





N3-42

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

61 . . . 2
VOLUME LXI — FASC. II
1966

EM COMEMORAÇÃO DO JUBILEU DE CÁTEDRA DO PROFESSOR
DR. THEOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO



REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. ALFREDO BUZAID 32

VICE-DIRETOR

DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. MIGUEL REALE
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO
DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES
DR. MOACYR AMARAL SANTOS
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1850-1944)
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869-1957)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1957)
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)
DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELLO NETO (1883-1965)
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)
DR. ALEXANDRE CORREIA
DR. LINO DE MORAES LEME
DR. ALVINO FERREIRA LIMA
DR. VICENTE RAO
DR. JORGE AMERICANO
DR. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIRA JUNIOR
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO
DR. NICOLAU NAZO

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. MÁRIO MASAGÃO de Direito Administrativo
DR. ERNESTO LEME de Direito Comercial
DR. NOÉ AZEVEDO de Direito Penal
DR. JOSÉ SOARES DE MELO de Direito Penal
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JUNIOR 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. CÂNDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado
DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL de Direito Judiciário Civil
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução à Ciência do Direito
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política
DR. SÍLVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial
DR. ALFREDO BUZAID de Direito Judiciário Civil
DR. MOACYR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal
DR. SÍLVIO RODRIGUES de Direito Civil

DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Civil
124 DR. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público

LIVRES-DOCENTES

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO 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. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal
DR. JOSÉ LOUREIRO JUNIOR de Direito Constitucional
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política
DR. LUÍS ARAÚJO CORREIA 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. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política
DR. CAIO PRADO JUNIOR de Economia Política
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política
DR. OSCAR BARRETO FILHO 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. LUÍS AMBRA de Direito Judiciário Civil
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil
DR. MANUEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JUNIOR de Direito Administrativo
DR. JOSÉ LUÍS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado
DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil
DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito
DR. JOSÉ BARBOSA DE ALMEIDA de Direito Financeiro
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DORIA de Direito Financeiro
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Judiciário Civil
DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política
DR. JORGE IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado
DR. JOSÉ CRETELLA JUNIOR de Direito Administrativo
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal
DR. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Judiciário Civil
47 DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à
Ciência do Direito

SECRETÁRIO

SR. FLÁVIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXI — FASC. II
1966

EM COMEMORAÇÃO DO JUBILEU DE CÁTEDRA DO PROFESSOR
DR. THEOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO



COMISSÃO DE REDAÇÃO:

Professôres:

Dr. Antônio Ferreira Cesarino Junior

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 ILUSTRE MESTRE DR. THEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, PELA COMEMORAÇÃO DE SEU JUBILEU DE CÁTEDRA.

1966
SÃO PAULO

34
378.4 (816.1)

5
1966-~~pc~~2



PROF. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO.

Professor Theotônio Monteiro de Barros Filho.

O professor Theotônio Monteiro de Barros Filho nasceu a 31 de agosto de 1901, na cidade de Ribeirão Preto. Foram seus pais o Sr. Theotônio Monteiro de Barros e D. Judith Soares Monteiro de Barros.

Fêz os estudos primários no Colégio Moura Lacerda e no Externato Francisco Leite e os secundários, no Ginásio do Estado de Ribeirão Preto, tendo sido o orador da turma de bacharés em Ciências e Letras de 1917.

Matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1919 concluindo o curso jurídico em 1923. Demonstrando desde muito jovem seus dons oratórios foi escolhido orador da chave, em sua turma. Aluno distinto em tôdas as cadeiras do curso, participou também dos movimentos cívicos do Centro Acadêmico XI de Agosto. Fazendo parte da Liga Nacionalista durante quatro anos, percorreu como seu delegado diversos municípios do interior, defendendo em campanhas o voto secreto e o serviço militar.

Em 1932 quando da Revolução Constitucionalista, servindo no 3.º Batalhão do Regimento 9 de Julho lutou em Eleutério, Itapira, Morro Gravi, Mogi Mirim e Cosmópolis; ascendeu até o posto de capitão após ter sido promovido a 2.º Tenente no “front”.

Foi a seguir um dos fundadores da Federação dos Voluntários de São Paulo, fazendo parte do seu diretório central.

Aos 33 anos eleito deputado federal à Constituinte Brasileira de 1934, integrou a bancada paulista da “Chapa Única por São Paulo Unido”. Participando ativamente dos tra-

balhos da Bancada Paulista combateu, em memorável discurso, a pena de morte que se pretendia implantar no sistema brasileiro de repressão à criminalidade; iniciando campanha de repercussão nacional na imprensa, pela limitação de certas correntes imigratórias, apresentou judicioso estudo que fundamentou a emenda sôbre o assunto, resultando a limitação fixada pela Carta de 1934 e mantida na de 1937. Reeleito deputado Federal para a 1.^a Legislatura Ordinária, pelo partido Constitucionalista, foi investido no cargo de sub-líder de sua bancada, no qual permaneceu até novembro de 1937, quando dissolvida a Câmara.

Reiniciou então seus trabalhos profissionais e logo em seguida, em 1938, candidatou-se à cátedra de Legislação Social da Faculdade de Direito de São Paulo, defendendo a tese *Justiça do Trabalho*, que lhe outorgou o grau de doutor em Ciências Jurídicas e Sociais e a livre docência da matéria.

Na interventoria do Dr. Fernando Costa em São Paulo, em 1941, exerceu o cargo de Diretor do Departamento do Serviço Social do Estado, ficando marcada indelêvelmente sua atuação nesse setor. Nesse mesmo ano, com a tese *As Taxas e os Seus Principais Problemas Teóricos*, conquistou brilhantemente a cátedra de Ciências das Finanças, da qual tomou posse a 25 de novembro.

Suas atividades anteriores, comprovadamente inteligentes e inovadoras levaram-no, em 1942, à Secretaria da Educação e Saúde; em 1943 à Secretaria da Segurança Pública; em 1946, como delegado do Brasil, à Conferência de Comércio e Emprego da ONU, em Londres; em 1947 em Genebra e em 1948 em Havana.

Novamente eleito deputado Federal em 1954 exerceu o mandato até 1958; escolhido pelo Governo Federal ocupou o Ministério da Educação em janeiro de 1963, demitindo-se em junho daquele ano.

Pela relevância de suas funções, exercidas sempre com probidade e descortino em prol do desenvolvimento polí-

tico, econômico e intelectual de sua terra, recebeu o Prof. THEOTÔNIO M. DE B. FILHO várias e altas condecorações do Brasil e do exterior: a de Grande Oficial da Ordem do Mérito, do Paraguai; Medalha do Mérito Tamandaré, Comenda da Ordem do Mérito Aeronáutico e de Grande Oficial da Ordem do Mérito Militar.

É membro da Ordem dos Advogados do Brasil; do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil; da Acadêmia de Ciências Econômicas do Instituto de Economia da Associação Comercial de São Paulo.

A par de suas atividades docentes, políticas, administrativas e advocatícias, publicou trabalhos de alto teor doutrinário, alguns dos quais relacionamos a seguir.

Bibliografia do Professor Theotonio Monteiro de Barros Filho.

- Justiça do Trabalho.* São Paulo, Revista dos Tribunais. 1938
- As taxas e seus Principais Problemas Teóricos.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1941 e no Digesto Econômico, n.º 109, 1953.
- Estrutura Financeira do Brasil.* (In Laufenburger, Henry. Finanças Comparadas. s.d., p. 379-411).
- Balanço Econômico e Político de uma Época Histórica,* in Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, 1943-1944, v. 39, p. 209 a 227.
- A História da Doutrina da Incidência,* in-Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1942, v. 38, p. 51-58.
- O Imposto Sindical,* in Revista Forense. Rio de Janeiro. 1951, a. 48, v. 134, p. 587-594 e no Digesto Econômico, n. 73, 1950.
- O Prazo para o Registro de Contadores,* in Projetos da Câmara dos Deputados Federais, Rio de Janeiro, 1937, v. 5.º.
- As Américas e o Mundo;* Conferência pronunciada, a 14 de abril, no Teatro Municipal, por ocasião da festa comemorativa do Dia Panamericano, 1 volume, São Paulo, 1942.
- Emenda ao Orçamento; é possível emendar o orçamento após encerrado o prazo constitucional de sua elaboração legislativa?* in Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, 1948, v. XLIII, p. 146.
- Imposto de Indústrias e Profissões; imposto indireto; isenção fiscal; cooperativas (parecer),* in Revista Forense. Rio de Janeiro. 1953, a. 50, v. 148, p. 88-90.

- Impôsto sôbre Combustíveis Líquidos ou gasosos: impôsto de indústrias e profissões; taxas de previdência social; a lei n.º 2975; (parecer).* ✓
In Revista Forense. Rio de Janeiro 1957, a. 54, v. 171, p. 102-114.
- Sôbre o Número de Inspetores nos Institutos Fiscalizados de Ensino Superior. (Parecer), in Projetos da Câmara dos Deputados Federais,* Rio de Janeiro, 1935, v. 3. ✓
- Locação — Fropriedade agrícola — Aluguel pago anualmente — Arrendatários que incorreram em mora por culpa do arrendador — Malícia dêste — Ação de consignação proposta tempestivamente — Aplicação dos arts. 120 e 972 do Código Civil. (Parecer), in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1945, v. 154, p. 11.*
- Moeda Nacional — Contrato de arrendamento que previra sua interpretação da expressão “mudança da moeda corrente do país” — Se, além da mutação legal do sistema monetário, abrange a transformação econômica do dinheiro. (Parecer), in Revista dos Tribunais, São Paulo.*
- Requisição de Bens e Serviços; tabelamento de preços, comissão federal de abastecimento e preços; (Parecer). In Revista Forense. Rio de Janeiro, 1953, a. 50, v. 150, p. 116-119.*
- Prof. Candido Motta, in Vinte Anos Depois... São Paulo, 1943, p. 57.*
- Preços e o Problema do Momento, no Digesto Econômico, n.º 9, agosto de 1945.*
- Perspectivas do Comércio Internacional, no Digesto Econômico, n.º 30, maio de 1947.*
- O Programa de Recuperação Européia, no Digesto Econômico, n.º 47, outubro de 1948.* ✓
- A Conferência de Araxá, no Digesto Econômico, n.º 58, setembro de 1949.* ✓
- Noções Gerais de Finanças, no Digesto Econômico, n.º 85, dezembro de 1951.*
- Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, no Digesto Econômico, n.º 88, março de 1952.* ✓
- Direito Orçamentário, no Digesto Econômico, n.º 100, março de 1953.* ✓
- O Parlamentarismo e a Conjuntura Nacional, no Digesto Econômico, n.º 129, maio/junho de 1956.* ✓
- Crédito Rural, no Digesto Econômico, n.º 132, nov./dez. de 1956.* ✓
- Aprovação dos Atos do Govêrno. (Discurso na Constituinte de 1934). Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1935.* ✓
- Constituição das Fôrças Armadas. (Discurso na Constituinte de 1934). Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1935.* ✓

Eleição direta do Presidente da República. (Discurso na Constituinte de 1934) — Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1935. ✓

Ensino Religioso. (Discurso na Constituinte de 1934) — Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1935. ✓

Imigração. (Discurso na Constituinte de 1934) — Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1935. ✓

Inelegibilidade do Chefe do Govêrno — (Discurso na Constituinte de 1934) Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1935. ✓

Pena de Morte (Discurso na Constituinte de 1934) — Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1935. ✓

Responsabilidade do Chefe do Govêrno — (Discurso na Constituinte de 1934) Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1935. ✓

Mandado de Segurança em Defesa do Governador Muniz Falcão de Alagoas in *Mandado de Segurança*, edição da Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1960. ✓

347151.5 (81+24)

Emancipação e Paridade de Direitos da Mulher Casada no Brasil e nos outros Países do Sistema Jurídico Francês.

Rudolf Moser

Professor de Direito Internacional Privado na Universidade de Ciências Econômicas e Sociais de S. Gallen (Suíça). Professor Substituto da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

I. Brasil.

O Código Civil Brasileiro, de 1916, tem um histórico extenso e complicado ¹. Êle se compõe, como o Código Civil Alemão, duma Parte Geral (sôbre as pessoas, os bens, os fatos jurídicos) e duma Parte Especial relacionando-se aos direitos da família, das coisas, das obrigações e das sucessões ² — em ordem diversa da do “BGB” alemão. Com respeito ao seu conteúdo o Código Civil Brasileiro é, por parte, uma obra original (graças à colaboração de eminentes juristas como TEIXEIRA DE FREITAS, CLOVIS BEVILAQUA e RUY BARBOSA), por parte êle segue, como fazem tôdas as co-

1. Código Civil, Lei n.º 3.071 de 1-1-1916, em vigor desde 1-1-1917, revisado por Decreto n.º 3.725 de 15-1-1919 e outros; diversos anteprojetos, elaborados entre 1855 e 1899, deliberação parlamentar desde 1900. Antes do Código Civil estavam em vigência as antigas leis portuguêsas e o direito imperial.

2. Os 1.807 artigos são, em geral, concisos. Ao lado do Código Civil existe um Código Comercial, Lei n.º 566 de 25-6-1850, muitas vezes revisado e completado.

dificações, padrões estrangeiros³, por parte exprime-se nêlo o direito canônico (assim na proibição do divórcio)⁴; em primeiro lugar, porém, o Direito Civil Brasileiro, junto com os dos outros países latinoamericanos, faz parte da grande família do Código Civil de Napoleão.

Aos arts. 212s., 1124s. da antiga redação dêste código (de 1804) correspondeu amplamente à regulamentação até agora da capacidade de direitos e de agir da mulher casada brasileira.

1. Capacidade de agir.

A Lei federal brasileira no. 4121, de 27-8-1962,⁵ mudou diversas disposições do Código Civil, concedendo à mulher casada a plena capacidade de agir.

a) O art. 6 Código Civil, na redação antiga, declarou incapazes, relativamente a certos atos, i.é., incapazes de os exercer (sòzinho): I. os menores de 16 a 21 anos, II. as mulheres casadas, pela duração da sociedade conjugal, III. os pródigos e IV os selvícolas⁶! O ato concluído sem cooperação pelo marido, pai ou tutor não era nulo, mas anulável, arts. 147s. do Código Civil. A nova lei (art. 1.º suprimiu o

3. Assim o Código Civil Português (p. ex. no regime dos bens do casal), o Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch, "BGD"), o Código Civil Suíço (Zivilgesetzbuch, "ZGB") admitindo, no art. 2.º, a regra universal dêste código, art 11: "Todo homem é capaz de direitos. "

4. Desconhecem hoje o divórcio a vínculo, no sistema do Code Civil, além do Brasil, ainda o Chile, a Argentina (de nôvo), o Paraguay bem como a Itália e Espanha, enquanto Portugal e a República Dominicana permitem o divórcio dos matrimônios não celebrados conforme as leis canônicas.

5. Diário Oficial de 3-9-1962, em vigor desde 18-10-1962.

6. Os selvícolas serão liberados da tutela instituída pela legislação sôbre a proteção para os índios, na medida que êles se adaptarem à civilização.

item II, do art. 6, abolindo desta maneira a restrição da capacidade da mulher casada. Os antigos itens III. e IV. são agora os n.^{os} II. e III.

De acôrdo com isto, pelo art. 1.^o da lei de 1962, foram revogadas, na enumeração dos atos jurídicos necessitando da aprovação do marido, as disposições não motivadas pelo regime dos bens, a saber os itens IV. (aceitação ou repudição de herança ou legado), V. (aceitação de tutela, curatela ou de outro múnus público), VI. (litígio), VII. (exercício de profissão) e IX. (aceitação de mandato). Continuam necessitando da outorga do marido: I. aquêles atos que também o marido não poderia praticar sem consentimento da mulher⁷; II. a alienação e gravação de imóveis do domínio particular da mulher; III. a alheação de direitos reais da mulher sôbre imóveis de terceiros; IV. atos contraindo obrigações que podiam causar a alheação de bens do casal⁸.

O art. 242 Código Civil tem hoje o seguinte teor:

“A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I. praticar os atos que êste não poderia sem consentimento da mulher (art. 235);

II. Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310);

III. Alienar os seus direitos reais sôbre imóveis de outrem;

IV. Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal.”

7. Prestar fiança, fazer doação, art. 235 itens III e IV. além de outros atos mais.

8. A interceção da mulher casada ante terceiro, a favor do marido, não é regulamentada “expressis verbis”, vide o art. 177 al. III do Código Civil Suíço.

b) Com respeito ao *exercício de profissão* pela mulher casada, esqueceu-se de revogar também o art. 1.º, item 4, do Código de Comércio que, análogo ao antigo art. 242, item VII, do Código Civil, exige a autorização do marido, o que provocou dúvidas sobre a questão. A “ratio legis” e as demais modificações introduzidas pela nova lei justificam, porém, a tese de que a mulher casada ganhou a plena liberdade de exercer profissão⁹. Indo além da nova redação do Código Civil Francês, a regulamentação brasileira deixa de conferir ao marido um direito de veto, a saber de recorrer ao juiz.

A mulher pode dispôr livremente do produto do seu trabalho profissional, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial; na medida em que fôr necessário, porém, ela terá que promover a manutenção da família, arts. 246, 233, 240 Código Civil, art. 2.º da Lei de 1962.

O art. 246 do Código Civil ficou assim redigido:

“A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do art. 242.

Parágrafo único. Não responde o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere êste artigo, pelas dividas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.”

9. Veja a excelente exposição do histórico e dos argumentos neste e nos outros assuntos em questão, da professora RUTH BARBOSA GOULART, *Situação Jurídica da Mulher Casada*, publicada em *Jurídica*, Revista trimestral da Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool, XXIX abril-junho de 1964, trabalho que importou em Instruções do Departamento Nacional de Registro do Comércio, de 8-7-1965, segundo os quais prescinde de autorização marital o registro de mulher casada como comerciante individual.

