especial en sus libros: "Conducta y norma" Ed. Abeledo, B. Aires, 1955; "Filosofía, Historia y Derecho" Ed. Abeledo, B. Aires, 1953 y singularísimamente en su tratado de la "Ciencia de la Justicia (Dikeología)" Ed. Aguilar, Madrid, 1959.

El nuevo libro es en cierto sentido un compendio de todas las obras anteriores y de algunas otras no citadas del mismo autor — por otra parte preclaro tratadista de derecho internacional privado — que al tiempo que da una versión sintética de su pensamiento, cierra el ciclo de problemáticas a tratar en una teoría general de lo jurídico, en intento — no sabemos si del todo logrado — de ofrecer unos elementos sencillos de los capitales temas jurídicos.

Nosotros que estimamos el derecho, tanto en su faz teórica como practica, un algo del mundo de la realidad y, consiguientemente, radicamos su efectividad en la consideración existenciada de sus explanaciones, vemos en las páginas del profesor GOLDSCHMIDT, un conjunto congruente de ideas que en reacción digna de destacarse con todas las letras, se esfuerza en la tarea ontologista, en la labor de sentar sólidas bases a todo el armazón sistemático de su teoría. No queremos decir precisamente que sea la parte de ontología jurídica la dominante en el libro, ni que la ius-sociología obtenga un lugar preponderante sobre el resto del material jurídico, pero sí ponemos en resalto, que el orden de la exposición está marcado con la primacía de lo ontológico a la que sigue la estimativa y termina con lo gnoseológico, en triptico armado unitariamente

con su cúspide mirando a lontananza y sus pies firmemente asentados en el suelo que pisa.

Con ello hemos dicho que el libro se compone de tres partes así tituladas: I) El orden de repartos; II) La Justicia; y III) El ordenamiento de normas. A estas tres partes, las precede un capítulo sobre nociones previas que descubre el fenómeno jurídico y muestra las perspectivas de la misión de un libro de este tipo.

El autor se propone al iniciar las primeras páginas de su obra mostrar el conjunto global de lo que se analizará a lo largo del libro en forma sintética y abreviada, conforme cabe a una empresa como la objeto de nuestro comentario. Las coordenadas trazadas en el capítulo preliminar, dan idea somera pero definitoria, de todo su cometido. Queda ensayada una toma de posesión a favor de la concepción tridimensional del derecho que abre las puertas a una mansión grande y confortable, donde ha de encontrarse comodo. hasta el mas exigente de los estudiosos de la ciencia jurídica.

Desde el inicio de su exposición delimita el sentido de las voces: comportamiento, justicia y norma, estructuradoras de la composición del fenómeno jurídico. O como diría MIGUEL REALE penetra en el Hecho, el Valor y la Norma que conforman la integralidad unitaria del fenómeno del derecho para mostrar el juego unitario de su triple dimensión.

Por aparte de aparecer la obra toda como un desarrollo resumido de la teoría tridimensional del derecho, tiene otra virtud fundamental, aunque un poco mas desdibujada, consistente en ofrecer ese material jurídico desde un aquí y ahora existenciado. Claro está, no un aquí y ahora comarcal o provinciano, sino un aquí y ahora nacional continental y abierto a todos los rumbos históricos y espaciales, singularmente a los occidentales, que es capaz de hacer desplegar la pluma de este vigoroso tratadista, abogado y profesor alemán y español, que desempeña cátedras en escuelas de derecho argentinas desde hace mas de una decada, viviendo con toda intensidad el trajinar jurídico en la palestra continuada de las principales revistas, que recogen sus colaboraciones palpitantes de la actualidad de cuanto problema se debate en círculos de estudiosos del derecho.

Solo una personalidad ornamentada con estas galas, como la de WERNER GOLDSCHMIDT podría haber dado un contenido afirmativo existenciado al texto que comentamos.

Formuladas las antecedentes premisas, vamos a ir al contenido del libro y a detenernos en la parte primera de las tres tratadas, que es la que mayores reparos puede ofrecer según nuestra opinión. En principal medida por el poco número de páginas dedicadas a

la ontología en relación a las que ocupan los temas estimativos en la segunda parte, o los tópicos normativos en la tercera. No guardan relación el par de capítulos dedicados a la realidad social, con los cuatro que destina a la consideración de la justicia o los nueve en que ubica el tema referido al ordenamiento de normas. Quizá las reiteradas referencias posteriores salven esta desnivelación, pero en un libro de introducción, estimamos necesarios muchos otros desarrollos sociológicos, cuya ausencia anotamos con cierto sentimiento de pesar, atentos al alto nivel alcanzado por la obra en su computo total.

De dos capítulos se compone la parte dedicada a la sociología. Se explanan como ontología de lo jurídico bajo los títulos de “El orden de repartos”. Son el capítulo segundo y tercero, dedicados ambos a “La realidad social” el segundo en sus “Elementos” y el tercero en su “Totalidad”.

Es empleada una nueva concepción sociológica de lo jurídico que, talvez algún profesor rutinario, pueda ser desorientado o tener alguna dificultad para entender a primera vista. Por el contrario, estimamos que el intento de ver la realidad societaria de lo jurídico como hace el autor, ademas de adecuarse bastante cumplidamente a la estricta verdad de cuanto describe, a la larga simplifica mucho la tarea al eximirse de la cargazón de muchos conceptos tradicionales recargados de singularísimos sentidos, a los que no se pueden aludir en su totalidad en un texto introductorio, y complican mas que simplifican la exposición de los Tratados.

El capítulo segundo de esta primera parte que revisa los elementos de la realidad societaria, se divide a su vez en dos partes: la dedicada a las clases y características de los repartos y la que se ocupa de la naturaleza de las cosas.

Tan importante es en GOLDSCHMIDT la significación del reparto, que inclusive nos atreveríamos a designar a su teoría general del derecho, como una concepción “tridimensional del reparto”. Ello determina nuestra especial atención a esta parte del libro. En todo reparto aparecen comportamientos humanos, y es menester distinguir en los mismos cinco características: los repartidores, los recipiendarios, los objetos a repartir, las formas del reparto y las razones del reparto.

Los repartidores son todos hombres que reparten potencia e impotencia. Cuando en lo que le toca a cada uno, interviene la naturaleza o la suerte reemplazando la acción humana, decimos que se trata de distribuidores, de distribuciones, para diferenciar de los repartos fruto del conducirse de los repartidores.

Los recipiendarios del reparto, los que reciben la potencia o padecen la impotencia, pueden ser recipiendarios beneficiados o

gravados. Todos son hombres, inclusive en sentido prospectivo. El círculo de beneficiarios es así mayor que el de repartidores. Estos solo pueden ser hombres vivos, beneficiarios pueden serlo hasta los muertos y hombres futuros.

Los objetos a repartir siempre se encapsulan en potencia e impotencia que aumentan o disminuyen respectivamente, las realizaciones de valores. Potencia es armonía y equilibrio en la existencia, impotencia la contracara del desarrollo del espíritu en cualquiera de sus manifestaciones.

Las formas del reparto son múltiples, mas las principales se realizan como convención y proceso.

Las razones del reparto se identifican con los métodos y móviles de los repartidores, sin perjuicio de que muchas veces las razones del reparto sean distintas a las que se dan en preambulos o exposiciones de motivos de legisladores o partes contratantes. Razones no son pretextos. La comunidad estima valiosas y dignas de repartirse, solo aquello afirmado en sólidas razones.