O art. 2.º da Lei 1962 dispõe:

“A mulher tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime da separação de bens (art. 277 do Código Civil), a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las.”

Finalmente, no art. 248 Código Civil, a enumeração dos atos que a mulher casada pode praticar independente de autorização ficou ampliada pela frase lapidar que ela “pode livremente. VII. Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei.” As palavras “independente de autorização” foram substituídas por “livremente”, e o atual item VII. citado está no lugar dos antigos itens VII. a X. os quais se tinham referido à ação anulatória do casamento, à ação de desquite, aos alimentos e ao testamento. Dêste modo, a enumeração dos atos permitidos à mulher casada tem-se transformado na cláusula geral da sua capacidade de agir irrestrita.”¹⁰

2. Posição na sociedade conjugal.

A Lei brasileira de 27-8-1962 melhorou também a posição da mulher casada na sociedade conjugal, equiparando os cônjuges em grande escala. Permaneceu o princípio, expresso no art. 233, que o marido é o chefe da família, o que corresponde ao art. 213 do Code Civil Français na redação de 22-9-1942¹¹ e ao art. 160 do Código Civil Suíço.

10. A Lei n.º 4.121, pelo seu primeiro artigo, modificou também o direito dos bens do casal e o direito das sucessões, vide os novos arts. 263, 269, 273, 1.579 e 1.611 Código Civil, o art. 469 do Código de Processo Civil e Comercial, assim como o art. 3 da Lei n.º 4.121. Não é possível tratar aqui destas modificações, as quais, aliás, concernem da mesma maneira a ambos os cônjuges, respectivamente ao cônjuge sobrevivente, seja o marido, seja a mulher.

11. Semelhante já a Lei de 18-2-1938, enquanto o artigo 213 do Code Civil Français estava redigido nos seguintes termos: “Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.”

Um suplemento diz que o marido exerce esta função com a colaboração da mulher, no interêsse comum do casal e dos filhos ¹².

Como chefe da sociedade conjugal, compete ao marido, inalteradamente, segundo o art. 233 Código Civil, a representação legal da família, a administração dos bens comuns (e, eventualmente, dos particulares da mulher), bem como a fixação do domicílio da família, sendo agora esta última competência limitada pelo direito da mulher de recorrer ao juiz caso a deliberação do marido prejudique a ela. O antigo item IV. o qual se referiu à autorização da profissão da mulher pelo marido e da residência separada dela, ficou riscado, em conformidade com a modificação citada do art. 242 Código Civil, conservando-se, no art. 231, item II., o dever (de ambos os cônjuges) da coabitação e, no art. 36, parágrafo único, o princípio do domicílio necessário, derivado, da mulher casada. Ficou inalterado o item V., hoje IV., do art. 233 Código Civil sôbre a obrigação do marido de promover a manutenção da família, na qual a mulher tem que participar tanto quanto fôr necessário. (Vide referência acima).

O art. 233 tem o seguinte teor:

“O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interêsse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I. A representação legal da família;

II. a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, parágrafo 9.º, n.º I, c, 274, 298, n.º I, e 311);

12. O que também corresponde ao art. 213 al. I. Código Civil Francês, cuja segunda frase diz: “Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants.” O texto brasileiro juntou: “com a colaboração da mulher”.

III. o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV. prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.”

Em concordância com a nova redação do art. 233, relativo aos direitos e deveres do marido, o art. 240, relativo aos da mulher, estipulou que ela assume com o casamento os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e — em vez de: auxiliar, como até aí — agora de: “colaboradora”, simples palavras, pode-se observar, mas palavras nas quais as transformações e evoluções do século se manifestam. Inspirado pelo art. 213, al. II, do Código Civil Francês, o art. 240 do brasileiro impõe à mulher o dever de velar pela direção material e moral da família. Diz o art. 240 na atual redação:

“A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.”

3. Pátrio poder.

Além da capacidade de agir e da condição relativa ao marido, ficou fortalecida grandemente, pela nova Lei de 1962, a posição da mulher casada e mãe acêrca do pátrio poder.

Ela é hoje, neste ponto, praticamente equiparada ao homem conquanto a sociedade conjugal está em pé, e, no caso de desquite, ela é a parte preferida. O art. 380 estipulou, até aí, que o marido é o chefe da família durante o casamento e que esta função compete à mulher sòmente na falta ou no impedimento dêle.

Eis o novo teor do art. 380:

“Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvada à mãe o direito de recorrer ao Juiz, para solução da divergência.”

Pelo caso de desquite consensual, amigável, o art. 325 Código Civil declarou e declara o acôrdo dos cônjuges sôbre a guarda dos filhos menores como determinante. Não estavam nem estão previstos, obrigatòriamente, exame e aprovação do acôrdo em todo caso, sob o ponto de vista do bem dos filhos, pelo juiz — como o exige, p. ex., o direito suiço (veja os arts. 156 e 158, item 5, do Código Civil Suiço); todavia, poderá o juiz brasileiro, havendo motivos graves, em qualquer caso, ainda no desquite amigável, regular, a bem dos filhos, por maneira diferente da estabelecida, a situação dêles para com os pais, art. 327 (inalterado).

No caso de desquite litigioso, judicial, o bem dos filhos será melhor observado graças à nova lei da seguinte maneira: Continuam os filhos sendo postos sob a guarda do cônjuge inocente, conforme o princípio básico expresso no art. 326; porém, se ambos os cônjuges forem julgados culpados, não vale mais a antiga regra rígida segundo a qual a mãe teve direito às filhas de qualquer menor idade e dos filhos até seis anos, o pai aos filhos menores, maiores de seis anos¹³. Agora, todos os filhos e filhas menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz temer de tal solução prejuízo moral para êles ou elas.

Junta-se, sempre pelo caso de desquite judicial, a possibilidade (introduzida já por Decreto n.º 9701 de 3-9-1946) de confiar os filhos, em vez de à mãe ou ao pai, a uma pessoa idônea da família de um ou outro cônjuge. Êsse texto ficou

13. Êste esquema ficou moderado, já até aí, pelo citado art. 327. A maioria começa com 21 anos, vide o art. 9 Código Civil.

inserido ao art. 326 Código Civil pela Lei de 1962, com a modificação de que a escolha não precisa mais cair, obrigatoriamente, em um parente do cônjuge inocente, mas pode também cair em um parente do cônjuge declarado parcial ou integralmente culpado pelo desquite.

O art. 326 revisado tem este teor:

“Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

Parágrafo 1.º. Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores salvo se o juiz verificar que de tal solução advir prejuízo de ordem moral para eles.

Parágrafo 2.º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro, a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.”

A mulher que contrai novo casamento — seja porque o matrimônio anterior ficou anulado, seja porque foi dissolvido pela morte do marido — perdeu, até à nova lei, o pátrio poder em relação aos filhos do leito anterior, recuperando-o no caso de se enviuvar, vide o art. 393 na redação antiga. O novo texto deste artigo deixa a ela o pátrio poder, acrescentando, porém, que ao (novo) marido, i.é. ao padrasto, não incumbe qualquer colaboração no exercício deste poder, com as seguintes palavras:

“A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.”

Disposição análoga pelo caso de novas núpcias do marido tendo filhos de leito anterior não há. O pai ficou com o pátrio poder já até aí, e a nova lei parece julgar desnecessário (ou, até inoportuno?) afastar a *madrasta* da criação dos filhos enteados — a não ser que a nova lei simplesmente não tenha dado consideração a este caso. .

II. Os outros Países.

A reforma brasileira justifica examinar, em resumo, quais as legislações cunhadas ou grandemente influenciadas pelo Código de Napoleão que conservaram o antigo princípio da incapacidade ou quase-incapacidade da mulher casada e da preponderância do marido, e, do outro lado, quais as legislações que abandonaram êste princípio, emancipando a mulher casada e equiparando-a ao marido quanto aos direitos de ambos os cônjuges¹⁴.

1. Incapacidade ou capacidade restrita.

O sistema do antigo Code Civil continua em vigor, a grosso modo, nos seguintes países:

a) *Europa*

No *Luxemburgo* (que pertenceu à França em 1804) os referidos artigos do Code Civil Français valem ainda inalterados.

O Código Civil de *Portugal*, de 1867, deixou e deixa sempre de tratar da (in)capacidade da mulher casada, assim na sua primeira parte concernente a “capacidade civil”, como no direito das obrigações. A Lei do casamento como contrato civil, de 25-12-1910, estipulou, no art. 39: “A sociedade conjugal baseia-se na liberdade e na igualdade. .” e revogou, pelo art. 72, o art. 1185 do Código Civil o qual, como o art. 213 do Código Civil Francês na sua antiga redação, tinha obrigado o marido a proteger a mulher e esta, a obedecer ao marido. Estão sempre em vigor, porém, os arts. 1116 e 1193s. Código Civil, segundo os quais a mulher não pode contrair dívidas sem autorização do marido nem

14. ARMINJON/NOLDE/WOLFF, *Traité de Droit comparé*, v. I, 1950, n.ºs 144s. ps. 249s.

adquirir ou alienar bens caso a lei não o permitir especialmente. Esta regulamentação corresponde ao antigo art. 217 Código Civil Francês. O direito português do regime dos bens é mais severo ainda com a mulher do que o Código de Napoleão: Ao marido pertence, conforme o art. 1189, a administração de todos os bens do casal, direito do qual êle não pode ser privado nem por convenção antenupcial, vide o art. 1104.

A *Espanha* conservou, nos arts. 56s. Código Civil, de 1889, os princípios da legislação napoleônica, i. é. os arts. 212s., e isto por parte no antigo teor. Dêste modo, o art. 57 ordena: “El marido debe proteger a la mujer, y ésta, obedecer al marido.” O art. 61 estipula, como o fazem em Portugal os arts. 1116 e 1193s., a dependência dela da outorga marital; além disto, como o tinha declarado o antigo art. 1124 Código Civil Francês, o art. 1263, item 3, Código Civil Espanhol considera a mulher casada como principalmente incapaz, com as palavras: “No pueden prestar consentimiento:

3º Las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley.”

b) *América*

Na Província de *Québec* (Baixa Canada) continua em vigor o art. 174 Código Civil, de 1865, tendo copiado o antigo art. 213 francês¹⁵. Os arts 176s. restringem a capacidade de agir, relativa à mulher casada, da maneira tradicional.

O Código Civil *Argentino*, de 1869/82,¹⁶ tinha declarado parcialmente incapaz, no seu art. 55, a mulher casada, junto

15. Citado na nota 11. — O Code de Québec codificou, aliás, direito francês pré-napoleônico, em grande parte, vide HAROLDO VALLADÃO, *Le droit international privé des Etats américains*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye, v. 81, 1952, II ps. 5s., 32.

16. Êste código ficou influenciado não sòmente pelo Code Napoléon e a doutrina francesa, mas também pelo Código Chileno, de 1855, e as teorias de TEIXEIRA DE FREITAS, o primeiro civilista brasileiro, veja VALLADÃO p. 27.

com os “menores adultos”. A Lei n.º 11357, de 14-9-1926, sobre os direitos civis da mulher, conferiu à mulher solteira a plena capacidade de agir, restringindo-a, porém, quanto à mulher casada, a certas competências e liberdades, de maneira que a capacidade da espôsa argentina não pode ser considerada como plena¹⁷.

Eis o art. 3 da citada lei de 1926:

“La mujer mayor de edad casada:

1º Conserva y ejerce la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior.

2º Si necesidad de autorización marital o judicial, puede:

a) Ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administrando y disponiendo libremente del producido de esas ocupaciones; adquirir con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente.

La mujer podrá hacer constar en la escritura de adquisición que el dinero proviene de alguno de esos conceptos. Esa manifestación importará una presunción “juris tantum”.

b) Formar parte de asociaciones civiles o comerciales y de sociedades cooperativas.

c) Administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondan en caso de separación judicial de bienes de los esposos.

Se presume que el marido tiene mandato para administrar los bienes de la mujer, sin obligación de rendir cuentas por las rentas o frutos percibidos, mientras la mujer no haga una manifestación de voluntad contraria inscripta en un registro especial o en el de mandato donde no lo hubiere.

17. Este estado das coisas está em contradição com a Convenção sobre os direitos políticos e civis da mulher, assinada na IXª Conferência Interamericana de Bogotá, em 1948, ratificada pela Argentina por Decreto n.º 9.983, de 23-8-1957; segundo o art. 1.º, os Estados americanos contratantes convencionaram conceder à mulher os mesmos direitos dos quais o homem goza.

d) Administrar los bienes pertenecientes a sus hijos de un matrimonio anterior, sin que los frutos naturales o civiles de los mismos pertenezcan a la nueva sociedad conyugal.

e) Aceptar o repudiar el reconocimiento que de ella hicieren sus padres.

f) Aceptar herencia con beneficio de inventario.

g) Estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten su persona o sus bienes o a la persona o bienes de sus hijos menores de un matrimonio anterior.

h) Ser tutora, curadora, albacea, testigo en instrumentos públicos; y aceptar donaciones.”

O Código Civil do *Chile*, de 1855,¹⁸ conservou também a regulamentação napoleônica. O art. 137, na redação da Lei no. 5521, de 19-12-1934, (art. 1º), exige sempre a autorização pelo marido dos atos obrigatórios e reais (ou dispositórios) da mulher casada. Quanto ao pátrio poder, está previsto, pelos arts. 223 e 224 Código Civil, na redação da Lei no. 10271, de 2-4-1952, (art. 1º), que no caso de desquite a mãe cuidará das filhas menores, de qualquer idade, e dos filhos menores de 14 anos, sendo confiados ao pai os filhos menores, maiores de 14 anos.

São cópias dos arts. 212 a 214 do antigo Código Civil Francês também os arts. 176 a 179 Código Civil da *Colômbia*, de 1873/78. O art. 177 fala, hoje ainda, da “potestad marital” A Lei n.º 28, de 1932, em vigor desde 1-1-1933, aboliu as restrições da mulher casada no regime dos bens declarando, no primeiro artigo, que cada cônjuge tem a livre administração e disposição dos seus bens anteriores e adquiridos durante o matrimônio, nos seguintes termos:

“Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o

18. Pela maior parte obra original de ANDRÈS BELLO, êste código tornou-se padrão para os códigos dos Estados da costa pacífica da América do Sul, veja ARMINJON/NOLDE/WOLFF, n.º 88, p. 163, e VAL-LADÃO ps. 36s..

que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera. .”

O art. 5 da Lei de 1932 — incorporado ao Código Civil, art. 181 — conferiu, ademais, à mulher a capacidade processual. O art. 182 que tinha estatuído a incapacidade dela para os atos obrigatórios e dispositórios, ficou revogado, não sendo, porém, revogado — ao menos não explicitamente — o art. 1504 cuja alínea III. declara a mulher casada como parcialmente incapaz.

O *Equador* permaneceu com a antiga versão do Código Francês, ainda na revisão do Código Civil pela Lei no. 553, de 30-6-1950¹⁹. Lêem-se assim os arts. 154 e 155:

Art. 154

“Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido.”

Art. 155

“Potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer.”

O art. 159 nega à mulher casada a capacidade processual, com as usuais exceções; o art. 1503, item III, declara-a parcialmente capaz de contrair obrigações.

O Código Civil de *Haiti*, de 1825, foi também uma cópia do Código de Napoleão, arts. 212s. A Lei de 25-1-1945 melhorou a situação jurídica da mulher casada conferindo-lhe a livre disposição sobre os bens adquiridos com o produto do seu trabalho.

19. A mesma contradição é de observar como em relação à Argentina: para com a Convenção de Bogotá, de 1948, sobre os direitos políticos e civis da mulher, ratificada pelo Equador em 1949; veja ALFRED KARGER, *Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, v. 28, 1964, ps. 658s, 664s..

2. Emancipação e Paridade de Direitos.

Aboliram a “Incapacidade da mulher casada as seguintes legislações no âmbito do sistema jurídico francês:

a) *Europa*

A própria *França* introduziu a plena capacidade pelas Leis de 18-2-1938 e 22-9-1942, esta última validada por Decreto de 9-10-1945. O art. 215 al. I do Code Civil de 1938 teve o seguinte teor:

“La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile”;

O art. 216 al. I, na redação de 1942, exprime-se ainda mais claramente, assim:

“La femme mariée a la pleine capacité de droit.”

O art. 217, tendo, na redação antiga, de 1804, declarado a mulher casada incapaz de se obrigar e de dispôr, ficou revogado pela Lei de 1938, junto com a referência à mulher casada nos arts. 1124s. dispondo sôbre as incapacidades no direito das obrigações. Igualmente, as demais disposições sôbre os efeitos pessoais do casamento foram profundamente modificadas, o que já foi dito acima²⁰. Quanto ao regime dos bens, a Lei de 13-7-1965 modificou-o restringindo as prerrogativas do marido e dando à mulher a livre administração e disposição sôbre seus bens reservados, seja que ela exerça profissão separada, seja que não.

Na *Bélgica* a capacidade da mulher casada ficou praticamente estabelecida por Lei de 1932 (com precursor de 1900), isto em primeiro lugar pela possibilidade de o marido a autorizar a celebrar atos jurídicos²¹. Pela Lei de 30-4-1958 a plena capacidade ficou pronunciada. Desde já, o art. 214 Código Civil Belga confirma que o matrimônio não produz alteração da capacidade civil dos cônjuges, ressalvados o

20. veja as notas 11 e 12.