Referidas las características del reparto, hace un breve exámen de sus clases. Hay en la teoría de los repartos dos clases: los autoritarios y los autónomos.

La estructura del reparto autoritario se esquematiza en la ordenanza-obediencia. Cuando la ordenanza es general se llama mandamiento, como el caso de las leyes. Cuando la ordenanza es particular se la llama orden. A las leyes se las interpreta y aplica, comprendiendo y cumpliéndolas, mientras que a las órdenes se las comprende y acata. El valor poder juega determinadamente aquí. Dos doctrinas alternan preeminencias en los repartos autoritarios: la doctrina ordenancista del derecho, llamada comunmente imperativista, y la doctrina de la coacción como característica esencial jurídica.

Enfrentando la teoría del reparto autoritario coloca el autor a los repartos autónomos, que son aquellos en los que el acuerdo voluntario de las partes suplanta al reparto autoritario.

El acuerdo en que descansa el reparto autónomo es la coincidencia real de voluntades entre los interesados durante todo el tiempo en que el reparto autónomo se manifiesta. Es menester no confundir acuerdo con contrato. Hay matices que lo distinguen y, es el acuerdo, la principal característica del reparto autónomo, donde el valor cooperación juega determinadamente.

El reparto autónomo es superior al autoritario, y su primacía se muestra tanto en el plano ontológico como en el estimativo, gradación que se establece desde la circunstancia espiritual concreta del ser del hombre, es decir, en función de la capacidad de despliegue de su libertad.

El capítulo segundo que venimos tratando, contiene un segundo acápite titulado “La naturaleza de las cosas”, donde se trata de los límites generales de los repartos; de los límites especiales de repartos autoritarios basados en mandamientos; y límites de los repartos según los puntos de vista tradicionales.

Los límites generales de los repartos son establecidos frente a la naturaleza de las cosas o en leyes de la naturaleza o en leyes psíquicas. Las primeras regulan la naturaleza inanimada y aun la animada en cuanto no incluye el reino de la libertad. Las leyes psíquicas formulan reglas probables de acción en mérito a las dimensiones de libertad sobre que legislan. Las mismas, afirman que una ordenanza conculcadora de leyes lógicas, no encontrará obediencia por la tenacidad de los móviles que se le oponen.

Los límites especiales de los repartos autoritarios basados en mandamientos, difieren según se trate de asuntos vitales o de problemas cotidianos. No debieran haber asuntos vitales para los legisladores si no lo fueran al mismo tiempo para la comunidad, pero en varias ocasiones no sucede así.

Según los puntos de vista tradicionales, los límites de los repartos se dan desde los ámbitos: personal, espacial, temporal y real. Con esta consideración termina el capítulo segundo dedicado a los elementos del orden de repartos.

El capítulo tercero se encarga del bosquejo del orden de reparto como tal, de la realidad social en su totalidad. Comprende este capítulo dos acápites, uno titulado “La constitución del orden de repartos” y el otro “Las características del orden de reparto y sus vicisitudes”.

El modo en el que el orden de repartos se constituye es un engarce que puede establecerse desde arriba (plan de gobierno) o desde abajo (en razón de su ejemplaridad). El reparto reputado razonable es un ejemplo para futuros repartos, así la ejemplaridad se lleva a efecto conforme el esquema: modelo-seguimiento. Fundamentando la constitución del orden de repartos en planos de gobierno está el valor paz, mientras que en la constitución del orden de repartos fundados en la ejemplaridad, es el valor solidaridad el que basamenta el seguimiento.

Las características de todo orden de repartos radican en su realidad temporal y es el valor orden el que siempre apareja pacificación. La brújula guiadora del orden, autentica la constitución de un régimen y la ausencia del orden la instauración de la anarquía.

Las vicisitudes del orden de repartos se viven en todo proceso revolucionario. Los criterios de repartos llevados al triunfo por

la revolución pueden ser mas o menos justos que los del régimen derrocado, pero ello es un problema estimativo que escapa a la consideración ontológica cerrada aquí por el autor con estos dos capítulos, vistos por nosotros en someros rasgos fundamentales.

El criterio de reparto, en intento de consideración neutral, por lo menos frente al valor justicia (estructurado sistemáticamente en la Parte Segunda) es angular en todo el sistema que hemos designado con el nombre de "concepción tridimensional del reparto". Definido el derecho en función de "comportamiento bilateral", piensa GOLDSCHMIDT que no está com ello construida una sindicación específicamente satisfactoria. Por ello, él prefiere hablar de "conducta directiva de reparto" para referirse al fenomeno "derecho". Este punto de partida ofrece una clara idea de la importancia del criterio de reparto explanado en el libro, tanto en la Primera Parte tratada, como en la Segunda que se ocupa de La Justicia y la Tercera donde desarrolla el ordenamiento de normas.

De la Segunda Parte dedicada a La Justicia vamos a prescindir en este comentario, en homenaje al formulado en oportunidad de reseñar el tratado del mismo autor titulado "La ciencia de la Justicia" (Dikelogia) publicado en la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1959, y a la consideración formulada en nuestro artículo "El integrativismo y la Dikelogía" aparecido en la Revista Jurídica Veracruzana, Mexico, 1959, donde tratábamos en detalle la teoría dikelógica, (de "dikelogía", justicia en griego) del profesor GOLDSCHMIDT.

Así llegamos a la Parte Tercera, que comienza con el capítulo octavo que desarrolla el concepto de norma, sus clases, el conjunto de normas y la extensión de normas y de sus conjuntos. Los temas aquí tratados son los que han merido sus preferencias, por lo menos hasta la víspera en el sisma del autor.

El capítulo noveno trata del origen de la norma, concepto de fuente, las fuentes formales y la jerarquía de las fuentes. El decimo, se ocupa del funcionamiento de la norma: interpretación, determinación, integración y aplicación de la norma. El siguiente capítulo está dedicado a los productos de la norma, es decir, los entes ideales: la relación jurídica y las materializaciones: no personales y personales (el Juez y el abogado).

A partir del capítulo duodécimo se alude al conjunto de normas. Este capítulo se refiere al conjunto de normas en general: derecho objetivo y su división en público y privado; el estado y la soberanía. En el decimotercero estudia la comunidad internacional y la comunidad de fieles (derecho internacional público y derecho canónico). En el decimocuarto considera la organización

de la comunidad nacional (derecho constitucional y administrativo). El siguiente capítulo se ocupa de la protección de la comunidad nacional (derecho penal y procesal) y, por último, el decimosexto, coronamiento del libro, trata del derecho privado y del internacional privado. En estas páginas se confirman los toques de sabiduría de que se ha hecho derroche en esta parte tradicionalmente llamada entre nosotros, enciclopedia jurídica. Sería casi imposible por razones de espacio, intentar un comentario pormenorizado, pero un ejemplo, un sí no tomado al azar, puede resultar suficiente para mostrar el nivel de calidad y hondura en que está escrita la obra. Refiriendo al derecho extranjero, aconseja el autor hablar de “imitación” y no de “aplicación”, en mérito a las enseñanzas ofrecidas por la filosofía moderna, en especial la de la existencia cuando formula distinciones entre lo propio y lo ajeno. El derecho no se divide en derecho propio y en derecho extranjero, conforme las religiones pueden distinguirse en monoteístas y politeístas. El derecho es propio o ajeno, según la relación que con él guardamos. Desde un ángulo visual comprobamos una diferencia fundamental entre el derecho propio y el externo. Construimos y colaboramos en el derecho propio, somos sus arquitectos, mientras que al derecho extranjero lo hacen las personas del país extranjero y con respecto a él, somos meros fotógrafos afirma GOLDSCHMIDT. Aplicamos el derecho propio e imitamos el ajeno o, como afirmaría GABRIEL MARCEL dice el autor: “El derecho propio lo somos, el derecho extranjero lo tenemos; el último ofrece un problema, el primero un misterio”.