21. veja ARMINJÓN/NOLDE/WOLFF, n.º 147, ps. 255s.

regime dos bens e a emancipação de menores pelo casamento. Conforme o art. 215, cada um dêles tem o direito de exercer, sem outorga pelo outro, profissão, ofício ou comércio, tendo contudo o outro o direito de recorrer ao juiz.

O *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil) dos Países-Baixos, de 1838, adotou, no título VI. sôbre os direitos e deveres dos cônjuges, a regulamentação do velho Code Civil Français. Por Lei de 1907 juntou-se o “mandat domestique” criado pela jurisprudência francesa em favor da espôsa. Outra lei, de 14-6-1956, remodelou essa construção no sentido da paridade jurídica dos cônjuges, a saber quanto à mútua assistência (art. 158), à guarda e educação dos filhos (art. 159 al: II) e ao sustento (art. 161). Permaneceu a restrição de o marido ser o chefe da sociedade conjugal (art. 159 al. I), fixando êle o domicílio comum no caso de divergência sôbre esta questão. A mulher pode recorrer ao juiz contra a decisão do marido, art. 160.

O *Codice Civile Italiano*, de 1865, tinha seguido o Código de Napoleão na incapacidade da mulher casada, sendo porém eliminadas as normas decretando-a, por Lei de 1919. O novo Codice Civile, de 16-3-1942, não restringe mais a “capacità” dela, mas conservou, no art. 144, a disposição de que o marido é o “capo” da família, incumbindo a êle, como tal, a “potestà maritale”

Na Polônia e na România, as quais fazem hoje parte do mundo comunista, estavam em vigor, até além do fim da Segunda Guerra, leis formadas conforme o antigo Código francês.

Na chamada Polônia do Congresso houve um Código Civil, de 1825, que baseava no Código de Napoleão, introduzido na Polônia em 1808. As restrições quanto à capacidade da mulher casada decretadas por êste Código ficaram revogadas por Lei de 1-7-1921. Conforme ela, a mulher casada precisava de autorização marital sòmente quanto às disposições sôbre os bens administrados e usufruídos pelo marido. O atual Código da família, de 25-4-1964, declara,

no art. 23, a paridade de direitos e deveres de ambos os cônjuges. Caso êles não se entendam cada um pode invocar decisão judicial, art. 24.

Na România, a incapacidade da mulher casada, instituída no *Condul Civil*, de 1865, foi abolida por Lei de 19-4-1932, e os arts. 25/26 do Código da família, de 21-12-1953, conferem os mesmos direitos e deveres ao homem e à mulher no casamento, obrigando-os a tomar as deliberações de comum acôrdo.

As leis polonesa²² e romena²³ sôbre a capacidade de agir em geral, não contêm disposições especiais acêrca da mulher casada.

b) *América*

O direito civil do Estado federal da *Louisiana* baseia-se no Código Civil Francês²⁴ tendo porém abolido as prerrogativas do marido, com exceção das restrições da mulher devidas ao regime dos bens.

O Código Civil do *México*²⁵ foi substancialmente modificado no ano 1917 e promulgado em nova redação no dia 30-8-1928. Êle equipara plenamente marido e mulher quanto à capacidade de agir proibindo tôda postergação da mulher em relação à aquisição e ao exercício dos direitos civís. Dispõe o art. 2º:

“La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y el ejercicio de sus derechos civiles.”

22. Lei de 18-7-1950 sôbre a Parte Geral do Código Civil, arts. 48s.

23. Decreto de 30-1-1954 sôbre as pessoas naturais e jurídicas, arts. 8s.

24. De modo mais preciso: no projeto do Código Civil Francês, de 1800, vide ARMINJÓN/NOLDE/WOLFF, n.º 99 p. 179.

25. O direito francês transmitiu-se ao Código mexicano por via do projeto do Código Civil Espanhol, estando em vigor, primariamente, só no distrito e nos territórios federais do México.

Segundo o art. 167, ambos os cônjuges têm a mesma autoridade e consideração; no caso de divergência de opiniões cabe ao juiz determinar. Todavia, a direção dos trabalhos da casa também no México está a cargo da mulher, vide o art. 168. O art. 169 dispensa-a da outorga marital quanto à sua atividade profissional.

As normas têm o seguinte teor:

Art. 167

“El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de comum acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el juez de lo civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos.”

Art. 168

“Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar.”

Art. 169

“La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior, ni se dañe la moral de la familia o la estructura de ésta.”

Art. 170

“El marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a las actividades a que se refiere el artículo anterior, siempre que funde su oposición en las causas que el mismo señala. En todo caso el juez resolverá lo que sea procedente.”

Art. 171

“La mujer podrá oponerse a que el marido desempeñe algún trabajo que lesione la moral o la estructura de la familia. En todo caso el juez resolverá lo que sea procedente.”

A equiparação jurídica total de marido e mulher, típica nas legislações sob influência soviética²⁶ já ficou realizada, normativamente, no México, há uns quarenta anos.

Os outros países da América do Sul também, como todos, inspiraram-se em escala maior ou menor, diretamente ou indiretamente, no Código Napoleônico²⁷; êles também, modificando os seus códigos civis ou emitindo leis especiais, emanciparam a mulher casada e deram-lhe os direitos reservados até aí ao marido.

A Constituição da *Bolívia*, de 4-8-1961, garante, no seu art. 182, al. I, a paridade de homem e mulher diante da lei, usando as seguintes palavras:

“El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado. Se establece la igualdad de los cónyuges.”

O *Paraguay* promulgou, em 1954, a Lei no. 236 sobre os direitos civis da mulher, cujo art. 5 confere iguais direitos e igual capacidade aos cônjuges, com porém um pouco mais de prudência, i.é. assim:

“Dentro del matrimonio, la mujer y el hombre tienen los mismos derechos y la misma capacidad, con la limitación que deriva de la unidad de la familia y la diversidad de sus respectivas funciones en la sociedad.”

No *Perú*, a paridade de direitos ficou estabelecida pelos arts. 158s. do Código Civil, de 30-8-1936, com a restrição de que o marido dirige a sociedade conjugal. Estão redigidos os arts. 158s. nestes termos:

Art. 158

“Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos.”

Art. 159

26. Veja acima a situação na Polônia e România.

27. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre* (Direito Comparado), Basel 1961, p. 197, ARMINJÓN/NOLDE/WOLFF, n.º 91, p. 171, VAL-LADÃO p. 7.

“Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.”

Art. 160

“Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. Cesa esta obligación cuando su cumplimiento pone en grave peligro la salud, el honor o los negocios de cualquiera de los cónyuges.”

Art. 161

“El marido dirige la sociedad conyugal.

La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar.”

Art. 162

“Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir sobre lo referente a su economía.”

Art. 163

“La mujer no está obligada a aceptar la decisión del marido cuando ésta constituye un abuso de su derecho.”

Quanto ao pátrio poder veja o art. 391 redigido assim:

Art. 391

“La patria potestad se ejerce por el padre y la madre, durante el matrimonio. En caso de disentimiento prevalecerá la opinión del padre.”

Na enumeração das pessoas de incapacidade absoluta ou relativa — arts. 9s. Código Civil — não figura a mulher casada; ela goza pois da plena capacidade de agir, estipulando o art. 8:

“Son personas capaces de ejercer los derechos civiles los que han cumplido 21 años.”

Por Lei no. 10783, sôbre os direitos civís da mulher, de 18-9-1946, o *Uruguay* concedeu à mulher, seja ela solteira ou casada, os mesmos direitos que ao homem, substituindo essa lei os arts. 127s. Código Civil, de 1868, revisado em 1893 e 1914, os quais tinham copiado a regulamentação francêsa. O art. 1º daquela lei tem o seguinte teor:

“La mujer y el hombre tienen igual capacidad civil.”

No art. 2º, ficou autorizada a mulher casada a dispôr livremente dos seus bens próprios e dos frutos derivados, bem como do produto do seu trabalho. Quanto ao domicílio, ao sustento e ao pátrio poder, existe a plena paridade, conforme as seguintes disposições da citada lei:

Art. 2 al. 1

“La mujer casada tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, de sus frutos, del producto de sus actividades y de los bienes que pueda adquirir, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5º de la presente ley.”

Art. 9

“El domicilio conyugal se fijará de común acuerdo por los esposos.”

Art. 10

“Ambos cónyuges contribuirán a los gastos del hogar (artículo 121 del Código civil) proporcionalmente a su situación económica.”

Art. 11

“La patria potestad será ejercida en común por los cónyuges, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o lo confieran a alguno de ellos o a otra persona, y de los convenios previstos por el art. 172 del Código Civil.”

O juiz decidirá as divergências de opinião entre os cônjuges nessas matérias, vide os arts. 13 e 18.

A situação jurídica da mulher casada na *Venezuela* é parecida à no *Perú*: O Código Civil, na redação de 13-7-1942 não restringe mais a sua capacidade de agir. A plena paridade de direitos com o marido, porém, faz falta, por ser ela postergada relativo à determinação do domicílio, ao exercício do pátrio poder e — de modo geral — à deliberação sôbre os assuntos da vida conjugal. Segue-se isto das normas competentes do Código Civil, a saber dos arts. 137s. e 261.

Art. 137

“Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

La demencia, las enfermedades contagiosas y toda otra circunstancia que ponga en peligro la salud o la vida de uno de los cónyuges, son motivo para que el cónyuge amenazado pueda separarse de la habitación común.”

Art. 138

“La mujer debe seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. El Juez de Primera Instancia en lo Civil podrá, por justa causa plenamente comprobada, eximir a la mujer de este deber.”

Art. 139

“El marido debe protección a la mujer y ambos deben contribuir recíprocamente a la satisfacción de sus necesidades, en la medida de los recursos y ganancias de cada uno. Esta obligación cesa para con el cónyuge que se ha separado del hogar común sin justa causa.”

Art. 140

“Al marido le corresponde la decisión en todos los asuntos relativos a la vida conyugal común.”

Art. 261

“Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición deben honrar y respetar a su padre y a sua madre, y si son menores están bajo la potestad de éstos.

La patria potestad corresponde al padre, pero en su ejercicio coadyuvará, durante el matrimonio, la madre, en lo que respecta al orden doméstico y a la dirección de los hijos. En caso de muerte del padre, de haber éste incurrido en suspensión o privación de la patria potestad, de encontrarse bajo tutela o curatela, de haber sido declarado ausente, de no estar presente, y cuando esté imposibilitado por cualquier otro motivo, la madre ejercerá la patria potestad.”

As legislações da *América Central* também regulam de maneira liberal a posição jurídica da mulher casada.

O art. 38 Código Civil da *Guatemala*, na redação de 13/21-5-1933, faz, no seu início, esta declaração fundamental:

“El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones entre los contrayentes. ”

Aqui também, resulta a capacidade de agir da mulher casada do fato de que a lei desconhece de restrições relativas.

Em *Cuba*, a capacidade de direito da espôsa é irrestrita desde a Lei de 18-7-1917 sôbre a matéria. A plena igualdad jurídica ficou introduzida pela Lei de 20-12-1950 sôbre a paridade de direitos da mulher casada, tendo essa lei o seguinte teor:

Art. 1

“El artículo 57 del Código Civil, quedará redactado como sigue: Art. 57. Los esposos deben protegerse mutuamente y guardarse las consideraciones debidas.”

Art. 2

“El primer párrafo del artículo 154, quedará redactado asi: Art. 154. El padre conjuntamente con la madre, y en su caso el que sobrevivo, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerlos mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.”

Art. 3

“La esposa tendrá conjuntamente con el marido todos los derechos obligaciones de la patria potestad, necesitándose su consentimiento para todos los actos de administración y dominio e los hijos bajo su protección.”

Art. 7

“Los cónyuges son los administradores de la sociedad de gananciales, salvo estipulación en contrario o renuncia.”

Art. 8

“Los actos de administración pueden realizarse indistintamente por cualquiera de los esposos, pero para realizar cualquier acto de dominio en relación con los bienes de la sociedad de gananciales será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.”

Art. 10

“La mujer casada podrá ejercer libremente el comercio, sin necesidad de la licencia marital.”

A Constituição de *Costa Rica*, de 7-11-1949, decretou a absoluta igualdade de homem e mulher diante da lei, e a mesma coisa resulta duma Lei de 21-5-1953, pela qual o art. 73 Código Civil, de 1886, concernente aos efeitos pessoais do casamento, ficou alterado. Os arts. 20s. e 627s., sôbre as restrições da capacidade de agir no direito das pessoas e das obrigações, não tratam da mulher casada.

O Código Civil de *El Salvador*, antigamente de 1860, ficou revisado em 1902 no sentido da suspensão do poder marital. A mulher não figura entre as pessoas absoluta ou relativamente incapazes, a ver o art. 1318.

Conforme é a regulamentação da *República Dominicana*, baseada nas leis de 18-12-1940 e 29-9-1949, as quais modificaram os arts. 212s. do Código Civil Francês promulgado lá no ano 1844 em língua espanhola.

A situação jurídica da mulher casada é igual em *Honduras*, segundo os arts. 167s. Código Civil, de 1906, em *Nicarágua*, conforme os arts. 151s. Código Civil, de 1904, e no *Panamá*, em virtude do art. 110 Código Civil, de 1916.

III. Resumo.

Êste breve inquérito de direito comparado demonstra que países importantes, como a Espanha, a Argentina, o Chile, a Colômbia, ainda restringem a capacidade jurídica da mulher casada, mas que a maior parte das legislações inspiradas no Código de Napoleão da Europa e América, aboliram, no decorrer do vigésimo século e, em particular, desde a Primeira e Segunda Guerra Mundial, a postergação dela, concedendo-lhe a plena capacidade de agir e, praticamente, a paridade de direitos com o marido. O Brasil, pela Lei de 1962, aderiu-se a esta maioria.

Esta evolução, satisfatória que seja sob o ponto de vista do progresso e dos direitos humanos, não pode dissimular que os fatos reais muitas vêzes divergem da situação jurídica. A mulher não alcançou ainda, no âmbito da cultura francesa, i.é., também, na América do Sul, uma série de profissões — até das que lhe são consideradas perfeitamente convenientes na Europa Central e Setentrional bem como na América do Norte. A mulher casada, em especial, continua sendo, antes de tudo, nestes países, a protetora do lar, sem posição ou profissão autônoma. A sua emancipação e equiparação ao homem e marido não significa aqui, por isto, a adaptação do direito a um estado das coisas já existente, mas, em primeiro lugar, a realização de um postulado legislativo de grupos adiantados ou modernistas. Todavia, a antecipação da ordem social aspirada, pelas legislações, contribuirá para a libertação da mulher nos referidos países de vínculos tradicionais.

9.

347.451

Venda de Ascendente a Descendente.

Washington de Barros Monteiro

(Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

1. O artigo 1.132 do Código Civil e a sua origem histórica. 2. Justificação do preceito legal. 3. Natureza jurídica do consentimento dos demais descendentes. 4. Quais os demais descendentes a que o legislador se referiu. 5. Se a disposição alcança os afins. 6. Quais os bens cuja venda pelo ascendente depende da autorização. 7. Outros atos por igual dependentes da mesma autorização. 8. Necessidade de ser expresso o consentimento, embora não precise ser contemporâneo. 9. Se a denegação comporta suprimento judicial. 10. Se preterida a exigência legal o ato é nulo ou simplesmente anulável. 11. A hipótese é de mera anulabilidade. 12. Da interposição de pessoa na venda de ascendente a descendente. 13. Da ação anulatória e quem deve para ela ser citado. 14. Prazo prescricional. 15. Anteprojeto de Código de Obrigações. 16. Conclusão.

1. Em muitos de seus dispositivos revela o Código Civil séria preocupação no sentido de criar barreiras ao dolo e à fraude, combatendo sem tréguas os meios ou expedientes que tenham por escopo encobri-los ou coonestá-los. O artigo 1.132 é um dos dispositivos em que se ostenta semelhante determinação do legislador, sempre atento em sua constante luta contra a impostura e a maldade.

Prescreve, efetivamente, êsse preceito legal que os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam.

Trata-se de curiosa disposição, provinda das velhas Ordenações do Reino (Livro IV, Título XII), que procuravam justificá-la na necessidade de *evitar muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas*.

De fato, ao legislador não agrada a idéia de que os ascendentes venham a prejudicar descendentes com doações dissimuladas em vendas, efetuadas a outros descendentes e que lograram captar as boas graças dos supostos alienantes. A doação disfarçada, ensina TROPLONG (*Des Donations entre-vifs et des Testaments*, 3.^a ed., 4/596), constitui ato de dissimulação, que deve ser punido. Preciso será derrubá-la, como uma armadilha estendida à boa-fé.

A proibição constante das Ordenações subsistiu no direito pré-codificado. Consolidou-a TEIXEIRA DE FREITAS pela forma seguinte: “Não podem vender os pais aos filhos, aos netos, e aos demais descendentes, sem consentimento dos outros filhos, ou descendentes” (*Consolidação das Leis Civis*, artigo 582, § 1.^o). Já no *Esbôço* entretanto, dispôs de modo diferente: “Não se proíbe que os pais e mães vendam a seus filhos, ou netos, sem autorização dos mais descendentes que tiverem; mas, se venderem imóveis, a venda poderá ser anulada por ação dos mais descendentes, como contendo uma doação disfarçada, provando-se que não houve pagamento de preço algum, ou que o preço pago foi inferior à metade do justo valor do imóvel vendido” (artigo 1.986).

De modo idêntico, a disposição veio a ser reproduzida por CARLOS DE CARVALHO, em sua *Nova Consolidação das Leis Civis*, artigo 1.039, letra *a*: “Não podem vender os pais aos filhos, aos netos e aos demais descendentes sem consentimento dos outros filhos ou descendentes, que houverem de ser herdeiros”

Antes como agora, a razão de ser da proibição, aplicável a todos os ascendentes, de um e de outro sexo, continua a ser a mesma: coibir fraudes em detrimento dos demais descendentes, impedir doações mascaradas, preju-

diciais à igualdade das legítimas dos outros descendentes, pois todos devem ter os mesmos direitos.

Também o Código Civil Português se houve com a mesma cautela, aliás com maior rigor: “não podem vender, nem hipotecar, a filhos ou netos, os pais ou avós, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda ou hipoteca” (artigo 1.565).

2. Tem sido pôsto em dúvida o acêrto de semelhante interdição. Em parecer estampado na *Revista dos Tribunais*, vol. 355, pág. 54, o desembargador TEODOMIRO DIAS, referindo-se ao citado artigo 1.132, assim se expressa: preceito obsoleto, rançoso, carunchosa velharia portuguesa, lusitanismo inútil, exdruxularia arcaica, que não aparece em nenhum outro Código, a não ser no português, aferrado ao pirrônico apêgo a um passado anacrônico.

Justifica-se, no entanto, plenamente, a proibição legal. No dizer do Ministro VILLAS BOAS, cuida-se de princípio visando à estabilidade e harmonia da família. Tem em mira a paz familiar, a concórdia entre irmãos. São palavras do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal (*Revista dos Tribunais*, 331/584).

De feito, como acentua CUNHA GONÇALVES (*Tratado de Direito Civil*, 8/482), manifesto é o caráter preventivo da proibição. Com ela, quis o legislador arredar o inconveniente das doações dissimuladas em benefício de determinados descendentes, ou em prejuízo das legítimas dos demais descendentes.

Realmente, doação de pais a filhos importa adiantamento de legítima (Código Civil, artigo 1.171). Por outro lado, descendentes que concorram à sucessão do ascendente comum obrigados serão a conferir as doações e os dotes, que dêle em vida tenham recebido (artigo 1.786). A colação, que praticamente consiste na restituição à massa hereditária dos valôres antecipadamente recebidos pelo herdeiro,

para a respectiva inclusão na partilha, iguala as legítimas e mantém entre os sucessores a esperada identidade de tratamento.

Referentemente aos bens transmitidos a título de venda, porém, inexistente obrigação de conferir. Pode o ascendente, portanto, valer-se dela para dissimuladamente operar a liberalidade e assim afastar a futura conferência. Conhece o legislador as fraquezas do coração paterno, às vezes incapaz de ocultar suas preferências. Por isso, com o intento de conservar boa paz entre irmãos, imprescindível ao fortalecimento da família, consagra a proibição do artigo 1.132, que, sem dúvida, é benéfica e salutar.

3. Depara-se no preceito evidente caso de *legitimação*. Decorre a proibição legal não de incapacidade ou de falta de aptidão do ascendente, tanto que pode este livremente vender seus bens a não-descendente, a salvo de qualquer censura ou impugnação (Conf. JOSÉ VEIGA, *Da Legitimidade de parte no contrato*, pág. 61). A restrição decorre da posição especial do alienante em face do adquirente e dos demais descendentes.

Realmente, distingue-se a *incapacidade da falta de legitimação*. Conquanto *sui juris*, no pleno gozo de sua capacidade jurídica, pode o indivíduo encontrar-se inibido para a prática de determinado ato, em virtude da respectiva situação relativamente a certos bens e interesses, ou relativamente a certas pessoas.

Assim, a sociedade anônima não pode negociar com as próprias ações (Decreto-lei n. 2.627, de 26-9-1940, artigo 15). Ao despachante aduaneiro é vedado concorrer aos leilões da repartição em que sirva (Decreto-lei n. 4.014, de 13-1-1942, artigo 30, *in fine*).

Igualmente, no Código Civil, numerosos são os casos de falta de legitimação (e não de capacidade de gozo), como o do impedimento matrimonial previsto no artigo 183, n. IV, e os das restrições consubstanciadas no artigo 1.133.

Ora, na hipótese do artigo 1.132, surge exemplo típico de legitimação. Como requisito contratual, exige a lei a aquiescência dos demais descendentes. Só com essa aquiescência o ascendente se reveste de idoneidade jurídica para o ato, só com essa aquiescência fica êle legitimado para a almejada alienação a ser realizada a outro descendente.

Se não existe o consentimento dos demais descendentes, o ascendente não se acha credenciado para alienar, e se vier a alienar, não se formará relação jurídica idônea, isenta de imperfeições. Aliás, SERPA LOPES, em seu *Curso de Direito Civil*, 1/281, apresenta como exemplo característico de legitimação o consentimento dos demais descendentes para a venda a que se refere o artigo 1.132 do Código Civil.

4. A citada disposição é bastante ampla, alcançando todos os parentes em linha reta, tanto ascendente (pais, avós, bisavós), como *descendente* (filhos, netos, bisnetos). Seja qual fôr o ascendente, desde que se trate de venda a descendente de qualquer geração, próxima ou remota, imediata ou não, dependerá sempre da anuência dos demais descendentes.

Os descendentes, de cujo consentimento não se pode prescindir, serão os filhos do ascendente-vendedor, bem como os netos, que porventura representem o pai falecido ou excluído por indignidade. Os descendentes, que devem intervir no ato, serão aquêles que tenham legitimidade para agir, em cuja esfera jurídica possa produzir efeitos a eventual doação disfarçada, numa palavra os herdeiros. Evidentemente, não se há de exigir o consentimento de *todos* os descendentes, indistintamente, isto é, não só daqueles que lesados possam ser pela doação dissimulada, como daqueles que não sejam imediatamente atingidos. Não se há de reclamar consentimento de quem não se acha legitimado para agir (Código Civil, artigo 76; Código de Processo Civil, artigo 2.º), por não alcançado pela lesão jurídica.

Conseqüentemente, se o pai pretende vender bens a um dos filhos, dependerá não só da aquiescência dos demais

filhos vivos, de ambos os sexos, como dos netos que representem filho pré-morto do alienante (AGOSTINHO ALVIM, *Da Compra e Venda e da Troca*, pág. 62). Dispensar-se-á evidentemente tal aquiescência se os netos e bisnetos não têm *ius representationis*, isto é, se ainda vivem os filhos do ascendente-vendedor, de que descendem. Em tal hipótese, não intervêm êles no ato, por falta de legitimação. Netos e bisnetos, conquanto descendentes, só serão interessados na ausência dos próprios filhos, herdeiros mais próximos do alienante.

Pela mesma razão, se êste quiser vender a um neto, ou bisneto, carecerá sempre de autorização dos outros descendentes, que possam ser afetados, em seus quinhões hereditários, pela diminuição de patrimônio do vendedor.

Decisão existe do Supremo Tribunal Federal, entendendo ser desnecessária a anuência dos cônjuges de descendentes, visto ser a mesma de natureza personalíssima (*Revista Forense*, 145/119). Pensamos, todavia, que, em se tratando de bens imóveis, indispensável será também a outorga dos consortes, ante o sistema legal em vigor no país.

Concedida a anuência, levanta-se a interdição, desaparece o impedimento e o ato visado pode ser levado a efeito, a salvo de futuras reclamações ou impugnações.

5. A restrição do artigo 1.132 atinge não só os parentes consanguíneos, que se habilitem à aquisição, como os cônjuges respectivos, desde que consorciados pelo regime da comunhão universal de bens. Por conseguinte, o sogro e a sogra não podem vender ao genro ou à nora, sem assentimento dos descendentes dêles (Conf. *Revista dos Tribunais*, 276/430-351/193). Trata-se de mera aplicação do princípio tradicional *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.

Contudo, interpreta-se restritivamente a lei. Como esta se refere apenas aos *descendentes*, não alcançará alienações feitas ao enteado ou enteada, que não descendem do alienante. As limitações são de direito estrito e não se ampliam

a situações não previstas taxativamente (*exceptio strictissimi juris*). Tão evidente é o princípio que a nova Lei de Introdução ao Código Civil julgou supérfluo reproduzir o preceito constante da lei antiga (artigo 6.).

A proibição constante do artigo 1.132 tem caráter de atualidade, sendo considerada no instante em que se realiza a venda. Assim, vale esta se o adquirente era solteiro, pôsto que, ulteriormente, se tenha tornado genro ou nora do alienante. Nessa hipótese, razão alguma induz invalidação do ato, não comprometido pelo subsequente casamento do alienatário.

6. Não distingue o texto entre as várias espécies de bens. De resto, nem há mesmo razão para qualquer distinção. Se o legislador, desavisadamente, se circunscrevesse apenas aos imóveis, deixando os móveis fora do alcance da proibição, teria dado azo ou aberto ensejo aos maiores abusos (*Revista dos Tribunais*, 193/270).

Se é verdade que, até há pouco, a propriedade imobiliária de fato representava a maior fonte de riqueza, relegando-se a plano secundário a propriedade móvel (*res mobilis res vilis, mobilium est vilis possessio*), não menos certo que, presentemente, cresce a segunda de importância transformando-se em poderosa rival da primeira, a disputar-lhe o primado e a hegemonia.

Vamos até mais longe, acreditando que, na atualidade, como expressão econômica, os bens móveis superam os de raiz, tomando-lhes o lugar e arrebatando-lhes a supremacia, até agora incontestada.

Em tais condições, quer se trate de bens imóveis, em qualquer de suas modalidades (Código Civil, artigos 43 e 44), ou de móveis, inclusive semoventes (*Revista Forense*, 202/229), carecerá o ascendente vendedor do assentimento dos demais descendentes, para vendê-los a outro descendente.

7. Da mesma forma, exigir-se-á expresse consentimento: a) — para a transferência de ações ou quotas em

sociedade comercial; b) — para a cessão de crédito ou de direitos (*Revista dos Tribunais*, 170/161-359/369; *Revista Forense*, 108/478); c) — para a dação em pagamento (*Revista Forense*, 134/436); d) — para a rescisão de compromisso de compra e venda entre o ascendente e um estranho, com outorga da escritura definitiva a um dos descendentes (*Revista dos Tribunais*, 166/204; e) — para a constituição de hipoteca (em contrário *Revista Forense*, 101/114-118/190; *Revista dos Tribunais*, 160/793-182/338-196/119).

Em todos êsses casos, verifica-se a deslocação de um direito real, que sai do patrimônio do ascendente, para integrar o do descendente. O desfalque só se efetuará válidamente se igualmente concorrer o assentimento dos demais descendentes. Já se julgou mesmo que devem ser partilhados entre todos os herdeiros, provada a simulação, os bens adquiridos pelos pais em nome de alguns dos filhos (*Revista dos Tribunais*, 107/237).

Com referência à permuta, existe disposição específica, a do artigo 1.164, n. II, do Código Civil: “é nula a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos outros descendentes.”

De conformidade com essa disposição legal, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “deve ser declarada a nulidade da troca efetuada entre mãe e filho, sem anuência dos demais herdeiros, versando sôbre bens de valores desiguais, ainda que êstes tenham sido transmitidos a terceiros, assegurando-se aos atuais proprietários tôda a defesa na hipótese de pretenderem os autores reaver ditos bens em espécie” (*Diário Oficial do Estado*, de 7-4-1942, proc. n. 15.032, de Jaboticabal).

Se a permuta compreende bens cujos valores se equivalham desaparece a razão da nulidade. O bem pertencente ao antepassado e transferido ao descendente é sub-rogado por aquêle oferecido em troca. A finalidade da disposição é sempre a proteção do patrimônio familiar, que se não

desfalca com a troca de valores iguais (*Revista dos Tribunais*, 284/440).

8. Era questão controvertida a de saber se a lei admitia ou não o consentimento tácito. TEIXEIRA DE FREITAS acolhia-o (*Ob. cit.*, pág. 368). Mas êsse ponto de vista não mais se afeiçoa ao direito positivo em vigor. De acôrdo com o artigo 1.132, o consentimento precisa ser expresso, a lei não transige com o consentimento implícito ou presumido.

Efetivamente, reza o artigo 132 do Código Civil: “a anuência, ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que êste, e constará, sempre que ser possa, do próprio instrumento”

Dissipou-se, portanto, a dúvida primitiva e hoje todos os doutrinadores são unânimes em afirmar que o consentimento não pode ser implícito ou presumido, mas tem de ser explicitamente conferido, e por escrito, nos casos em que a expressão literal seja de rigor na realização do ato de venda.

Todavia, o consentimento não precisa ser outorgado contemporâneamente à venda. Ainda que posterior, sana o ato (*Revista Forense*, 93/548).

9. Uma vez denegado, o consentimento não pode ser judicialmente suprido. A lei não concede ao juiz semelhante faculdade. O que por ela é defeso não comporta complementação pela justiça.

Assim, não assiste ao magistrado o direito de contrariar manifestação do próprio descendente, sobrepondo-se arbitrariamente à vontade dêste: *non est major defectus quam defectus potestatis* (*Revista dos Tribunais*, 193/747-344/498-354/506; *Revista Forense*, 142/263).

Entretanto, a questão não é pacífica, havendo decisões contrárias, inclusive do Supremo Tribunal Federal, como esta: “pode o juiz suprir o consentimento do descendente, na venda de ascendente a descendente, se verifica que o

negócio é sério e a recusa caprichosa e injusta” (*Revista Forense*, 126/450). Mencionem-se ainda, a propósito, os julgados insertos na *Revista dos Tribunais*, 121/187 e 193/1016.

Contudo, caberá o pedido de suprimento judicial, desde que menor ou incapaz um dos descendentes, de cujo consentimento se necessita. Nessa hipótese, o pedido pode ser deferido pelo juiz, a fim de que o ato se efetive com fiel observância de tôdas as formalidades legais, afastando-se a presunção de negócio simulado (*Revista dos Tribunais*, 159/166-354/506).

10. E se o ascendente vier a prescindir da indispensável anuência dos demais descendentes, violando destarte o disposto no artigo 1.132, a venda realizada será nula, ou apenas anulável?

Quatro sistemas principais buscam resolver a árdua questão: a) — o da nulidade absoluta; b) — o da nulidade relativa; c) — o da nulidade relativa sòmente em caso de venda simulada; d) — o da ineficácia absoluta.

Para o primeiro sistema, portanto, cuidar-se-á de nulidade absoluta. Funda-se êle no artigo 145, ns. IV e V, do Código Civil, que cominam a pena de nulidade quando houver preterição de solenidade que a lei considerar essencial à validade do ato, e quando esta, taxativamente, o declarar nulo ou lhe negar efeito (*quidquid fit contra legem nullum est*). É o ponto de vista sustentado, dentre outros, por FRANCISCO MORATO (*Miscelânea Jurídica*, 1/229), M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Contratos no Direito Civil Brasileiro*, 2.^a ed., 1/374) e MELCHIADES PICANÇO (*Venda feita por ascendente a descendente, Nulidade ou Anulabilidade?*, na *Revista dos Tribunais*, 109/380), sufragado por copiosa jurisprudência (*Diário da Justiça da União*, de 13-2-1947, pág. 292; de 19-5-1952, pág. 2.278; *Arquivo Judiciário*, 62/226 — 74/25 — 102/267 — 106/261 — 119/90; *Revista Forense*, 94/319 — 102/501 — 131/126 — 156/121 — 153/158 — 167/256 — 172/324 — 175/173; *Revista dos Tribunais*, 109/308 —

125/511 — 132/558 — 145/240 — 148/590 — 159/759 — 193/270 e 328 — 208/177 — 254/366 — 255/309 — 270/273 — 284/440 — 289/327 — 308/767 — 320/102 — 354/433 — 360/173; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 10/78).

Para o segundo sistema, todavia, o ato é simplesmente anulável: a) — porque a decretação da nulidade depende sempre de iniciativa dos descendentes prejudicados, não podendo ser pronunciada *ex officio* ou a requerimento do representante do Ministério Público, como geralmente acontece nos casos de nulidade absoluta; b) — porque, embora praticado com infração do artigo 1.132, o ato pode ser posteriormente ratificado ou confirmado, e a ratificação ou confirmação, como se sabe, só é admissível nos casos de nulidade relativa — *nullum quod est ab initio ipso jure ratificari non potest* (Código Civil, artigo 148); c) — finalmente, porque na venda de ascendente a descendente ocorre presunção de negócio simulado e a simulação é vício que só acarreta a anulabilidade e não a nulidade (AGOSTINHO ALVIM, Ob. cit., n. 66; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, 16/62; *Revista dos Tribunais*, 193/327 e 458 — 351/193; *Revista Forense*, 173/265 — 179/240 — 198/186).

De acôrdo com o terceiro sistema, venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais descendentes, constitui nulidade relativa sòmente se encobrir simulação. Subsistirá ela, no entanto, se se demonstrar, de modo concludente, que a alienação é real e não simulada, que o preço convencionado é justo, tendo sido efetivamente pago pelo alienatário (*Revista dos Tribunais*, 156/586 e 730).

Por fim, de conformidade com o último sistema, a hipótese será de ineficácia absoluta. Como se sabe, a eficácia não se confunde com a validade ou a existência. Subentende-as. Tem-nas como pressupostos. Nessas condições, haverá ineficácia sempre que haja impedimento à realização do destino do ato, por motivos originários, como a imperfeição ou a inoponibilidade, ou por motivos posteriores, como a resilição e a expiração do prazo (MANOEL

AUGUSTO VIEIRA NETO, *Ineficácia e Convalidação do Ato Jurídico*, pág. 8).

11. Em nosso *Curso de Direito Civil*, Direito das Obrigações, Segunda Parte, 4a. ed., pág. 91, filiamo-nos ao segundo sistema. Entendemos, realmente, que a venda de ascendente a descendente, sem anuência dos demais descendentes, não fica eivada de nulidade absoluta, nem é juridicamente ineficaz.