El mero ejemplo que antecede, dado para demostración de la tónica general de la obra, permite ver de paso el numen central que la anima, la de constituir un despliegue tridimensional de una teoría jurídica existenciada. El derecho concebido en función de conducta de reparto, y las reiteradas y múltiples referencias a los contenidos existenciales del comportamiento humano, muestran mas que proclaman, una firme adhesión a un espiritualismo cristiano, ahondado en reiterados pasajes del libro en sus raíces griegas y hebreas. Un espiritualismo existenciado en Cristo, que alumbró la estructura de un mundo con vocación humanista y justiciera, morigerada por la tolerancia y caridad que envuelven los centros nerviosos que impulsan el armazón todo de un sistema, en el que se ven en cada obra de GOLDSCHMIDT con mas nítidos perfiles, las raíces y encarnaduras que lo mantienen firmes al terreno sobre el, que su figura de jurista se verticaliza austera y vigorosa.

Para dar término a esta escueta nota bibliográfica debemos anunciar que el libro inicia sus páginas con un índice general

excelente y, las cierra con una somera bibliografía dividida por materias y un vocabulario alfabético de materias y nombres bastante completo. El tipo de letra empleada es agradable, lo mismo la presentación gráfica, donde lucen características de la acreditada Editorial Aguilar.

M. HERRERA FIGUEROA

TULLIO ASCARELLI, *Obbligazioni Pecuniarie*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna. Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1959.

Remetido diretamente por Nicola Zanichelli, de Bolonha, o exemplar desta obra, quiçá dos primeiros entrados no país, como homenagem do editor e do autor, aqui chegado aos 16 de setembro de 1959, não foi sem emoção que o tomei, por sentimento que de meu espírito se apoderou, ao ver que TULLIO ASCARELLI se dispusera a colaborar em obra coletiva, qual o *Comentário del Codice Civile*, organizado por ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA, comentando os arts. 1.277 a 1.288 do livro quarto desse Código — o das obrigações.

A propósito de doze textos de lei, se tinha grosso volume de 648 páginas, em tipos miudos de composição maciça, a dar a medida da extraordinária capacidade de trabalho do emérito juriconsulto, com o qual convivemos mais de uma dezena de anos nesta cidade de São Paulo, a que se acolheu quando os azares da última guerra o impeliram para as terras livres da América.

Retornando a sua cátedra de Bolonha e logo elevado para a da Universidade de Roma, tanto que se deu o desmoronamento do fascismo, nem por isso abandonou TULLIO ASCARELLI as atividades de jurista, que aqui desenvolveu como êxito jamais alcançado por jurista estrangeiro. Instalado seu escritório de trabalho, quando se partiu o deixou aberto entregue a colega, que com êle colaborava, e que de Roma orientava por via epistolar. De resto, tanto que se encerravam ali os cursos universitários, para cá se transportava todos os anos, com alegria, que mal dissimulava. Era no outono que aqui chegava e se detinha até ao começo da primavera. Sentia-se outro homem.

Curta todavia foi sua permanência em setembro do ano de 1959. Tão rápida, que vim a saber dela quando já havia partido para os Estados Unidos da América do Norte, em visita a um dos filhos que lá cursava uma das Universidades.

Pretendia, no nosso encontro, acusar o recebimento de seu deradeiro e, como os outros, grande livro; mas tive que fazê-lo por carta, que não logrou resposta.

Essa viagem era a última, podendo-se mesmo dizer que foi a da despedida. Restituído a seu apartamento da via Lima, em Roma, o homem, que ostentava vitalidade na fisionomia e na compleição, chegou extenuado. Não tanto pelo cansaço da viagem, que se estendera a Israel, quanto pelo combalimento orgânico por moléstia que lhe extinguiria a vida, dentro de poucos dias.

Na tarde de 20 de novembro, depois de submetido a operação cirúrgica, faleceu TULLIO ASCARELLI, aos 56 anos de idade.

Um mês antes, escreveu ALBERTO ASQUINI, na *Rivista del Diritto Commerciale*, de Milão, na iminência de deixar, pela ocorrência próxima do limite de idade, a cátedra de Direito Comercial, lhe coube o encargo de motivar a proposta da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Roma para a transferência de TULLIO ASCARELLI da cadeira de Direito Industrial para aquela, que se iria vagar. Naquela ocasião, revelou aquêlê eminente catedrático que êste, ainda ignorante do mal inexorável que o minava, com êle serenamente confidenciando, se comprazia em ter diante de si ainda a perspectiva de vinte anos de atividade universitária, na qual daria ao seu ensinamento orientação mais profundamente finalística do que formalística, jurídica, mas também econômica, inspirando-se no pensamento de seu Mestre CESARE VIVANTE.

Foi êsse talvez o último sonho do grande jurista, tão inesperadamente morto em 1959.

Não se me deparou jamais cultura tão vasta e profunda, servida por inteligência vivacíssima e de incomparável agudeza. Não havia matéria jurídica, econômica, financeira ou humanística, a que fôsse estranho. Era enciclopédico. Poliglota, dispunha de instrumento admirável para se adaptar a qualquer ramo científico. Lúcido a mais não poder ser, possuindo memória retentora e fidelíssima, não havia assunto sôbre que se não manifestasse apropriadamente e com sagacidade admirável.

Dando-me a prefaciá-lo, em 1945, o seu grande livro *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, palavras escrevi, que agora relembro e reproduzo.

“Para cá transplantando-se, o jurista europeu não se sentiu deslocado. Aprendeu a língua e passou a manejá-la, ao mesmo passo que se enfronhou do Direito brasileiro, auscultando-lhe o espírito e devassando-lhe as diretrizes. E isso sem maiores dificuldades. Tem-se a sensação de que, no Brasil, êle se encontrou em sua própria casa, com tanta presteza se adaptou e continuou a trabalhar.

Aconteceu isso evidentemente, mercê de suas inclinações espirituais. Não se conteve no nacionalismo jurídico, verdadeiramente irritante e neutralizador, apregoado pelos regimes de fôrça, que, na Europa, e até na América se implantaram nas últimas décadas. Não se limitou a examinar o fenômeno jurídico dentro das lindes de seu belo, mas desgraçado país; pôs-se a encará-lo no que tem êle de cósmico. Não se tornou internacionalista; mas converteu-se, e que corra o neologismo, em comparativista. Dedicou-se ao Direito comparado, para cujo estudo traçou as premissas, no primeiro capítulo daquele livro”

Não lhe seria dessarte difícil aprofundar-se no conhecimento do Direito brasileiro. Dissera-me, duma feita, e evidentemente não com intuito de lisonja, tal a sinceridade da confidência, que assaz lhe facilitara seu entendimento e apreensão de seu espírito, a leitura do meu antigo livro *As Diretrizes do Direito Marcantil Brasileiro*, em que se reuniram conferências realizadas na Universidade de Lisboa, em 1933.