Não parece difícil evidenciá-lo. A nulidade opera *ipso jure* e, no caso do artigo 1.132, a pronunciação da nulidade só se processa *ope judicis*, isto é, há de ser pedida pelo interessado e feita valer em juízo, através de ação adequada.

Além disso, a nulidade é geralmente perpétua e insanável, insuscetível de ratificação ou de confirmação, ao passo que o vício decorrente da violação ao artigo 1.132 é temporário, convalescendo-se através da ratificação expressa, ou pelo decurso do tempo (ratificação tácita).

Ademais, a distinção entre nulidade e anulabilidade é feita, dizendo-se que, na primeira, o vício incide sobre elementos essenciais, comuns a todos os negócios jurídicos, ou próprios de determinado negócio, enquanto na segunda, o vício é dotado de menor gravidade, manifestando-se apenas como causa perturbadora de um dos mencionados elementos essenciais (*Nuovo Digesto Italiano*, voc. “Nullità in genere”, n. 3). Ora, na venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais descendentes, o vício não recai sobre qualquer das *essentialia negotii*, apenas afeta a legitimação de uma das partes para o ato.

Por fim, anula-se a venda, efetuada com preterição do estatuído no artigo 1.132, devido à hipocrisia que nela se encerra, pois, em regra, destina-se a disfarçar uma liberalidade, sob a capa de fingida compra e venda. É isso é simulação, que constitui nulidade apenas relativa, em consonância com o artigo 147 do Código Civil.

12. Pode a venda efetivar-se mediante a colaboração de interposta pessoa. O ascendente vende a um estranho,

o qual, posteriormente, efetua a transmissão ao descendente (Código Civil, artigo 102, n. I). O terceiro vem a ser, por conseguinte, a *longa manus* do ascendente. Se o expediente prevalece, burlada fica a proibição legal. Todavia, apesar da interposição de pessoa, o ato pode ser judicialmente atacado.

A prova de que seja interposta determinada pessoa, de que esta não passa de mero testa-de-ferro, efetua-se por todos os meios, inclusive por indícios e circunstâncias (Código de Processo Civil, artigo 252) (*Revista dos Tribunais*, 154/220 — 131/612). Basta sejam êstes graves, precisos e concordantes (mesma *Revista*, 187/332).

Desde que o julgador se persuada de que a pessoa que figura no ato não é o verdadeiro destinatário da declaração de vontade, porém mera figura-de-palha, que se presta a servir na interposição, ostenta-se, de modo iniludível, a simulação. Deve então exarar sentença, decretando a nulidade, tendo em conta que se um só indício não satisfaz, a convergência de vários pode determinar-lhe o convencimento.

Por exemplo, a proximidade das alienações, a falta de recursos do comprador, a inexistência de lucro no exíguo espaço de tempo em que foi proprietário, a declaração de pagamento anterior e a concessão de vantagens desusadas ao vendedor, que não era pessoa de suas relações, fazem presumir tratar-se de negócio simulado (*Revista dos Tribunais*, 166/232 — 169/567). Da mesma forma, é indicativa de simulação a outorga das escrituras no mesmo dia e no mesmo cartório, continuando o ascendente a residir no imóvel alienado (*Revista dos Tribunais*, 144/204). Outrossim, também constitui indício de simulação o adquirente não tomar posse da coisa que comprou (*Revista Forense*, 199/138).

A existência de prejuízo não é pressuposto da ação anulatória. Para a procedência desta basta a ausência de

consentimento dos descendentes, que não figuraram na venda, ainda que realizada mediante interposição de pessoa (*Revista dos Tribunais*, 293/280 — 360/173).

A decretação da nulidade beneficia a todos os descendentes, embora não tenham tomado parte no pleito judicial (*Revista dos Tribunais*, 159/759).

Enfim, não se conhece de recurso extraordinário contra aresto da justiça local que, examinando fatos e dando as razões de seu convencimento, decide não ter havido simulação na venda de ascendente a descendente (*Revista Forense*, 209/86).

13. Outrora, em face do Código de Processo Civil Paulista, a ação apropriada para demandar a anulação de ato praticado com inobservância do artigo 1.132 era a sumária (artigo 478, § único, n. XX). Presentemente, desde o advento do nôvo estatuto processual, a ação deve obedecer ao rito ordinário.

Para a causa hão de ser citados todos quantos, de qualquer forma, intervieram no ato, ou dêste co-participaram. Assim, no caso de venda por interposta pessoa, impõe-se a convocação desta, juntamente com o descendente beneficiado. Só por essa forma se completará a relação subjetiva processual, com obrigatória intervenção de todos os protagonistas do ato simulado.

Todavia, existem decisões segundo as quais desnecessária é a citação do testa-de-ferro, no caso de venda por interposta pessoa (*Revista dos Tribunais*, 84/445). Mas a citação dos que se beneficiaram com a venda é indeclinável.

14. Sôbre a extensão do prazo prescritivo e a fixação do respectivo *dies a quo* variava a jurisprudência. Assim, quanto ao prazo, pròpriamente dito, sustentavam MELCHIADES PICANÇO e BULHÕES DE CARVALHO que o mesmo era o do direito das sucessões, isto é, de trinta anos (*Ob. cit.*, pág. 385; *Revista Forense*, 161/42). Nesse sentido, há acórdão do

Tribunal de Justiça de São Paulo (*Revista dos Tribunais*, 132/558).

A generalidade das opiniões inclinava-se, todavia, pelo prazo de quatro anos, previsto no artigo 178, § 9.º, n. V, letra *b*.

Igualmente quanto ao *dies a quo* houve sérias divergências. Conquanto se afirmasse que a ação anulatória poderia ser intentada em vida do ascendente, a partir da data do contrato (AGOSTINHO ALVIM, *Ob. cit.*, n. 72; *Revista Forense*, 157/288; *Revista dos Tribunais*, 213/244 — 341/236 — 349/407 — 356/164), a melhor opinião, obediente ao princípio da *actio nata*, fixava como ponto de partida para a fluência do prazo prescricional a data da abertura da sucessão, a data da morte do ascendente-vendedor (*Revista dos Tribunais*, 52/543 — 57/151 — 59/60 — 63/349 — 74/169 — 85/109 — 114/815 — 125/509 — 131/289 — 136/753 — 137/689 — 139/770 — 140/623 — 143/778 — 148/589 — 155/613 — 189/872 — 194/918 — 279/263 — 289/326 — 332/228 — 340/216 — 352/220 — 361/133; *Revista Forense*, 92/421 — 126/123 — 188/205 — 189/240 — 198/105 — 199/138; *Arquivo Judiciário*, 108/541).

Tais divergências acham-se atualmente superadas com a Súmula n. 152, através da qual afirmou o Supremo Tribunal Federal que “a ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em quatro anos, a contar da abertura da sucessão”.

A morte do ascendente marca, portanto, o termo inicial do prazo prescricional. Em vida dêle, inadmissível será o ajuizamento da ação anulatória, mesmo porque, vivo o ascendente, tem o descendente mera expectativa de direito sucessório sôbre os bens pertencentes ao primeiro. Estar-se-ia, destarte, a permitir litígio acêrca de herança de pessoa viva. Demais disso, com a procedência da ação, o bem alienado volveria ao patrimônio do ascendente e só essa circunstância evidencia o absurdo da situação.

De resto, a capacidade sucessória só pode ser aferida ao tempo da abertura da sucessão (Código Civil, artigo 1.577). Nessas condições, vivendo ainda o ascendente-vendedor, ignora-se se o descendente terá essa capacidade hereditária e que legitimará o exercício da ação.

O princípio é verdadeiro tanto para a venda direta, como para a venda por interposta pessoa. Sem que se abra a sucessão do ascendente a ação é prematura.

Se ambos os ascendentes fôrem alienantes, a anulação poderá ser demandada desde que ocorra a morte de um deles. Não é necessário aguardar o óbito de ambos.

Para anular venda realizada a pessoa que, depois, vem a ser judicialmente reconhecida como filha, contar-se-á o prazo da data do reconhecimento (*Revista dos Tribunais*, 166/707).

Contra menor, absolutamente incapaz, não corre a prescrição e essa suspensão, editada pelo artigo 169, n. I, do Código Civil, aproveita aos demais herdeiros, se qualquer deles podia reivindicar o imóvel em favor do espólio dos pais e indivisível era a obrigação dos réus de restituir o imóvel alienado (*Revista dos Tribunais*, 205/242).

15. No anteprojeto de Código de Obrigações, apresentado pelo Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, nenhuma inovação substancial é introduzida. Estabelece, de fato, o artigo 378 que “os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente o consintam” Por sua vez, o artigo 365 do projeto oferecido pela Comissão Revisora sugere: “o ascendente não pode vender aos descendentes, sem que os outros expressamente o consintam”.

Mantém-se, destarte, bem viva, a tradição do direito brasileiro, que, reprimindo os atos lesivos ao patrimônio familiar, procura assegurar a coesão da família e a concórdia entre seus membros.

16. Tais as considerações que sugere a questão da venda de ascendente a descendente, cuja proibição pelo legislador, a menos que levantada pelos outros descendentes, através do expresso consentimento, é de manifesta utilidade, conjurando ressentimentos e afastando demandas. Como diz AURELIANO GUIMARÃES (*A Compra e Venda Civil*, n. 67), a exigência do Código é louvável, evita dúvida e prejuízo.

U.

347.42

J

Caso Fortuito ou de Fôrça Maior*.

Antônio Chaves

(Catedrático de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias. 2. Histórico. 3. Disposições da lei brasileira. 4. A questão da sinonímia ou não. 5. Teorias diferenciadoras. 6. Elementos constitutivos. 7. Quando se extingue a obrigação. 8. Prova de caso fortuito ou de fôrça maior. 9. Efeitos. 10. Exceções.⁶⁶

1. Noções introdutórias.

Todo individuo, ao fazer uma promessa, ao assumir um encargo, ao realizar um negócio, deve aquilatar previamente as possibilidades de que dispõe, para que não passe pelo dissabor de faltar ao compromisso.

Seja uma só a palavra que sair da tua bôca, diz o Livro dos Livros. E, em forma poética, já advertia METASTASIO:

“Voce dal sen fuggita,
piú richiamar non vale,
non si trattien lo strale,
quando dall’arco uscí”.

A palavra, uma vez emanada, não pode ser recolhida, da mesma forma que a seta não volta atrás depois de lançada pelo arco.

* Prova escrita efetuada no dia 30 de outubro de 1965, no concurso para o provimento da vaga decorrente da aposentadoria do prof. VICENTE RÁO.

Trata-se de um problema que, desde a mais remota antiguidade, é antes de moral do que de direito, e que, através dos tempos, encontra as mais variadas manifestações simbólicas, como a entrega da “festuca” entre os antigos romanos, o clássico “fio de barba” dos bandeirantes, o apêto de mão dos homens de negócio, ou o bater de palmas, referido por TOLSTOI como sendo de uso entre os camponeses russos, em sua novela *Amo e Servidor*.

Se todos fôsem honestos e bem intencionados, não haveria sequer necessidade de garantir a transação por meio de documentos escritos, recibos ou escrituras: a palavra dispensaria qualquer sustentáculo material.

Mas o fato é que vez por outra as coisas não correm tão lisas. Independentemente mesmo de dúvidas, controvérsias, mal entendidos que possam surgir na interpretação de uma cláusula ou de uma condição acessória, o cumprimento da palavra empenhada é um vínculo de imperfeita coerção, restrito, em grande parte, ao âmbito moral. Apesar do seu progresso, o direito positivo não tem uma forma direta para constranger o devedor, sem violação da sua consciência, a fazer o que prometera.

Nem sempre, na verdade, a execução sôbre os bens do devedor alcança êsse desideratum: depende da existência de bens, é aleatória, incerta, demorada, às vêzes mesmo constrangedora. E o mesmo se verifica com relação ao instituto complementar das perdas e danos no caso de inexecução, em que se renovam as mesmas dificuldades e os mesmos embaraços.

Tinha pois razão o velho GIORGIO GIORGI, na sua clássica *Teoria delle Obbligazioni*, ao encarecer que o cumprimento de uma obrigação não tem forma perfeita de constrangimento.

E quando isso não bastasse, acrescenta com aquêle seu peculiar estilo, o homem propõe e Deus dispõe.

À má vontade, ou à impossibilidade material, ao dolo, à culpa, à malícia do devedor, devem ainda ser acrescidos outros acontecimentos que independem de qualquer dispo-

sição dos contratantes, tornando precária, quando não impossível, a prestação devida.

Ora são acontecimentos imprevistos, provindos da fôrça da natureza: um raio que provoca o incêndio do armazém em que se encontrava a mercadoria que devia ser entregue em determinado prazo, uma inundação que submerge os teares de uma indústria, uma tempestade que rompe os fios do telégrafo, do telefone, um abalo sísmico que abre barrancos ou faz cair barreiras nas vias de comunicação.

Ora trata-se de um fato imprevisto, proveniente de terceiros: uma guerra, uma revolução, a mudança repentina da orientação do govêrno em relação a determinado assunto, a coçocação de uma mercadoria fora do comércio, a constatação de que uma determinada patente de invenção não pode ser explorada por haver outra similar registrada com anterioridade.

Eis aí o problema que os legisladores colocam sôbre a rubrica do caso fortuito ou fôrça maior.

2. Disposições da lei brasileira.

O Código Civil pátrio, na mesma ordem de idéias que rege a matéria nos códigos estrangeiros, depois de assinalar que o devedor responde por perdas e danos quando não cumpra a obrigação ou deixe de cumprí-la pelo modo e no tempo devidos, acrescenta, no art. 1085, que êle não responde, porém, pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou fôrça maior, se expressamente não se houver por êles responsabilizado, ressalvando apenas os prejuízos decorrentes da mora provocada por qualquer das partes contratantes, ao pagar ou ao receber.

Êsse o núcleo das disposições, que encontra, no entanto, aplicações subsidiárias expressamente indicadas, no tocante aos riscos da tradição, às obrigações do depositário, às responsabilidades dos hospedeiros ou estalajadeiros, e às

obrigações do mandatário. Outras disposições dizem respeito à evicção, ao dano causado por animal, às parcerias agrícola e pecuária.

3. Histórico.

A matéria já era bem conhecida no Direito Romano, cuja estruturação, a bem dizer, ainda vigora em seus traços principais. “Vis”, “vis maior” “vis compulsiva”, “fatus”, “vis quae resisti non potest”, eram conceitos amplamente aceitos, admitindo os romanos, dentro daquêlê espírito fatalista que tão bem os caracterizava, que fôrças havia, muito superiores ao entendimento do homem, capazes de levar para direções completamente diferentes seus fracos designios. Quando ocorriam, ou quando, em consequência do fato do príncipe, o devedor se via impossibilitado de cumprir a palavra empenhada, proclamava-se-lhe a isenção de responsabilidade. Sòmente o direito primitivo não reconhecia êsses elementos: mas a Lei das XII Tábuas já isentava de responsabilidade aquêlê que tivesse cometido homicídio sem intenção ou sem culpa.

Admitido amplamente o critério pelo direito costumeiro estudado por POTHIER, passou para o Código Civil francês, assegurando não haver lugar para as perdas e danos que resultam da inexecução da obrigação quando o devedor foi impedido de dar ou de fazer aquilo a que se obrigara, ou fêz o que lhe era proibido, em consequência de fôrça maior ou de caso fortuito (art. 1148).

Daí passou para os Códigos Civis italiano de 1865 e de 1942: aquêlê em têrmos semelhantes; êste conservando o princípio, embora sem aludir às duas expressões, declarando que o devedor que não satisfizer exatamente a prestação devida, está obrigado à indenização do dano se não provar que o inadimplemento ou o atraso foi determinado por impossibilidade da prestação derivada de causa a êle não imputável (art. 1218).

4. Questão da sinonímia ou não.

“Caso fortuito” e “fôrça máior”, serão expressões sinônimas, exprimirão o mesmo conceito, ou representarão, sem embargo de virem jungidas no Código Civil, idéias diferentes?

O prof. AGOSTINHO ALVIM, em sua obra clássica, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, põe em relêvo a complexidade do tema, fazendo ver que nenhuma das duas pode ser tomada em sentido absoluto.

Um fato provindo da natureza, pergunta, como a geadá, será considerado fato necessário, que isente de responsabilidade o devedor que, por exemplo, tenha assumido a obrigação de fazer a entrega de determinada quantidade de sacas de café dentro de certo prazo? Não seria um fenômeno cíclico, que periódicamente ocorre, e do qual não poderiam não ter conhecimento o comerciante, o corretor, o fazendeiro?

Encarece então que a própria profissão exercida pelo devedor terá que ser levada em conta ao se aquilatar a existência ou não da escusante: a geadá, que não poderá servir de pretexto para os primeiros, poderá ser invocada pelo último, que para o cumprimento da palavra empenhada só podia contar com a safra de sua propriedade. As circunstâncias peculiares à hipótese é que apontarão a solução.

As dúvidas são ainda maiores quando se trata de fato de terceiro. Assim, — prossegue — se um indivíduo obrigado a efetuar o pagamento de uma soma vultosa, sofre, no trajeto para o local de pagamento, um assalto a mão armada e é despojado do dinheiro, poderá encontrar amparo no disposto no art. 1 058 e seu parágrafo no Código Civil.

Mas, adverte, muitas vêzes interfere o elemento culpa. É a hipótese do mesmo indivíduo que retira do banco aquela importância, mantendo-a em seu poder durante vários dias.

Vindo a sofrer assalto em sua casa, não há como negar que agiu com imprudência, não o socorrendo, então, aquêle dispositivo.

Na mesma ordem de idéias analisa a questão do atraso. Pode algumas vêzes, e não pode outras, ser razão justificativa do descumprimento de uma obrigação.

Assim, uma pessoa que deva efetuar um pagamento a determinada hora, em cidade diferente daquela onde se encontra normalmente, deverá tomar a cautela necessária para que a condução adequada a coloque no seu destino com margem de tempo suficiente para cobrir qualquer imprevisto.

Deixando para viajar no último momento, um atraso do trem, do avião, um desarranjo no motor do automóvel não servirão de desculpa para a demora: incorrerá nas perdas e danos, pois devia ter tomado um transporte na véspera, se o compromisso era de grande importância.

Se no entanto, fôr o caso da remoção, por meio de estrada de ferro, de uma grande quantidade de mercadorias, e cai uma ponte, rompe-se uma barreira, estoura uma greve, não há como não reconhecer a existência de um elemento que veio a perturbar os cálculos e que deve ser levado em conta para que o devedor não sofra um prejuízo injusto. Ainda assim será necessário considerar se o transporte não podia sem grave sacrifício de sua parte, ser efetuado mediante rodovia ou qualquer outro meio. Não tem a obrigação de enfrentar despesas excessivas.

Podemos chegar, com CRISOSTOMI, num exaustivo estudo publicado no *Dizionario di Diritto Privato*, de SCIALOJA à conclusão de que é necessário procurar um ponto de equilíbrio entre a exigência do credor e a contingência do devedor. Sem embargo da justificativa que apresenta, a lei obriga todo individuo a um certo grau de previdência e de diligência, que são próprios do comportamento humano na regulamentação das suas relações contratuais.

5. Teorias diferenciadoras.

Várias teorias procuram estabelecer um critério diferenciador entre o caso fortuito e fôrça maior. As principais lembradas entre outros pelo prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO são quatro:

I. Teoria da extraordinariedade. Devida a POTHIER, entende que todo fato ordinário não é suficiente para isentar o devedor da responsabilidade, ao passo que todo o fato extraordinário pela simples razão de ser extraordinário, é, pois, inevitável. Não resiste à crítica pela consideração de que um fato pode ser extraordinário, e, no entanto, previsível, e, mais do que isso, sem embargo dessa característica, pode ter seus efeitos obviados, muitas vêzes, através de recursos adequados.

II. Teoria das fôrças naturais e do fato de terceiro. As causas na natureza, operando de maneira a não poderem ser evitadas, seriam características da fôrça maior, ao passo que o fato de terceiro seria peculiar ao caso fortuito. Apresenta os mesmos inconvenientes da teoria anterior, sendo praticamente nula a sua contribuição para o esclarecimento da distinção entre os dois institutos.

III. Teoria da previsibilidade e da irresistibilidade. É a teoria defendida com grande brilho por CARNELUTTI, assinalando que são êsses, os conceitos que traçam as linhas lindas. O caso fortuito é previsível, irresistível à fôrça maior. Também aqui nota-se a falha decorrente de existirem muitos fatos perfeitamente previsíveis, não impedindo, no entanto, que se lhes reconheça a característica da irresistibilidade. É o que acontece com a morte, por exemplo.

IV. Teoria do reflexo sôbre a vontade humana. É a teoria atualmente de maior aceitação. Enquanto que, na fôrça maior é um contingente decorrente da própria natureza o que faz surgir os resultados impeditivos, no caso fortuito há sempre um contingente da vontade humana que pode ser localizado.

A conclusão que se pode retirar da análise das várias correntes é que um critério seguro não pode ser encontrado como elemento diferenciador. Por isso mesmo o legislador continua unindo os dois conceitos, e, mesmo quando os omite, como acontece com o Código Civil italiano, a ambos se refere implicitamente.

Nem a essa contingência pôde furtar-se o espírito lúcido de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, que no art. 921 do seu *Anteprojeto do Código das Obrigações* insculpiu o preceito de que não haverá obrigação de reparar o dano, entre outras hipóteses, “quando o prejuízo fôr devido ao fortuito ou à fôrça maior”.

6. Elementos constitutivos.

São dois: um subjetivo: ausência de culpa; outro objetivo, inevitabilidade dos efeitos.

O elemento subjetivo é indispensável para a caracterização do instituto. Se mesmo de forma indireta o devedor, por culpa, por malícia, ou por qualquer circunstância tiver contribuído para o evento, não poderá invocar a escusante. Há mais: o simples atraso implica em que o devedor responda pela impossibilidade da prestação, ainda que a fôrça maior ou o caso fortuito só se tenham verificado durante o retardamento.

Mais característico ainda é o elemento objetivo, relativo à inevitabilidade dos efeitos. Desde que ao devedor seja facultado, de qualquer forma, obviar aos efeitos decorrentes da fatalidade ou de fato de terceiro, não poderá deixar de envidar todos os seus esforços nêsse sentido, sob pena de ser responsabilizado. Aos dois se refere o Código ao dispôr no § único do art. 1058 que “O caso fortuito ou de fôrça maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

7. Quando se extingue a obrigação.

Evidentemente, quando se verifique o caso fortuito ou fôrça maior. Mas sòmente se poderá cogitar da exoneração da obrigação desde que esta resulte perfeitamente definida e caracterizada, o que não se verifica quando os entendimentos não tenham passado da sua fase preambular: não há ainda acôrdo, não há quem possa ser responsabilizado pelo seu descumprimento, embora surja eventualmente a discussão das perdas e danos acarretados pelo inopinado retraimento das negociações.

Nem se diga que a questão é acadêmica: um dispositivo expresso seria vantajoso para eliminar muitas dúvidas ou controvérsias.

Foi a cautela tomada pelo Código Libanês das Obrigações e Contratos, declarando expressamente que a obrigação se extingue quando, *depois de ter nascido*, a prestação que dela forma o objeto tornou-se impossível, naturalmente ou juridicamente, sem fato ou falta do devedor.

8. Prova do caso fortuito ou da fôrça maior.

Primeira pergunta: a quem compete a demonstração da impossibilidade da execução?

Àquele a quem essa prova beneficia, isto é, ao devedor. O credor manter-se-á na expectativa.

É outra circunstância que o moderníssimo Código citado, elaborado sob a inspiração de JOSSERAND, deixa bem clara, ressaltando todavia que essa prova outorga ao credor o recurso de estabelecer que o acontecimento estranho à vontade do devedor foi precedido ou acompanhado de uma falta de sua parte, por exemplo, justamente a hipótese já examinada de um atraso no cumprimento da obrigação.

Segunda pergunta: como se prova?

Na maioria, tratar-se-á de casos de fácil demonstração. Quando, porém, tenha ocorrido em lugar distante, será evidenciado por todos os meios permitidos em direito: confissão do devedor, testemunhas, perícias, indícios e presunções, etc..

Deve ainda ser lembrado outro aspecto da prova, isto é, a necessidade, dada a própria natureza dos dispositivos, que resulte demonstrada a impossibilidade do devedor de impedir o evento, e, ainda, que não ocorra, de sua parte, culpa alguma.

9. Efeitos.

Examinada, assim, a matéria em seus principais aspectos, cumpre ainda verificar quais são os efeitos resultantes do caso fortuito ou fôrça maior.

O primeiro é o decorrente da própria finalidade do instituto: livrar o devedor de qualquer responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação.

Mas o direito não é de natureza absoluta. Há que considerar não apenas a hipótese da absoluta impossibilidade do cumprimento da obrigação, como a do cumprimento parcial, em que o devedor só em parte ficará exonerado.

O segundo diz respeito à possibilidade de algum proveito ocasional ser ainda alcançado pelo credor: não se lhe poderá negar essa vantagem que virá, ao menos, aliviar em pequena parte as suas conseqüências.

Também nesse sentido é preciosa a contribuição do Código Libanês citado: o devedor, de acôrdo com o critério por êle preconizado, sômente fica exonerado na medida em que a execução da obrigação teve lugar. Pode, portanto, ser parcial.

E remata: mesmo que a extinção seja total, o devedor fica obrigado a ceder ao credor os direitos e ações de indenização relativos à prestação outrora devida, incumbindo-lhe a obrigação de lhe entregar, se fôr o caso, tudo o que subsistiu da coisa que pereceu.

10. Exceções.

Algumas exceções e êsses princípios são no entanto apontadas pelos tratadistas. Assim, observa o prof. SÍLVIO RODRIGUES que a responsabilidade persistirá, sem embargo do disposto no art. 1058 e seu parágrafo do Código Civil se o devedor assumir a responsabilidade do cumprimento da obrigação ainda mesmo na hipótese de ocorrer caso fortuito ou fôrça maior.

Outra é a proveniente do fato já apontado do próprio devedor, por malícia, culpa ou má vontade, contribuir para o evento que, em circunstâncias normais, seria exonerativo da responsabilidade. Não poderá então excusar-se, devendo satisfazer as perdas e danos.

9. /

347.41

Comentários ao Anteprojeto de Código de Obrigações.

Oscar Barreto Filho

(Livre Docente de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

(Livro III — Da atividade negocial)

I

A SISTEMÁTICA DO ANTEPROJETO.

Os trabalhos de reforma geral de nossa legislação, a que se propôs em boa hora o Governo da República, vêm de ter prosseguimento com a publicação do livro III do anteprojeto de Código de Obrigações, redigido pelo professor SÍLVIO MARCONDES, que trata da atividade negocial, ou, melhor esclarecendo, da parte relativa a sociedades e exercício da atividade mercantil.

Abrange o livro III do projetado Código de Obrigações, tôda a matéria que até hoje vinha disciplinada na parte primeira do vetusto Código Comercial de 1850, regulando em novos moldes a figura do empresário comercial, as sociedades (inclusive a sociedade anônima), o registro, o nome comercial, a preposição e a escrituração mercantis.

A parte referente aos contratos e obrigações mercantis já fôra contemplada no livro I do anteprojeto de Código de Obrigações, elaborado pelo professor CAIO MÁRIO DA SILVA

PEREIRA, e a parte atinente aos títulos de crédito constitui objeto do livro II do mesmo Código, cuja redação fôra atribuída ao dr. TEÓFILO DE AZEREDO SANTOS.

As matérias que integram o vigente Código Comercial, constituindo suas partes segunda (comércio marítimo) e terceira (falências), farão objeto, respectivamente, do Código da Navegação e de lei especial, aos quais deve ser acrescentado o Código da Propriedade Industrial, para completar o ciclo das leis mercantis.

A orientação da reforma.

Nota-se, como preocupação dominante do autor do anteprojeto do livro III do Código de Obrigações, a de reelaborar os conceitos básicos que justificam a existência de um regramento jurídico peculiar à prática dos negócios.

As transformações políticas, econômicas e sociais verificadas em nossos dias, favorecendo o processo de democratização da riqueza, ensejam a prática de atos econômicos por um número crescente de pessoas, retirando à disciplina jurídica reguladora desses atos — o direito comercial — o caráter de especificidade, de aplicação restrita à classe dos comerciantes.

Preconiza o anteprojeto a unificação formal dos preceitos que regulam os atos jurídicos concernentes ao fenómeno econômico, sem prejuízo da especialização técnica e científica do direito comercial. Para isto, invoca os precedentes nacionais, contidos nas obras de TEIXEIRA DE FREITAS e de INGLÊS DE SOUZA, e os exemplos das legislações suíça e italiana.

Em se tratando da atividade mercantil, que diz respeito a um dos setores mais dinâmicos da vida nacional, a reforma legislativa não pode consistir numa simples revisão de normas, mas deve, necessariamente, implicar numa completa alteração de estrutura.

A nova codificação não se pode limitar à consolidação e atualização de disposições do Código de 1850, e de leis extravagantes, impondo-se, ao contrário, a completa reelaboração da sistemática que deve orientar seus preceitos.

A reformulação do direito mercantil deve partir de um conceito básico, que sirva para delimitar de modo nítido a abrangência da matéria que deve ser considerada mercantil.

O direito da empresa.

Indo além da concepção subjetiva e corporativista, que vê no direito comercial o direito profissional do comerciante, e da concepção objetiva e individualista, que funda toda a estrutura dogmática do direito comercial no ato de comércio, o anteprojeto acolhe a doutrina moderna que, partindo desses enfoques unilaterais para fundi-los numa síntese superadora, baseia o direito mercantil no conceito de empresa.

É, na verdade, a empresa criada e mantida pelo comerciante (ora configurado como empresário comercial), que se desenvolve numa seqüência coordenada de atos econômicos, de modo a caracterizar uma atividade organizada, a única fórmula condizente com a realidade econômica e social que pode justificar a existência de um corpo de leis peculiares, sem ofensa aos princípios democráticos que informam e estruturam a sociedade de nossos dias.

A empresa é, portanto, o fulcro do moderno direito comercial (assim chamado à falta de melhor nome), e constitui, sem dúvida, a idéia-fôrça do anteprojeto SÍLVIO MARCONDES, da qual se desprendem, como corolários, as proposições contidas no livro III do Código de Obrigações.

Adotando resolutamente como fundamento do direito comercial o conceito de empresa, configurada como forma de atividade do empresário, o Professor SÍLVIO MARCONDES orientou-se pela doutrina que inspirou o código civil italiano de 1942, reputado sem favor como o maior monumento

legislativo do nosso século, no campo do direito privado. Fugiu, assim, à mornidão das idéias que em outros países, como a França, tem sido motivada pelo desejo de, na revisão dos velhos códigos, manter na medida do possível as fórmulas e os quadros jurídicos elaborados no século XIX, sob a inspiração de filosofia política já ultrapassada.

O mundo caminha, e não mais é possível manter, mesmo nos códigos de direito privado, o exagerado individualismo que caracterizava o ambiente político e social da época em que foi redigido o Código Comercial de 1850. É preciso legislar para os dias que correm, tendo em vista que, ainda no campo mercantil, há que preservar a dignidade da pessoa humana e os interesses vitais da sociedade. E por outro lado, como acentua GEORGES RIPERT, é preciso evitar que se olvide a verdadeira natureza da obrigação civil, simples aplicação técnica da lei moral que rege as relações dos homens entre si.

A norma jurídica não existe desligada da realidade política, econômica e social, e visa sempre à concreção de um valor ético, que cumpre ao legislador preservar.

II

DIVISÃO DA MATÉRIA.

O livro III do Código de Obrigações está dividido em três títulos:

I — do empresário, compreendendo dois capítulos dedicados à sua caracterização e inscrição, e à capacidade comercial;

II — da sociedade, abrangendo disposições gerais e capítulos dedicados aos vários tipos de sociedades, personificadas ou não; à liquidação das sociedades, sua transformação, incorporação ou fusão; à prescrição; às sociedades dependentes de autorização;

III — dos institutos complementares, reunindo as matérias atinentes ao registro, nome comercial, preposição mercantil e escrituração.

Esclarece desde logo a exposição de motivos que o empresário pode ser pessoa física ou pessoa jurídica; desta forma, também as sociedades poderiam subordinar-se às normas relativas aos empresários.

Mas, por motivos de natureza metodológica, pareceu conveniente estabelecer a distinção, porque nem tôda sociedade é pessoa jurídica (v. g. a sociedade em conta de participação), bem como nem tôda sociedade, mesmo personificada, tem por objeto o exercício de atividade organizada em emprêsa (v. g. a sociedade civil). Além disso, a complexidade das relações jurídicas existentes entre os sócios, dêstes com a sociedade, e desta e daqueles com terceiros, aconselham o tratamento em apartado do tema da sociedade.

Louvável se afigura, neste passo, o sistema do anteprojeto, ao fundir num só esquema legal a matéria referente às sociedades, acabando de vez com a duplicidade de estatutos legais atualmente existente, em relação às sociedades comerciais e às sociedades civis. Estas continuam a existir, em função do seu objetivo, mas subordinadas ao mesmo ordenamento jurídico que prevalece para as sociedades comerciais.

III

TÍTULO I — DO EMPRESÁRIO.

Fiel ao método de trabalho adotado na parte geral do Código de Obrigações, o *negócio jurídico*, ou *ato negocial*, é conceituado como a espécie de ato jurídico que resulta da declaração de vontade.

A prática reiterada dêsses atos negociais, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, visando a uma finalidade unitária, transmuda-os em *atividade negocial*. Essa atividade, elucida a exposição de motivos, manifesta-se

economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício.

Em conformidade com o ensinamento já clássico de ASQUINI, o fenômeno econômico da empresa não cabe num esquema jurídico unitário, mas, ao contrário, pode assumir diversos perfis.

Coerentemente com a orientação consagrada no anteprojeto de Código Civil, de autoria do Professor ORLANDO GOMES, o livro III do Código de Obrigações vê na constituição da empresa um modo de exercício da propriedade, uma forma de atividade do proprietário. Leva em conta, portanto, na definição da natureza jurídica da empresa o *perfil funcional*, nela enxergando a atividade, em sentido jurídico, do proprietário de bens produtivos.

Considerando, todavia, que em toda relação jurídica não se pode prescindir do agente da atividade, ou seja, do sujeito de direito, cuida o anteprojeto de fixar o *perfil subjetivo* da empresa, sob o prisma do próprio titular — o empresário — e das condições a que deve satisfazer para o exercício da atividade negocial. Ainda neste ponto o anteprojeto está em consonância com o sistema do código civil italiano, que parte da figura do empresário para estabelecer o conceito de empresa.

Merece irrestrito aplauso e apoio o anteprojeto, quanto à sistemática adotada. No estágio atual da ciência jurídica, como já deixamos exposto acima, somente a construção do direito mercantil como sistema de normas especiais para o exercício da atividade negocial sob a forma de empresa, integrado no direito obrigacional, pode justificar sua autonomia dogmática. E a este ponto atende plenamente o anteprojeto SILVIO MARCONDES.