Contratado para realizar, na Faculdade de Direito de São Paulo, curso de extensão universitária sôbre Direito Comercial, TULLIO ASCARELLI se houve de tal maneira, que a Congregação propôs ao Conselho Universitário que lhe fôsse conferido o título de Doutor *Honoris Causa*. Mas também lhe coube lecionar no Curso do Bacharelado, quando, cabendo-me prelecionar a matéria de falências e a de Direito Marítimo e Aeronáutico, aquiesceu em tomar a seu cargo a explicação do programa nesta parte.

Também na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, da Universidade do Rio Grande do Sul, realizou, em 1944, um curso de sua disciplina, reunido em volume — *Panorama do Direito Comercial*, publicado em 1947.

Fora do âmbito universitário, a contribuição para o Direito brasileiro de TULLIO ASCARELLI se mostrou considerável, com a publicação, em 1943, da *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*; em 1944, *Dos Lucros Extraordinários*, em colaboração com RUBENS GOMES DE SOUZA e J. B. PEREIRA DE ALMEIDA; em 1945, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*; e em 1953, *Ensaio e Pareceres*.

Já então havia editado, em Milão, magnífico trabalho — *Sguardo sul Brasile*, traduzido para o português em 1952, no qual, com carinho, é certo, mas com visão de jurista, economista e sociólogo, traçou o perfil histórico do país que o acolheu e em que se fêz benquistado e admirado. Prefaciando a tradução da segunda edição italiana, escrita para os estrangeiros, intelectuais ou homens de negócios, que quisessem ter “uma visão panomâmica do Brasil”,

confessou ter pretendido “dar uma idéia, naturalmente sucinta, das principais características do Brasil, principalmente do ponto de vista econômico e político, sem nenhuma pretensão completa”. Desejou “apenas reunir as observações de um italiano ligado ao Brasil por vínculos profundos e profundo afeto e que justamente por isso não quiz escrever um livro de elogios, nem apresentar curiosidades turísticas”.

Reingressado em seu país, retomou TULLIO ASCARELLI a sua cátedra e iniciou infatigável trabalho em quase tôdas as revistas jurídicas, publicando monografias, conferências, comentários, notas, bem assim as suas magistrais lições de Direito Industrial na Faculdade de Jurisprudência de Roma, publicadas nos dois volumes — *Lezioni di Diritto Commerciale*, em 1957, e *Teoria della concorrenza e dei Beni Immateriali*, em 1956, reeditados em 1958 e 1959 e agora, póstumamente, em 1960.

Reuniram-se aquêles trabalhos esparsos em volumes, *Saggi Giuridici*, em 1949; *Studi in Tema di Società*, *Studi in Tema di Contratti*, *Studi di Diritto Comparato e in Tema di Interpretazione*, dedicados “Ai Professori della Facoltà Giuridica dell’Università di San Paolo che mi accolsero, esule, come collega”; *Studi Giuridici sulla Moneta*, em 1952; e *Saggi di Diritto Commerciale*, em 1955.

O último, a menos que algum outro, que será de publicação póstuma se ache nos prelos, foi o magistral volume sôbre *Obbligazioni Pecuniari*.

Foram os doze artigos do Código Civil pretexto para o desenvolvimento sistemático da matéria, que antes havia, embora sob outros aspectos, exposto nos *Studi Giuridici sulla Monta*, agora particularizados quanto aos pagamentos em dinheiro.

Sucedem-se capítulos sôbre as premissas e determinação do conceito do dinheiro; os princípios do valor nominal e a determinação quantitativa da prestação; o dinheiro e o valor; os débitos pecuniários e os débitos monetários; a impossibilidade da prestação nos débitos de dinheiro; os débitos de moeda estrangeira; o recurso à moeda como a finalidade de avaliação; os débitos de valores e a desvalorização como dano de mora nas dívidas de dinheiro.

Todos êsses problemas, de relevância extraordinária, foram expostos não apenas à luz da legislação e das doutrinas italianas, mas sob o prisma da legislação comparada.

Êste grande livro coroou a obra incomparável do excelso jurista italiano, a cuja memória rendemos, nestas linhas, a homenagem mais sincera e a ternura de imensa saudade.

WALDEMAR FERREIRA, *Por Ceca e Meca e Olivais de Santarém*, Livraria Martins Editôra, São Paulo, 1958.

Tendo recebido, com diversas publicações do autor, entre as quais separatas desta *Revista* e o volume de ensaios acima referido, o Dr. JUAN AGUSTIN MOYANO, professor catedrático da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, que foi, por muitos anos, diretor da grande revista portenha, *Jurisprudência Argentina*, em carta de 8 de fevereiro de 1960, se manifestou sobre elas em termos dignos de registro nestas páginas de bibliografia.

“He leído todas con viva y creciente atención como que son de quien yo más admiro, por su saber, su integridad moral y por su obra escrita y vivida, ingente por su vastedad y por su valia perenne. Por supuesto, lá atención puesta en esa lectura me ha sido retribuida con el oro de una delectación inefable, la de recibir los efluvios del espíritu de WALDEMAR FERREIRA. Nada menos!

Los opusculos sobre temas de derecho, por su densidad diáfana, denotan saber sublimado. Son, exactamente, lo que espera el lector enterado de lo que es el jurista que los ha producido. La sustancia y la forma rivalizan como factores de su perfección.

El libro “*Por ceca...*” es para mi algo así como un retrato al óleo, con valor de obra maestra, de su magnífico autor. Exhibe no sólo al jurista eminentísimo, sino también al escritor que sin contraerse a un sector determinado de la actividad o disciplina mental, detecta los ecos de la vida, trepidaciones, pulsaciones y silencios, y los valora para transmitirlos al hombre del común, simplificados, para que éste participe de las inquietudes y complacencias que al escritor le han deparado en sus andanzas por países extranjeros pero no extraños a la buena o mala fortuna del propio.

Largamente he meditado sobre los múltiples asuntos, problemas y enigmas de que Ud. se ocupa.

Nada del presente y del pasado de esos países ha dejado de computar su auscultación para sustentar el certero diagnóstico y apreciar los tratamientos aplicados y los aplicables. Y hasta en relación a lo venidero, corre Ud., a veces, el riesgo de pronosticarlo, sin temerle a los imprevisibles azares a que está sujeta la evolución de los núcleos humanos, en el orden de sus instituciones políticas por ejemplo.

Qué opinará sobre la crisis del parlamentarismo francés, me decía yo, que fui testigo de los sucesos que encumbraron a De

GAULLE, pues estaba en París durante los dos meses en que se produjeron. La falencia del “sistema”, como se llamaba em 1958, Ud. la advierte en su cabal importância y gravedad y ya en 1948 considera que DE GAULLE impondrá las soluciones en el momento del naufragio (pag. 39, tercer párrafo), predicción que Ud. formula incidentalmente en un artículo escrito en Ginebra, como si hubiera sido en eco de las meditaciones anteriores sobre la situación de la Francia.

Quedé perplexo.

J. AGUSTIN MOYANO.”

RUY CARNEIRO GUIMARÃES, *Sociedade por Ações*, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1960.

Continua a lei de sociedades anônimas a despertar a atenção e a provocar estudos doutrinários de considerável tómo e igual importância.

Destacam-se entre êsses estudos os que RUY CARNEIRO GUIMARÃES acaba de publicar, em três volumes de quase quinhentas páginas cada um.

Apresenta-se a obra sob a forma de comentários ao texto legal, artigo por artigo. É obra de analista, dir-se-á. Prevendo êsse juízo, o autor, no prefácio, esclareceu que seu objetivo “não foi apenas tecer em tórno de cada artigo da lei os comentários sugeridos pela doutrina ou pela prática. Procuramos enriquecê-los e torná-los, por assim dizer, mais dinâmicos, trazendo para a discussão o máximo de soluções práticas que a Justiça é chamada a prolatar diariamente, solucionando as hipóteses concretas, variadas e imprevisas submetidas a sua apreciação”.