À semelhança do código civil italiano de 1942, que lhe serve de paradigma, o livro III do anteprojeto toma a empresa em seu perfil subjetivo, caracterizando a figura do empresário como quem exerce profissionalmente uma

atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 2.º). Essa definição corresponde à contida no art. 2.082 do código civil italiano.

O parágrafo único do art. 2.º exclui, contudo, da conceituação de empresário quem exerce profissão intelectual, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, atendendo a que “o esforço criador se implanta na própria mente do autor”.

O conceito de empresário se subdivide em duas espécies: *empresário rural*, o que exerce atividade destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e conexas, como a transformação ou a alienação dos respectivos produtos, quando reputadas normais na rotina rural (art. 3.º); *empresário comercial*, definido por exclusão, quem, sendo empresário, não é empresário rural.

A sistemática adotada pelo anteprojeto dá margem a várias ordens de reflexões.

Como assinala a exposição de motivos, o anteprojeto afastou-se do método tradicional, originário do código comercial francês de 1807, de caracterizar o exercício mercantil pela determinação positiva dos atos de comércio, sem contudo fornecer elementos para a fixação de um critério lógico para a sua conceituação.

A exemplo do art. 2.195 do código civil italiano, que cuida dos empresários obrigados a registro, o anteprojeto, no art. 4.º § 1.º, contém uma enumeração exemplificativa das atividades próprias de empresário comercial, a saber:

I — atividade industrial destinada à produção de bens ou de serviços;

II — atividade intermediária na circulação de bens;

III — atividade de transporte, por terra, água ou mar;

IV — atividade bancária ou seguradora;

V — outras atividades auxiliares das precedentes.

Por outro lado, o conceito de empresário rural, que corresponde ao do art. 2.135 do código civil italiano, não se desdobra em preceitos reguladores de sua atividade, que permanece situada no âmbito do direito civil.

Afigura-se-nos, porém, que, firmado pela lei o conceito de empresário rural, impõe-se a disciplina legislativa da empresa rural, com o conseqüente reconhecimento da autonomia de novo ramo jurídico — o direito rural ou direito agrário — como, aliás, determinou a recente emenda constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964.

A criação do direito rural ou agrário é plenamente justificável, pois as atividades econômicas relacionadas com o meio rural possuem características próprias e inconfundíveis, que estão a exigir maior atenção por parte do legislador. O código civil italiano, no livro V — Do trabalho, contempla a empresa agrícola a par da empresa comercial, editando uma série de preceitos normativos do exercício das atividades rurais (meação, parceria, etc.).

Julgamos que já é chegado o momento de conferir autonomia dogmática a êsse novo ramo do direito, cuja importância em nosso país deverá aumentar com a implantação da reforma agrária.

O anteprojeto do Código de Obrigações, como vimos, focaliza a empresa sob o ângulo subjetivo, considerando, tão somente, a figura do empresário.

Não será fácil, para o futuro intérprete da lei, harmonizar êsse conceito com o adotado pelo anteprojeto de Código do Trabalho, de autoria do professor EVARISTO DE MORAIS FILHO, o qual, no art. 425 do texto revisto insere a seguinte disposição:

“Art. 425. Considera-se empresa a unidade organizada, que se destina a um objetivo econômico ou ideal, servindo-se de um ou vários estabelecimentos, organizados e vinculados entre si pelo mesmo empresário, pessoa natural ou jurídica.”

Esclarece o art. 427 que se reputa de fim econômico a empresa que visa à obtenção de lucro, ainda que sem a prática de atos de comércio. Esta disposição perde a razão de ser, em face da nova sistemática adotada pelo Código de Obrigações, que torna superada a noção de ato de comércio.

O Código do Trabalho orientou-se francamente, como se vê, pela concepção da empresa encarada sob o perfil corporativo ou institucional; afirma a justificação doutrinária que “como instituição — no sentido de que permanece, e os indivíduos passam — não há negar que a empresa precisa ser organizada”.

Pode-se criticar o anteprojeto de Código do Trabalho por atribuir à empresa objetivo econômico *ou ideal*, para depois restringir o conceito para a exclusiva finalidade econômica, quando, no parágrafo único do art. 427, declara que o disposto no capítulo só se aplica às empresas de fins econômicos. É o próprio anteprojeto, aliás, que conceitua a empresa como unidade econômica, em oposição ao estabelecimento, definido como a unidade técnica da produção.

Não há dúvida que empresa é a organização que se destina a um objeto econômico, visando à produção ou à circulação de bens ou de serviços. Porém, se se lhe outorga a natureza de *instituição*, como faz o Código do Trabalho, as conseqüências, no campo jurídico, serão de muito maior relevância do que as decorrentes do conceito adotado pelo Código de Obrigações, que vê na empresa, além do sujeito de direito (o empresário), apenas a atividade econômica organizada.

A solução está em admitir que o fenômeno econômico de empresa, segundo a citada lição de ASQUINI, apresenta aspectos diversos perante o direito, não cabendo num só conceito jurídico. Assim, no campo das relações obrigacionais externas, a empresa será considerada sob o ângulo do empresário (sujeito de direito), e no campo das relações internas será analisada como um organismo sujeito a uma unidade de regras, para a consecução de interesses determinados, intermediários entre os interesses do indivíduo e os do Estado (instituição).

A esta altura, parece acertado indagar qual o motivo da não inclusão, no anteprojeto, de preceito criando a empresa individual com responsabilidade limitada. Em sua excelente monografia sobre o assunto, o professor SILVIO

MARCONDES conclui que o patrimônio separado fornece solução ao problema da empresa individual, de modo a possibilitar a limitação da responsabilidade ao acervo da empresa, adequando o risco do negócio ao valor do patrimônio a isso destinado. Afigura-se-nos que militam em prol desse instituto razões de oportunidade (de natureza econômica, tributária e trabalhista) que não podem ser desprezadas; além disso, os principais aspectos atinentes à constituição, funcionamento, transferência e extinção da empresa individual com responsabilidade limitada, já foram tratados com proficiência na mencionada obra, constituindo valiosos subsídios que poderão ser aproveitados no Código em elaboração (“Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual”, pág. 286 e segs.).

Cuidando do empresário, não fôra demasia que o anteprojeto de Código de Obrigações dedicasse um ou dois artigos ao conceito de *estabelecimento*, para melhor fixar o conceito de empresa.

O art. 2.555 do código civil italiano define o estabelecimento como o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa.

Não destoaria a aceção da lei italiana da que lhe dá J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, para quem estabelecimento designa o complexo de meios idôneos materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio; é o organismo econômico aparelhado para o exercício do comércio. Substituindo o termo “comerciante” por “empresário”, e o termo “comércio” por “empresa”, vemos que os conceitos expendidos coincidem nos pontos essenciais.

O art. 426 do texto revisto do anteprojeto de Código do Trabalho, ao contrário, considera estabelecimento a unidade organizada, na qual o empresário reúne os *meios pessoais*, materiais e imateriais para a consecução contínua de um objetivo técnico. Assim, ao lado dos elementos patrimoniais, inclui os colaboradores da empresa.

Mas, de um modo ou outro, a noção de estabelecimento deveria ter sido contemplada no anteprojeto, mesmo porque constitui o estabelecimento um pressuposto da atividade negocial.

A matéria relativa ao estabelecimento, diga-se de passagem, também, não é versada em outros anteprojeto, quer pelo livro I do Cód. de Obrigações, quer pelo Código Civil em elaboração (no livro das coisas).

Mas parece fora de dúvida que as regras especiais sobre o transpasso ou locação do estabelecimento, cláusula de proibição de concorrência, sucessão nos contratos, deveriam ter sido incluídas no Código de Obrigações, à semelhança das normas editadas pelos arts. 2.557 a 2.562 do código civil italiano.

A lei francesa regula pormenorizadamente o estabelecimento (*fonds de commerce*), que define como o conjunto de bens móveis destinados ao exercício de uma atividade comercial. Compreende obrigatoriamente a clientela ou *achalandage*, além dos outros bens necessários à exploração do estabelecimento. Os vários contratos que podem ter o *fonds de commerce* por objeto são disciplinados pela lei, a saber: venda, promessa de venda, locação, penhor.

A Comissão de Reforma do Código de Comércio francês dedicou especial atenção ao assunto, tendo mesmo elaborado um anteprojeto de lei relativo ao *fonds de commerce*, que se acha publicado no 4.º volume dos *Travaux de la Commission*, às págs. 456-478.

Por todos os motivos seria aconselhável que o Código de Obrigações cuidasse da matéria atinente à exploração do estabelecimento, que versa sobre relações de natureza contratual.

Sensível é a lacuna de nosso direito positivo, que não regula as formas de exploração do estabelecimento. Embora o estabelecimento seja, em si, uma “coisa universal” ou universalidade de fato, as relações jurídicas emergentes

de sua exploração pelo empresário caracterizam-se como vínculos obrigacionais, e as normas a elas relativas não ficariam mal colocadas no Código de Obrigações.

Também não contemplou o anteprojeto, como fôra conveniente, a disciplina da concorrência e dos consórcios, talvez por reputá-la matéria própria da legislação de repressão ao abuso do poder econômico (Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, e respectivo regulamento).

Realmente, neste assunto entrelaçam-se intimamente matérias de direito público e de direito privado, porém nada impediria que se incluíssem no Código em elaboração normas de conteúdo privatístico, para regular em benefício do interesse comum as questões emergentes dos consórcios voluntários de empresas comerciais.

Poderiam ser inseridas no Código de Obrigações as regras relativas à disciplina da concorrência em condições de *normalidade*, deixando-se para a legislação especial as regras atinentes à *anormalidade da concorrência* (repressão aos monopólios e outras práticas ilícitas)

Prevê o anteprojeto, em relação ao empresário comercial, a obrigatoriedade de *inscrição* no registro do comércio em cuja jurisdição esteja a sede de sua empresa (art. 5.º), devendo o requerimento de inscrição obedecer às indicações mencionadas no § 1.º e publicando-se o termo de inscrição. À margem da inscrição, e com as mesmas formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes.

Regulando, de modo minucioso, a inscrição do empresário comercial, o anteprojeto deixa de lado, de uma vez por tôdas, o obsoleto instituto da matrícula, resquíio do corporativismo medieval acolhido pelo Código de 1850.

O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar diverso do da sede da empresa, neste deverá inscrevê-la, bem como averbar a instituição do estabelecimento secundário à margem da inscrição do estabelecimento principal (art. 6.º). Neste ponto, conviria precisar melhor o

conceito de estabelecimento secundário, deixando uma certa elasticidade ao critério do empresário, porquanto existem, na prática, agências ou representações sem nenhuma dependência do estabelecimento principal.

O anteprojeto, no art. 7.º, dispensa da inscrição no registro do comércio os pequenos empresários comerciais, assim considerados os artesãos, os que exercem uma atividade profissional organizada com prevalência de trabalho próprio e dos componentes da família (conceito êsse que corresponde ao dos “piccoli imprenditori” referidos no art. 2083 do cód. civil italiano), bem como os que auferem renda inferior ao mínimo tributável, nos têrmos da lei fiscal.

Tal como dispõe o art. 2.199 do cód. civil italiano, parece-nos que deveria o anteprojeto obrigar o empresário a indicar, nos documentos e na correspondência que se referem à emprêsa, o registro no qual está inscrito. Outra omissão, fâcilmente sanável, diz respeito ao prazo para efetivação da inscrição ou da averbação, que poderia ser desde logo fixado em quinze dias pelo anteprojeto (*ad instar* do art. 32, que cogita da inscrição do contrato social).

Cuida o anteprojeto, a seguir, da *capacidade comercial*, a qual, em essência, é a mesma capacidade para obrigar-se.

Os preceitos constantes dos arts. 8.º a 14 do anteprojeto simplificam grandemente a matéria, adaptando-a às disposições do anteprojeto do Código Civil, especialmente quanto aos menores e aos empresários casados.

Dispõe o art. 8.º, § 1.º, consubstanciando o ensinamento da doutrina e da jurisprudência, que as pessoas que, legalmente impedidas, exercerem atividade mercantil, responderão pelas obrigações que contraírem em consequência dêsse exercício. A enumeração dêsses impedimentos, como é de boa técnica, fica a cargo das leis especiais, ao contrário do sistema adotado pelo art. 2.º do cód. comercial vigente.

O art. 9.º do anteprojeto, no interêsse da preservação da continuidade das emprêsas, regula a possibilidade do prosseguimento das atividades interrompidas por morte ou

por interdição do empresário, mediante prévia autorização do juiz, à luz das circunstâncias de cada caso. Essa autorização poderá ser revogada pelo juiz.

Os títulos de habilitação dos menores emancipados e dos incapazes autorizados, e os de sua eventual revogação, deverão ser inscritos ou averbados no registro do comércio (art. 11), tal como sucede atualmente.

Finalmente, os arts. 12 a 14 cuidam de situações peculiares ao empresário comercial casado, em face do regime de bens, e da eventualidade de desquite ou de reconciliação conjugal, prescrevendo a obrigatoriedade da inscrição, no registro do comércio, das cláusulas restritivas e das sentenças de estado para que produzam efeitos contra os terceiros interessados.

IV

TÍTULO II — DA SOCIEDADE

Considerações gerais.

O anteprojeto de Código de Obrigações, na parte referente às sociedades, procurou orientar-se por rigoroso critério lógico, na estruturação dos preceitos que contém.

Sob o ponto de vista substancial, procurou manter, na medida do aconselhável, a sistemática de nosso direito, conservando as disposições aprovadas pela experiência.

A par disso, o anteprojeto guiou-se pelas mais recentes diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais, revelando inegável influência dos modernos textos legislativos, notadamente do código civil italiano de 1942.

Vasadas em boa técnica, em linguagem tersa e precisa, as disposições do anteprojeto compendiam muitas vezes, em breves palavras, as idéias e os conceitos expressos em deramados artigos do código comercial de 1850. Exemplo dessa concisão lapidária é o art. 42 do anteprojeto, referente à proibição do pacto leonino, que substitui com vantagem disposição análoga, inscrita no art. 288 do código comercial.

O anteprojeto utiliza terminologia precisa, de molde a afastar equívocos e dúvidas, como sucede, *verbi gratia*, com o código comercial vigente, que utiliza frequentemente palavras fora do seu sentido técnico.

Não obstante sua natureza contratual, que é posta em relêvo pelo anteprojeto, a sociedade vem tratada no livro III do Código de Obrigações, e não no título do livro I reservado às espécies de contrato.

Várias razões de método justificam o trato do tema relativo à sociedade separadamente dos demais contratos. Vêm elas alinhadas na exposição de motivos, sobrelevando, entre as demais, a consideração de que a sociedade dá origem a um patrimônio especial, diverso dos patrimônios individuais dos sócios e, quando se personifica, dá nascimento a nôvo sujeito de direito, que passa a ser o titular do patrimônio especial.

O anteprojeto, no art. 15, define a sociedade como o contrato, pelo qual se organiza o exercício em comum de uma atividade econômica. Extrema, dessa forma, as *sociedades*, que são sempre de fins lucrativos, das *associações*, de intuitos não econômicos, cuja disciplina deixa para o código civil.

Os elementos conceituais do contrato de sociedade coincidem com os fornecidos pelo art. 2.247 do código civil italiano. Elucida, porém, o parágrafo único do art. 15 que a atividade pode restringir-se, no contrato, à realização de um ou mais negócios determinados.

Estão presentes na definição os elementos objetivos da contribuição dos sócios em bens ou serviços, e de sua participação nos resultados.

Inscribe o art. 16 o critério diferenciador entre sociedades *comerciais* (as que têm por objetivo o exercício de atividade própria de empresário comercial) e *civis* (as demais sociedades), salvo as por ações (que são sempre comerciais) e certas sociedades cooperativas enumeradas no art. 263 do anteprojeto (que são consideradas civis).

Louvável se afigura, neste passo, o sistema do anteprojecto, ao fundir num só esquema legal a matéria referente às sociedades, acabando de vez com a duplicidade de estatutos legais atualmente existentes em relação às sociedades comerciais e às sociedades civis. Estas continuam a existir, em função do seu objetivo, mas subordinadas ao mesmo ordenamento jurídico que prevalece para as sociedades comerciais.

Seguindo o critério adotado pelo legislador italiano (art. 2.249 do código civil), declara o art. 17 que as sociedades comerciais devem constituir-se segundo um dos tipos previstos nos capítulos II a VI do subtítulo II (o que exclui a sociedade simples e a sociedade cooperativa); as civis podem constituir-se na conformidade de um desses tipos ou subordinar-se-ão às normas da *sociedade simples*. O parágrafo único ressalva as disposições concernentes às sociedades em conta de participação e cooperativas e as de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, impõem a constituição da sociedade segundo um tipo determinado.

O art. 18 cuida da aquisição da personalidade jurídica pelas sociedades, de acôrdo com o sistema do art. 18 do código civil pátrio. Afastando as dúvidas e debates que persistem na legislação e na doutrina comparadas, estabelece o anteprojecto que a aquisição da personalidade decorre da inscrição, no registro próprio, dos atos constitutivos da sociedade.

Caberia também aqui a sugestão no sentido de, a exemplo do art. 2.050 do cód. civil italiano, obrigar à indicação da sede da sociedade e do registro no qual está ela inscrita, nos documentos e na correspondência sociais.

Distingue nitidamente o anteprojecto as sociedades que podem adquirir personalidade, intitulado-se sujeitos de direito, das que não podem adquiri-la.

Entre as *sociedades não personificadas*, contempla a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação.