Isto pôsto, advertiu que “o intuito do autor não foi apenas arrolar sentenças e acórdãos. O objetivo foi, sobretudo, destacar os arestos mais expressivos, os que fixaram ou procuraram fixar rumos e diretrizes, ainda que tenham ficado isolados”

Assim prevenido, quem inicie a leitura do magnífico tratado verifica, para logo, que o propósito não sômente foi pretendido, como realizado. Não se pense todavia que nele se encontra a exposição jurisprudencial da matéria, com desapêgo completo da contribuição doutrinária. Não é assim. Realmente, o autor acompanhou o suceder dos julgados atinentes ao problema da sociedade anônima, assaz complexos, sobretudo diante do desenvolvimento que essa forma societária tem alcançado, provocando construções de rara ousadia à luz da teoria e em sua manifestação prática.

De outro lado, e éste é o característico predominante da obra, nela não se limitou à exposição sistemática da doutrina, mas se preocupou com debater os pontos mais intrincados e que suscitaram contendas entre os tratadistas brasileiros. Daí, o aspecto, de certo modo polêmico, pois que o autor não se escusou de emitir sua opinião, ao desenvolver a dos contendores. Quase sempre tomou partido.

Por isso mesmo, oferece a obra qualificado relevante, pois que nela se encontra a sùmula da doutrina brasileira e de sua aplicação no âmbito jurisprudencial. Claro é que não desprezou o contingente da doutrina estrangeira, a miúde referida e analisada, sobretudo em razão das semelhanças das leis últimamente promulgadas dêste e do outro lado do Atlântico, a caminharem para uniformização, que dia a dia se torna mais premente e inevitável.

W. F.

HERNANI ESTRELLA, *Apuração dos Haveres de Sócio*, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1960.

Considerando que, fruto da prática contratual, a apuração de haveres de sócio retirado da sociedade por efeito da lei da morte, como da lei dos homens, ainda não recebeu disciplina completa e acabada — o douto professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, Universidade do Rio Grande do Sul, HERNANI ESTRELLA, tomou sobre si o encargo de preencher a lacuna.

Se bem o pensou, melhor o fêz.

A monografia, que acaba de ser dada à publicidade, bem se pode dizer que é completa, pela largueza com que encarou o problema, em tôdas as particularidades teóricas e práticas; e tem a virtude de não ser produto de improvisação.

Teve ela sua fonte matriz em arrazoado forense, publicado em opúsculo, em 1948, com o título de *Despedida de sócio e Apuração de Haveres*. Desde então, o jurista prosseguiu a missão do advogado. Abandonou o que, de casuístico, havia na peça forense, que tantos gabos provocou, e mereceu. As notas, que éste havia tomado, e permaneceram inaproveitadas, como brasas sob cinzas, lhe ficaram a exigir o sôpro da aviventação, que se foi dando vagarosamente, entre os labores de outros arrazoados, e as constantes preocupações da cátedra. Esta requer a permanência do estudo.

O catedrático, que confia demasiadamente em sua sabedoria, e não prepara quotidianamente suas lições, arrisca-se, de um lado,

a estagnação científica; de outro, ao desmerecimento da admiração dos discípulos.

Homem afeito ao contínuo desconfiar de si mesmo, mas disposto a afastar essa desconfiança pelo estudo permanente e renovado de todos os dias, o professor bem o demonstrou no propósito, que realizou, da elaboração desta sugestiva monografia, em que as notas antigas se acresceram e os pontos de vista se firmaram, à luz da doutrina societária comercial.

Desenvolve-se a matéria em dez capítulos: o das premissas de método; o da formação histórica das sociedades; o das causas pessoais de dissolução das sociedades; o da cláusula impeditiva de dissolução; o da incidência de cláusula de prossecução da sociedade; o da liquidação da quota e liquidação da sociedade; o da convenção determinando os haveres; o da determinação e liquidação da quota social; o da apuração judicial e, ao cabo, o do crédito apurado.

Denuncia essa súpula a variedade dos assuntos passados em revista pelo insigne jurista, que sôbre ser também Doutor em Ciências Econômicas, é escritor de muito quilate.

Daí os novos aspectos do problema, alguns ainda não passados pela análise dos tratadistas; e outros desconhecidos das soluções jurisprudenciais.

Atento aos princípios, afeito ao sentido econômico e jurídico do contrato de sociedade, o autor, em inúmeras passagens se revolta contra erronias que andam a correr e se investem das roupagens de juridicidade.

São inúmeras; e entre elas a que pleiteia a sobreposição da tese da chamada, impròpriamente, *dissolução parcial*, ao direito, expressamente assegurado ao sócio de, na sociedade de tempo indeterminado, a dissolver pela simples manifestação unilateral de sua vontade (Código Comercial, art. 335, n.º 5); e, por via judicial, nos casos previstos no art. 336.

“Dissolução de sociedade e simples afastamento de sócio — observa o autor — são coisas absolutamente distintas, dominadas por princípios próprios e com objetos diferentes. São até situações jurídicas opostas ou antitéticas, que repelem qualquer tentativa de assemelhação. Nem mesmo falando-se em *dissolução parcial* ou *liquidação parcial*, se pode arrimar a doutrina que combatemos, porque estas expressões, embora vulgarizadas e prestigiadas pelas palavras dos versados, são desprovidas de sentido jurídico.”

Observações como essas, longamente justificadas, dão bem a mostra de como o livro está concebido e realizado. Os dispositivos legais atinentes à dissolução das sociedades mercantís são de ordem

pública e insuscetíveis de ajuste que prive qualquer dos sócios do direito de a decidir ou de a pedir, nos casos explícitos em lei.

Pode o sócio, realmente, ser excluído da sociedade nos casos previstos no contrato ou na lei; mas ao juiz não é dado decretar a exclusão não prevista no contrato, nem legalmente prevista, sob a égide de que é de mister resguardar o prosseguimento dela, quando êle pleiteia, com fundamento na lei, a dissolução dela.

É de ter em conta todavia que código recente — o Código Civil italiano — consagrou dispositivos especiais, nos arts. 2.284 a 2.289, à “dissolução da relação social ilimitadamente a um sócio”, a verificar-se quer pela morte dêste, quer por sua retirada, quer por sua exclusão.

Ficou, dessarte, explícito no art. 2.285, poder cada sócio retirar-se da sociedade quando contraída a tempo indeterminada ou por tôda a vida de um sócio. Por igual, nos casos previstos no contrato social ou quando haja justa causa.

Mas os textos italianos são inaplicáveis em nosso país, enquanto os arts. 335, n.º 5, e 336, não forem revogados por lei expressa nesse sentido.

Tais e tantas são os questões suscitadas e resolvidas neste livro, verdadeiramente admirável, que não haverá demasia em considerá-lo, assim pelo fundo, como pela forma, como um dos mais notáveis da literatura jurídica contemporânea.

W. F.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, Rio, 1958, 1959 e 1960.

“São Paulo — alhures escreveu PONTES DE MIRANDA — foi sempre o foco dos grandes processualistas”.

Explica-se. Com a vigência mais prolongada no Brasil do que mesmo em Portugal, das Ordenações do Reino, o ensino jurídico, iniciado, em 1828, com a instalação dos Cursos Jurídicos de São Paulo e de Olinda, se começou fazendo, menos quanto ao Direito Constitucional, pelos compêndios coimbrões.

Promulgados, em 1830, o Código Criminal, e, vinte anos depois, em 1850, o Código Comercial e seu regulamento, aprovado pelo Decreto n.º 737, de 25 de novembro dêsse mesmo ano de 1850, havia, para o ensino de teoria e prática do processo, que elaborar os compêndios necessários.

Nomeado, em 1854, lente dessa disciplina, JOAQUIM INÁCIO RAMALHO, ao depois galardoado com os títulos de Conselheiro e Barão

de Ramalho, se viu na emergência de ler o *Compêndio de Teoria e Prática no Processo Civil comparado com o Comercial e de Hermenêutica Jurídica*, de FRANCISCO DE PAULA BATISTA, o emérito lente de Olinda, oficializado pelo Governo Imperial.

Não tardou porém que o lente de São Paulo começasse a dar publicidade aos seus livros magistrais, editando, em 1861, o seu compêndio, também oficializado pelo Governo Imperial, *Prática Civil e Comercial*, reeditado em 1868 com o título de *Praxe Brasileira*, que consagrou o processualista, que, em seguida àquela primeira edição, em 1862, publicou os *Elementos do Processo Criminal para uso das Faculdades de Direito do Império*.

Em 1872, apareceram as suas *Postilas de Prática*, compreendendo as lições do ano de 1865, precedidas de cinco lições de Hermenêutica Jurídica e seguidas de dez lições de Processo Criminal.

Em 1874, publicou o Conselheiro Ramalho as *Instituições Orfanológicas*.

Essa tradição de trabalho não se esmoreceu e foi continuada pelos professôres catedráticos JOÃO PEREIRA MONTEIRO e JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR. O primeiro, em 1889, iniciou a publicação do *Programa de um curso de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial*, em três volumes, o terceiro em 1901, que tem sido assaz reeditado, deixando a obra póstuma, incompleta, *Direito das Ações*, publicada em 1905. O segundo publicou *O Processo Criminal Brasileiro* e o *Programa de Curso de Direito Judiciário*, aquêle em dois volumes, que marcaram época na vida jurídica do país, além de outras obras, algumas de contribuição para a reforma processual.

Se ESTEVAM DE ALMEIDA e FRANCISCO MORATO, que mantiveram o prestígio das cátedras, não publicaram tratados de sua disciplina, a que o primeiro emprestou sentido renovatório, MANUEL AURELIANO DE GUSMÃO editou em 1924 o *Processo Civil e Comercial*, explanação de um programa, em dois volumes, o segundo póstumamente, revisto por JORGE AMERICANO, que a prosseguiu, completando-a com terceiro volume e dando à publicidade monografias magistrais como *Da Ação Rescisória dos Julgados no Direito Brasileiro*, em 1922, e *Da Ação Pauliana*, em 1923.

Assumindo a cátedra GABRIEL DE REZENDE FILHO, em 1944, iniciou a publicação do seu *Curso de Direito Processual Civil*, em três volumes, e que alcança agora a quinta edição.

Merece destaque a excelente *Prática Forense*, elaborada por GALDINO SIQUEIRA, de acôrdo com o programa da cadeira da Faculdade de Direito, e publicada em Dois Córregos, onde o autor, ao tempo, 1907, exercia a Promotoria Pública.

A reforma processual levada a efeito com o Código de Processo Civil, de 1939, deu ensejo à publicação de novos trabalhos, a contar pelas *Instituições do Processo Civil do Brasil*, em 1940, em três alentados volumes, por AFONSO FRAGA, que antes já havia firmado seu renome de processualista por várias monografias, entre as quais a *Da Transação no Código Civil*.

De grande vulto tem sido a contribuição de MOACIR DO AMARAL SANTOS, iniciada com a magistral *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, em cinco volumes, seguida das dissertações de concurso *Das Condições Jurídicas da Ação no Despacho Saneador*, em 1946, e a *Introdução ao Estudo do Processo Cominatório*, em 1953, seguido do tratado das *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*, em dois grossos volumes, em 1958 e da dissertação *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*.

Tendo publicado *O Juri e sua Nova Regulamentação Legal* em 1948, o *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária* em 1952, *Da Competência em Matéria Penal* em 1953, o *Curso de Direito Penal*, em dois volumes, em 1954 e 1956, acaba JOSÉ FREDERICO MARQUES, Desembargador e Professor, de publicar o quarto volume das *Instituições de Direito Processual*, cujo primeiro saiu em 1958.

Tem-se nessa obra o desenvolvimento de programa de ensino na Faculdade Paulista de Direito, da qual o autor é catedrático. Divide-se o tratado, em que procurou “entrosar, de maneira mais íntima, o processo com os textos constitucionais, que são a fonte primeira de todo o nosso sistema normativo”, em cinco partes: a de introdução; a dos institutos do Direito Processual Civil; a do processo do conhecimento; a do processo de execução e a da teoria geral do processo cautelar.

Nem por ser vasto, tanto quanto complexo, o programa traçado deixou de ser executado, assim do ponto de vista doutrinário, como do prático, e com tal vigor, que a obra não pode mais ser dispensada, nem pelos teóricos do Direito, nem, e sobretudo, pelos que labutam, todos os dias, arcando com dificuldades imensas, nas lides forenses, agora maiores do que nunca.

A vastidão da matéria, a exuberância de controvérsias, as riquezas de conceitos a contrastar com a simplicidade escorreita da linguagem sempre precisa na terminologia jurídica e segura na expressão, revelam as qualidades ímpares d'êste opulento tratado, com que se enriquece a cultura jurídico-processual paulista.

Mais vale o registro de sua terminação, que o estudo crítico que estas páginas não comportam, em razão de sua natureza bibliográfica.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Apontamentos sôbre o Processo Criminal Brasileiro de José Antônio Pimenta Bueno*, Editôra Revista dos Tribunais Limitada, São Paulo, 1959.

Seria de causar espécie a reedição da obra pioneira de Pimenta Bueno, depois da promulgação do Código Penal de 1940 e do Código de Processo Penal de 1941.

Se o fato, por si só, lhe demonstra a importância considerável, mais a releva o que JOSÉ FREDERICO MARQUES, arcando com a responsabilidade da reimpressão, chamou de “apontamentos”, com impropriedade.

O que o livro, de quase seiscentas páginas, contém, são dois tratados de processo criminal brasileiro, um antigo e outro moderno, intercalados em admirável paralelismo, que o tornou, verdadeiramente, original. Não há que desprezar o ensinamento de nossos maiores, em matéria jurídica. Se as leis criminais variam ao sabor dos artifices das mutações políticas, a doutrina sobrepairá aos homens e aos eventos, na sua serenidade dogmática.

Se assim não fôsse, êste livro não teria, como tem, qualidades que assaz o recomendam.

W. F.

MOSES BENSABAT AMZALAK, *O Tratado de Seguros de Pedro de Santarém*, Lisboa, 1958.

No *Tratado de Direito Comercial*, que o autor destas linhas começou a publicar neste ano de 1960, do qual já saíram dois volumes, no primeiro se encontra êste tópico:

“Co-participou Portugal do movimento sistematizador do Direito Mercantil dessa grande época, por intermédio de PEDRO DE SANTARÉM, notabilizado com seu nome em anagrama de PETRO SANTERNA.

“O seu *Tractatus de Assecurationibus et Sponsionibus*, publicado, pela primeira vez, em 1552, e reimpresso outras vêzes, em 1556 em Lião, e, em 1662, na coletânea — *De Mercatura Decisiones et Tractatus Varii*, etc., de Colonia, *apud* Cornelium ab Egmont de Grassis, de pags. 796 a 824, com o título de — *Tractatus Perutilis et Quotidinaus, de Assecurationibus et Sponsibus Mercatorum*, foi o primeiro tratado de seguros que se publicou.

“O livro do *Luzitano Jureconsulto Clarissimo Autore* tem a primazia, que lhe deu notabilidade, versando assunto *nunc primum luce donatus*”

Esse livro, que se encontra em original na Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo, apareceu agora (e antes tarde do que nunca!), traduzido para o português pelo Dr. MIGUEL PINTO DE MENESES professor efetivo do Colégio Militar de Portugal.

Antecede essa tradução um prefácio do Professor MOSES BENSABAT AMZALAK, que, de há muito, vem fazendo a divulgação da grande obra de PEDRO DE SANTARÉM.

W. F.

FREI SERAFIM DE FREITAS, *Do Justo Império Asiático dos Portugêses* (De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico), Lisboa, 1960.

Quando desenvolvia meu curso de *História de Direito Nacional* no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito, e mesmo quando antes, no curso de Direito Comercial do Bacharelado, entrando a estudar o problema da liberdade dos mares, fiquei muito contente ao verificar, pelo Catálogo da Biblioteca da Faculdade de Direito, elaborado pelo Professor JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA, em 1887, à pág. 338, sob n.º 3.985, que nela existia o seguinte volume:

“DOCTOR FRATER SERAPHINO DE FREITAS, *de Justo Imperio Lusitanorum Asiatico*, ad Philippum IV potentissimum Hispaniarum, et Indiarum Monarcham. Cum Privilegiis Castellae et Lusitaniae. Vallidoteti (Ex officina Hieronymi Morillo), 1625, in 4.º, broch.”

O livro, indicado no catálogo, inexistia no depósito de livros.

Foi um desapontamento. É que se tratava de obra insigne, por todos os títulos, escrita por FREI SERAFIM DE FREITAS, lisboeta, que professava numa das cátedras da Universidade de Valhadolide, na Espanha, depois de haver tentado, sem êxito, uma cátedra da Universidade de Coimbra.

Nele se continha a resposta a HUGO GRÓCIO, que havia publicado, sem assinatura, o pequeno volume que fez época e abriu capítulo na história — *Mare Liberum*.

Tive então de valer-me dos trabalhos que haviam sumariado a obra, em falta não somente do livro original, quanto de tradução em português, que não existia.

Essa falta começou agora a ser preenchida pelo Instituto de Alta Cultura, Centro de Estudos de Psicologia e de História da

Filosofia anexo à Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, publicando o primeiro volume do grande livro de FREI SERAFIM DE FREITAS, traduzido pelo DR. MIGUEL PINTO DE MENESES, Professor da Escola Militar de Portugal, e com magnífica introdução do Professor DR. MARCELLO CAETANO, Reitor da Universidade de Lisboa.

O livro se acha enriquecido com uma relação das obras escritas por FREI SERAFIM DE FREITAS, de que há conhecimento ou notícia; com um rol das obras citadas nele pelo autor, e que são inúmeras, abrangendo dezoito páginas em tipo miúdo; e com precioso índice das matérias contidas no volume.

A importância do trabalho levado a efeito pelo Instituto de Alta Cultura é considerável; e só merece gabos.

Acresce considerar, e na introdução se acha salientado, de molde a aumentar a valia da obra, que “havia ainda um trabalho a fazer: o de esclarecer as citações feitas no *De justo imperio*, abundantíssimas segundo o uso e o gosto da época, mas que aparecem muitas vezes com referência abreviada ao nome do autor e ao título da obra e sem uniformidade nos diversos lugares. No tempo em que o livro correu talvez isso não fôsse defeito por serem vulgares essas formas abreviadas e o alatinamento dos nomes dos autores. Mas agora interessa tirá-las a limpo, por amor à exatidão e até para avaliar do tipo e do âmbito da cultura do canonista português encerrado em Valhadolide, no primeiro quartel do século XVII. Pedi ao assistente do grupo de Ciências Históricas da Faculdade de Lisboa, Lic. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA que tomasse a seu cargo êsse trabalho beneditino e pouco fácil, do qual se desempenhou com interesse inescandível e com resultados muito lisongeiros, bem demonstrativos das notáveis aptidões”

Assim cuidada, a ressurreição do grande livro de FREI SERAFIM DE FREITAS é digna de todos os encômios.

W. F.

DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, *Do Contrato*, Forense, Rio, 1960.

Executando, com singular êxito, sua atividade editorial, que é vasta, de livros jurídicos, a Companhia Editora Forense, do Rio de Janeiro, acaba de lançar à publicidade, em reedição ampliada, o livro que, em 1949, o Professor DARCY BESSONE, catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais e de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito da Univer-

sidade do Brasil, havia publicado sôbre os *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*.

O livro se ampliou, a despeito de seu título se haver restringido, embora na generalidade da epígrafe — *Do Contrato*

Prefaciado pelo Professor VALLE FERREIRA, tomou êste sôbre si dizer dos méritos do autor, que são notórios, e do resultado por êle alcançado.

Depois, escreveu, “de rever e examinar os velhos temas, passa o Professor DARCY BESSONE à enumeração e ao exame dos processos utilizados para a solução de problemas singulares, quais os que provêm das excitações sociais, ou as consequentes da economia organizada de nosso tempo.

“Em seguida à descrição, muito bem trabalhada, das grandes vicissitudes que atingiram as obrigações contratuais, o autor, com as forças de sua experiência, oferece informações completas sôbre o funcionamento do mecanismo técnico frequentemente empregado, ora pela intervenção do Estado no processo de formação dos negócios privados, ora no sentido de alterar os efeitos da convenção já aperfeiçoada. O autor decidiu acertadamente, dando maior desenvolvimento a esta parte, de resto a mais importante, uma vez que se refere à manifestação intervencionista na fase da execução dos contratos, intervenção que se opera quase sempre por officio do juiz, mesmo no caso de tal investidura não lhe ter sido atribuída pelo legislador. Nesta conjuntura, note-se bem, o juiz usa de sua liberdade de interpretação, expediente indispensável para que as decisões, sem destoar da lei, possam ao mesmo tempo variar segundo as espécies e as circunstâncias, para dirimir litígios originaes, porque resultantes de fatos sociais novos”

Tem-se nesse tópico realmente referido o pensamento do autor no estudo do contrato, que tem provocado não poucas teorias tendentes a libertação do juiz do império da lei, de modo a sobrepor-lo a esta, mercê do princípio da liberdade de interpretação que chega, não poucas vêzes, a esquecê-la sob o impacto de novos fatos sociais.

Tudo isso aumenta o interêsse, que o livro desperta, não pouco pelo que nela se ensina, e é de primeira água, senão pelo muito que nele se sugere, em busca de novas veredas que ponham termo à inquietação doutrinária do momento.

Í N D I C E

HOMENAGEM

Prof. Braz de Sousa Arruda	9
----------------------------------	---

DOCTRINA

Norma negoziale e paradigma normativo — Luigi Bagolini	21
O estatuto das sociedades anônimas brasileiras — Waldemar Ferreira.	41
O Direito Civil comparado — Ernesto Leme	59
O Direito Muçulmano — Lino Leme	71
A codificação das leis sociais do Brasil — Antônio Ferreira Cesa- rino Júnior	84
A missão do advogado no mundo contemporâneo — Miguel Reale.	106
A execução de sentença nas pendências de recursos de revista e ex- traordinário — Luís Eulálio de Bueno Vidigal	134
Dissertação sôbre o universo — Goffredo Telles Júnior	135
Do juízo arbitral — Alfredo Buzaid	187
As obrigações solidárias em Direito Romano — Alexandre Augusto de Castro Correia	197
Lei determinadora do fôro competente para o inventário e partilha — Antônio Chaves	241
La procédure de conclusion des accord internationaux au Brésil — Vicente Marota Rangel	253
Questões metodológicas em Direito Internacional Público — Vicente Marota Rangel	272
A regularidade das vendas a prestação — Oscar Barreto Filho	279
A etnografia como ciência auxiliar do estudo da história do Direito — Fernando Henrique Mendes de Almeida	305
A representação orgânica no condomínio por planos — Paulo Car- neiro Maia	314

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

A crise do Supremo Tribunal Federal — Alfredo Buzaid	327
---	-----

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA

Professor Waldemar Ferreira homenageado pela Universidade do Rio Grande do Sul	373
Professor Miguel Reale no nordeste	375
Professor Washington de Barros Monteiro novo titular de cátedra de Direito Civil	385
Professor Nicolau Nazo novo titular de cátedra de Direito Civil	392
Uma página «rabelaisiana» causticando o «trot» na Academia — Mário Masagão	405
A Faculdade de Direito e a reforma do ensino Jurídico — Menotti del 'Picchia	410
Biblioteca circulante — Milton Silveira Lopes	413

CONTRIBUIÇÃO AS MEMÓRIAS ACADEMICAS

A Faculdade de Direito na Arrancada de 9 de julho de 1932 — Waldemar Ferreira	416
--	-----

TRABALHOS DE ALUNOS

Mercado comum europeu — Rubens Antônio Barbosa	434
Sôbre a inseminação artificial humana — Octanny Silveira da Mota . ..	467
Algumas notas comparativas sôbre o Direito Social no Brasil e nos Estados Unidos — Paul Griffith Garland	502
Geração do bandeirismo humanista — Rafael Valentino Sobrinho . ..	531
BIBLIOGRAFIA	551

TABLE OF CONTENTS

TRIBUTE

Prof. Braz de Sousa Arruda	9
----------------------------------	---

DOCTRINE

Business norm and standard paradigms — Luigi Bagolini	21
The statute of Brazilian Corporations — Waldemar Ferreira	41
Comparative civil Law — Ernesto Leme	59
Mohammedan Law — Lino Leme	71
The codification of social Laws of Brazil — Antônio Ferreira Cesarino Júnior	84
The mission of the lawyer in the contemporary world — Miguel Reale	106
The execution of sentences in undecided cases of reexamination, revision and extraordinary recourse to the Supreme Federal Court — Luis Eulálio de Bueno Vidigal	124
A dissertation on the Universe — Goffredo Telles Júnior	135
Arbitral judgement — Alfredo Buzaid	187
Solidary obligation in Roman Law — Alexandre Augusto de Castro Correia	197
The determining Law of the competent court for inventories and division of inheritance — Antônio Chaves	241
The procedure in making international agreements in Brazil — Vicente Marota Rangel	253
On matters of method in Public International Law — Vicente Marota Rangel	272
The legality of sales by the instalment plan — Oscar Barreto Filho	279
Ethnography as an auxiliary science for the study of the history of Law — Fernando Henrique Mendes de Almeida	305
Organic representation in joint possession by the plan system — Paulo Carneiro Maia	314

LECTURE

The crisis of the Supreme Federal Court — Alfredo Buzaid	327
---	-----

UNIVERSITY NEWS

The honorary reception of professor Waldemar Ferreira by the University of Rio Grande do Sul	373
Professor Miguel Reale in the Nordeste (North-eastern States of Brazil).	375
Professor Washington de Barros Monteiro, new professor of civil Law	385
Professor Nicolau Nazo, new professor of Civil Law	392
A few Rabelaisian lines reverberating the «trot» in the Academy	405
The Law School and the reformation of Law teaching — Menotti del Picchia	410
Itinerant Library — Milton Silveira Lopes	413

CONTRIBUTION TO SCHOLAR MEMOIRS

The Faculty of Law and the revolution of July 1932 — Waldemar Ferreira	416
---	-----

STUDENTS CONTRIBUTIONS

Common European market — Rubens Antônio Barbosa	434
On human artificial insemination — Octanny Silveira da Mota	467
A few comparative notes on Social Law in Brazil and in the United States — Paul Griffith Garland	502
The generation of humanistic pioneering — Rafael Valentino Sobrinho	531

BIBLIOGRAPHY	551
---------------------------	-----

I N D E X

HOMMAGE

Prof. Braz de Sousa Arruda	9
----------------------------------	---

DOCTRINE

Norme de négoce et paradigme normatif — Luigi Bagolini	21
Le statut des sociétés anonymes brésiliennes — Waldemar Ferreira	41
Le Droit Civil Comparé — Ernesto Leme	59
Le Droit Musulman — Lino Leme	71
La codification des lois sociales du Brésil — Antônio Ferreira Cesarino Júnior	84
La mission de l'Advocat dans le monde contemporain — Miguel Reale	106
L'exécution de sentence dans les recours de révision et extraordinaire — Luís Eulálio de Bueno Vidigal	124
Dissertation sur l'Univers — Goffredo Telles Júnior	135
Du Jugement arbitral — Alfredo Buzaid	187
Les obligations solidaires en Droit Romain — Alexandre Augusto de Castro Correia	197
La loi déterminant la compétence pour l'inventaire et le partage des biens — Antônio Chaves	241
La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil — Vicente Marota Rangel	253
Questions méthodologiques en Droit International Public — Vicente Marota Rangel	272
La régularité des ventes à délai — Oscar Barreto Filho	279
L'ethnographie comme science auxiliaire pour l'étude de l'histoire du Droit — Fernando H. Mendes de Almeida	305
La représentation organique dans la co-propriété à plans — Paulo Carneiro Maia	314

CONFERENCE

La crise du Suprême Tribunal Fédéral — Alfredo Buzaid	327
--	-----

CRONIQUE UNIVERSITAIRE

L'Université de Rio Grande do Sul rend un hommage au professeur Waldemar Ferreira	373
Professeur Miguel Reale dans le nord ouest du Brésil	375
Professeur Washington de Barros Monteiro, nouveau professeur ca- thédral de Droit Civil	385
Professeur Nicolau Nazo, nouveau professeur cathédral de Droit Civil	292
Une page rabelaisienne caustiquant le «trot» dans l'Académie	405
La Faculté de Droit et la réforme de l'enseignement juridique — Me- notti del Picchia	410
Librairie Circulante — Milton Silveira Lopes	413

CONTRIBUTION AUX MEMOIRES ACADEMIQUES

La Faculté de Droit et la révolution de Juillet 1932 — Waldemar Ferreira	416
---	-----

TRAVAUX D'ELEVES

Le marché commun européen — Rubens Antônio Barbosa	234
Sur l'insémination humaine artificielle — Octanny Silveira da Mota . 467	
Quelques notes comparatives sur le Droit Social du Brésil et des Etats Unis — Paul Griffith Garland	502
Génération du «bandeirante» humaniste — Rafael Valentino So- brinho	531
BIBLIOGRAPHIE	551

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).