No grupo das *sociedades personificadas*, inclui o anteprojeto a sociedade simples, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada, a sociedade anônima, a sociedade em comandita por ações e a sociedade cooperativa. Exclui, dessa forma, da classificação legal, como tipo diferenciado, a sociedade de capital e indústria, prevista pelo art. 317 do código comercial de 1850, a qual foi increpada por CARVALHO DE MENDONÇA de “esdrúxula construção”.

Sociedade em comum.

Sociedade em comum é a que existe enquanto não forem inscritos os atos constitutivos, na fase anterior à personificação, salvo em se tratando de sociedade por ações em organização (art. 19). Corresponde àquela que o código de 1850 e a doutrina corrente denominam *sociedade irregular* ou *de fato*.

A lei vigente afirma que, na falta do registro, o contrato “não terá validade entre os sócios nem contra terceiros” (art. 301 do código comercial), embora terceiros possam provar a existência da sociedade por qualquer meio de prova (art. 304); logo, esta perde o caráter de sociedade, para caracterizar-se como mera comunhão de bens e interesses.

O anteprojeto adota doutrina oposta, como se lê na exposição de motivos. Partindo da assertiva de que a sociedade constitui negócio jurídico que produz efeitos imediatos, independentemente de que ela adquira, ou não, personalidade jurídica, não se pode deixar de reconhecer o caráter societário das relações entre os sócios e para com terceiros. A personificação constitui fenômeno posterior, do qual a existência da sociedade é pressuposto, de sorte que o patrimônio especial de que o novo sujeito de direito assume a titularidade, já existe *préviamente* destacado das partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios, reunindo

o complexo das relações societárias quer dos sócios, quer destes com terceiros.

Por êsses motivos, o anteprojeto prevê a *sociedade em comum*, desprovida de personalidade, na qual o patrimônio especial permanece na titularidade dos sócios. Para regê-la, edita normas específicas e manda aplicar-lhe, supletivamente, as normas da sociedade simples.

Deve ser salientada, neste ponto, a importância da contribuição trazida para o nosso direito societário pelo ilustre autor do anteprojeto.

Creemos, todavia, que, tendo em conta a doutrina e a jurisprudência, o art. 20 deveria ressaltar a possibilidade de, nas questões entre sócios, êstes provarem a existência da sociedade sem forma escrita, mas em relação aos fatos passados e aos efeitos já produzidos, para evitar o locupletamento de uns à custa de outros.

Dispondo, genêricamente, que os terceiros podem provar a existência da sociedade em comum de qualquer modo (art. 20), o anteprojeto deixa de enumerar as presunções que atualmente constam do art. 305 do código de 1850.

Estatui, no art. 21, que os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, de que os sócios são titulares em comum. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes (art. 22). Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 23).

Sociedade em conta de participação.

Observa a exposição de motivos que a *sociedade em conta de participação* ocupa, entre as sociedades, uma posição singular.

Embora dotada de um fundo, destinado ao exercício da atividade social, na sociedade em conta de participação, êsse fundo se integra no patrimônio individual do sócio

ostensivo, ao contrário do que acontece nas demais sociedades, em que o patrimônio especial constitui objeto da titularidade da pessoa jurídica.

As peculiaridades da sociedade em conta de participação extremam-na de tal modo dos outros tipos sociais, que até tem sido posta em dúvida a sua real natureza societária. O código italiano de 1942 regula a *associação em participação* no título VII do livro V, separadamente das sociedades, de que trata o título V. Não são poucos os autores que chegam a negar a natureza de sociedade no tocante à conta de participação, para caracterizá-la como espécie de contrato bilateral: o contrato parciário.

Relegada por muito tempo à posição secundária de sociedade acidental ou momentânea (cf. o art. 325 do código de 1850), contratada apenas para uma ou algumas operações determinadas, a sociedade em conta de participação assume papel de maior relêvo, nos dias que correm, como instrumento adequado à captação de poupanças através dos fundos de investimento.

O anteprojeto, nos arts. 24 a 30, procurou recolher as linhas mestras do instituto, aprimorando o texto do vigente código comercial.

A fim de dissipar dúvidas, seria conveniente que o art. 25 do anteprojeto, segundo o qual “a atividade ou o ato, constitutivos do objeto social, são praticados unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome *individual* e sob sua própria e exclusiva responsabilidade”, fôsse expurgado da palavra “individual”, que pode conduzir à ilação errônea de que não pode ser sócio ostensivo uma pessoa jurídica.

A exemplo do art. 2.550 do cód. civil italiano, dispõe o art. 29 do anteprojeto que, salvo disposição do contrato social, o sócio ostensivo não pode admitir na sociedade novo sócio participante, sem o consentimento expresso dos demais.

Sociedade simples.

O anteprojeto, ao regular as sociedades personificadas, trata em primeiro lugar da *sociedade simples*, agasalhando a nomenclatura do código civil italiano, que nos arts. 2.251 a 2.290 disciplina a *società semplice*.

O código de 1850, ao traçar as normas aplicáveis às sociedades mercantis, separou as disposições gerais, que abrangem todos os tipos societários, das disposições específicas, adequadas a cada um dos tipos.

Atendendo a que tais normas, ditas gerais, precisam servir de quadro para as sociedades civis (reguladas atualmente pelo Código Civil), e, supletivamente, aos demais tipos de sociedades, personificadas ou não (à exceção das sociedades por ações), o anteprojeto inscreve os preceitos gerais das sociedades no capítulo referente à *sociedade simples*, que é estruturada como o denominador comum de todos os tipos sociais.

Esse é o método do código das obrigações suíço e do código civil italiano, que, se à primeira vista não parece atender aos ditames da lógica, sob o ponto de vista pragmático é o único meio possível para dar solução às numerosas questões suscitadas.

O anteprojeto trata do contrato social, enumerando as condições e requisitos a que deve satisfazer, a exemplo do art. 302 do cód. comercial de 1850. Como novidade, menciona as prestações a que se obriga o sócio cuja contribuição consista em serviços, cláusula que pode existir em diversas sociedades, tornando desnecessária a previsão da sociedade de capital e indústria como tipo específico. Regula, em seguida, o processo de inscrição do contrato no registro próprio, e que é apto a outorgar à sociedade a personalidade jurídica, bem como a averbação dos principais fatos que venham a ocorrer na vida social.

Inspirando-se no art. 2.252 do cód. civil italiano, dispõe o art. 33 que a modificação do contrato social, que tenha

por objeto matéria essencial enumerada no art. 31, depende do consentimento de todos os sócios; outras modificações podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime.

Preceitua o anteprojeto, a seguir, a respeito das relações entre os sócios, reproduzindo as regras do código civil e do código comercial, com melhor técnica. Inscreve nos arts. 40 e 41 as normas aplicáveis aos sócios cuja contribuição consista em serviços. Dispõe, no art. 39, em conformidade com os arts. 2.254 e 2.255 do cód. civil italiano, e com o art. 8.º da lei brasileira de sociedades por ações, que o sócio que conferir domínio, posse ou uso responde pela evicção; o que conferir crédito, responde pela solvência do devedor. Também em consonância com o art. 7.º do decreto-lei n. 2.627, de 1940, o parágrafo único do art. 39 declara que, salvo restrição expressa no contrato social, a conferência de bens se entende feita a título de domínio.

No atinente à administração da sociedade, o art. 44 do anteprojeto dispõe sobre o modo de formação da vontade social, ampliando e esclarecendo o conteúdo do art. 331 do código comercial vigente. Desenvolve, outrossim, nos arts. 45 a 54, a matéria relativa aos poderes e encargos dos administradores, acrescentando às poucas regras contidas no código de 1850 numerosas disposições hauridas nos códigos estrangeiros e na lei brasileira de sociedades por ações (decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940).

O art. 55 estabelece que são irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo causa legítima superveniente, reconhecida judicialmente a pedido de qualquer dos sócios; adota, dessa maneira, o sistema do art. 117 do cód. comercial alemão.

Ocupa-se, nos arts. 56 a 61, das relações com terceiros, no referente às obrigações sociais e às obrigações particulares dos sócios. Inspirando-se no cód. civil italiano, o anteprojeto regula as hipóteses de rescisão da sociedade

em relação a um sócio, por causa de morte, retirada ou exclusão, estabelecendo para os três casos a forma de liquidação da respectiva quota, quando não determine a dissolução da sociedade.

Contempla, por fim, a matéria da dissolução da sociedade, que, pelos motivos constantes da exposição de motivos, vem separada da matéria referente à liquidação, de que cuidam os arts. 321-331. Alega, para tanto, que o processo de liquidação é o único revestido de generalidade capaz de reunir, num só mecanismo, os vários tipos de sociedade, ao passo que a dissolução suscita problemas específicos para cada grupo societário. Não obstante, o argumento não nos convence, pelas mesmas razões apontadas para justificar a inclusão das normas gerais sobre sociedades no capítulo da sociedade simples; há, neste ponto, a nosso ver, patente contradição.

O anteprojeto enumera, no art. 67, os casos de dissolução de pleno direito, nos arts. 68 e 69 as hipóteses de dissolução judicial, cuidando nos arts. 70 e 71 da nomeação do liquidante.

Altera o anteprojeto, profundamente, os casos de dissolução de pleno direito, atualmente previstos pelo art. 335 do código de 1850, de modo a melhor atender à prática dos negócios e à realidade econômico-social. Com o intuito de preservar a continuidade das emprêsas, introduz o princípio da prorrogação tácita da sociedade, por tempo indeterminado, quando, vencido o prazo para o qual foi contratada, continuarem os sócios a realizar as operações sociais (*ad instar* do art. 2.273 do cód. civil italiano). A falência do sócio determinará a sua exclusão da sociedade, de pleno direito (art. 64, parágrafo único), não porém a dissolução da sociedade. Da mesma forma, a morte de um dos sócios não acarreta necessariamente a dissolução da sociedade, e sim apenas a liquidação de sua quota (art. 62). Sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado, será indispensável para a dissolução a deliberação da maioria absoluta dos sócios, não bastando a vontade caprichosa de

apenas um dêles, como sucede atualmente. Refere-se, ainda, o anteprojecto, como causa dissolutória, à falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de seis meses; à cassação da autorização para funcionar, bem como a outras causas previstas no contrato social (art. 69).

Sociedade em nome coletivo.

A *sociedade em nome coletivo* é definida, pelo art. 72, nos moldes clássicos, como aquela em que todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Como sociedade personificada, applicam-se-lhe as normas da sociedade simples.

O anteprojecto introduz dois preceitos novos, na disciplina dêsse tipo societário. O primeiro, quando determina que sòmente pessoas físicas nela podem tomar parte, o que se justifica ante a consideração de que a sociedade em nome coletivo se ajusta apenas às emprêsas de pequeno porte, pelo limitado crédito de que dispõe. O segundo, quando prevê que, sem prejuízo da responsabilidade ilimitada e solidária perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, limitar, entre si, a responsabilidade de cada um, o que virá facilitar a composição da sociedade.

Deve ainda ser notada a norma introduzida pelo art. 76, segundo o qual o credor particular de sócio não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor, salvo se a sociedade prorrogar-se tácitamente, ou, no caso de prorrogação contratual, se fôr acolhida a opposição judicial que lhe faça. Esta norma, recolhida do art. 2.305 do cód. civil italiano, visa à manutenção da emprêsa, durante o prazo inicialmente contratado.

Sociedade em comandita simples.

A *sociedade em comandita simples* é estruturada no anteprojecto de acòrdo com a concepção tradicional. regu-

lando-se a situação dos sócios solidários pelas normas da sociedade em nome coletivo.

É aprimorada a técnica do código de 1850, de modo a colocá-lo em consonância com a atual conjuntura econômico-social. Em contrário à regra constante do art. 312 do cód. comercial, o parágrafo único do art. 78 dispõe que o contrato social deve indicar quais os sócios solidários e quais os comanditários. Derrogando também a norma do art. 314 do cód. comercial, o parágrafo único do art. 80 permite ao comanditário ser constituído procurador da sociedade com poderes especiais e para negócio determinado. Em ambos os casos, preferiu o anteprojeto adotar a orientação mais racional do cód. civil italiano.

Estabelece o art. 81 que a diminuição da quota do comanditário somente produz efeito em relação a terceiros após a publicação da modificação do contrato; e não prejudica os direitos dos credores anteriores.

Dentro do espírito de assegurar a continuidade das empresas, estatui o art. 83 que, salvo disposição do contrato social, no caso de morte de sócio comanditário, a sociedade continuará com os seus sucessores, que designarão quem nela os represente.

Entre os casos de dissolução, de pleno direito, o art. 84 acrescenta a hipótese de falta, não preenchida no prazo de seis meses, de sócio comanditário ou de sócio solidário. Neste último caso, caberá aos comanditários nomear um administrador provisório para cumprir, durante o referido período e sem assumir a qualidade de sócio, os atos de administração ordinária da sociedade (cf. o art. 2.323, 2.^a alínea. do cód. civil italiano).

Sociedade limitada.

O anteprojeto denomina sociedade limitada à “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”, regulada

atualmente pelo Decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, cuja elaboração foi inspirada pela lei portugueza e, por via desta, pela lei alemã.

São notórias as deficiências do texto legal em vigor; daí a preocupação, marcante no anteprojeto, de dar solução aos inúmeros problemas, ainda não resolvidos em definitivo, de modo a ensejar maior e melhor applicação a êsse tipo de sociedade, para o qual se tem voltado a preferência das emprêsas de porte médio. Dadas as características da sociedade limitada, parece-nos que seria o caso de a lei fixar o número máximo de sócios, talvez em cinqüenta.

O anteprojeto regula, com minúcia, o regime jurídico das quotas do capital, dispondo sôbre sua indivisibilidade, realização e cessão.

Várias inovações são introduzidas no texto atual, v. g.: a responsabilidade solidária dos sócios pela correta estimação de bens conferidos ao capital social (art. 88 § 1.º); a cessão de quotas depende de consentimento dos demais sócios, se o contrato o exigir, e, no caso contrário, poderá ser feita livremente a quem seja sócio, bem como a estranho, se não houver opposição de titulares de mais de um quarto do capital social (art. 90). Dispõe o parágrafo único do art. 90 que a cessão terá eficácia em relação à sociedade e terceiros, a partir da averbação, à margem da inscrição da sociedade, do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes. A propósito, seria conveniente que o anteprojeto regulasse a questão das prestações acessórias, como o faz, por exemplo, o art. 2.478 do cód. civil italiano.

O anteprojeto organiza em novos moldes a administração social, suprimindo a possibilidade de delegação do uso da firma (constante do art. 13 do decreto n. 3.708), mas admitindo gerentes estranhos à sociedade, mediante aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social (art. 93, § 1.º); o “quorum” exigido parece-nos muito elevado, sendo preferível adotar o princípio da maioria absoluta. O art. 94 regula a questão da destituição dos administradores, e o art. 97 prevê a

existência de conselho fiscal, que se regerá pelo texto aplicável das sociedades anônimas. Embora a exposição de motivos a isso faça referência, não foi consignado no anteprojeto disposição que vede o exercício da gerência por pessoas jurídicas, o que seria de tóda conveniência.

É prevista como órgão social a reunião dos sócios, cujas atribuições, funcionamento e condições para deliberação são disciplinados com pormenores, à semelhança das assembléias gerais das sociedades anônimas.

Mantém o direito de recesso de sócio dissidente de modificação do contrato social, elucidando a maneira pela qual deverão ser apurados os seus haveres (art. 103). Regula o processo do aumento e da redução do capital social, sob o modelo das sociedades anônimas, inclusive assegurando aos sócios o direito de preferência para participar do aumento, na proporção do valor das quotas de que sejam titulares (arts. 106 e 107).

A “vexata quaestio” das causas de dissolução, de pleno direito, das sociedades limitadas, é resolvida com a remissão às hipóteses aplicáveis à sociedade em nome coletivo.

SOCIEDADE ANÔNIMA.

A criação de sociedades privadas por ações.

No importante capítulo referente à *sociedade anônima*, o anteprojeto mantém a sistemática da lei vigente (decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940), limitando-se a alterar a disposição das matérias e a introduzir inovações de pormenores. Adotou, por certo, essa orientação, por julgar satisfatória a estrutura que deu ao texto legal o projeto de autoria de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, de que se originou o decreto-lei n. 2.627, de 1940.

Mas a verdade é que a apreciação de vários aspectos da lei atual sôbre sociedades por ações evidencia a necessidade de uma reforma de base, capaz de adequar o instituto à nossa atual conjuntura econômica, social e política.

Como já dissemos, de outra feita, não se justifica que as mesmas normas legais se apliquem, indistintamente, às companhias de grande envergadura, que têm por objetivo a exploração de setores básicos da economia, e que recorrem freqüentemente à subscrição pública para formação de seu capital, e pequenas sociedades fechadas, de âmbito familiar ou restrito a pequeno grupo de pessoas, somente pelo fato, que lhes é comum, de terem o capital social dividido em ações.

Faz-se sentir a necessidade de prever a nossa lei, a exemplo de legislações estrangeiras, a existência de um tipo societário específico, dentro do quadro geral das sociedades por ações, ao qual, sendo vedado expressamente recorrer à subscrição pública, por isso mesmo não estaria sujeito às exigências legais de publicação de balanços, criação de conselho fiscal, etc.

A lei inglesa — *Companies Act*, de 1948 — na seção 28, disciplina as chamadas *private companies*, constituídas por subscrição particular, que são isentas de uma série de formalidades e exigências legais. Nessas sociedades, é restrito o direito de transferência de ações, bem como limitado o número de acionistas a cinquenta, excluídos os empregados. Comumente tôdas as ações numa *private company* são possuídas por poucas pessoas, como os membros de uma família; correspondem, assim, às nossas sociedades anônimas de tipo fechado ou familiar. Tais sociedades podem funcionar com apenas um diretor, sendo-lhes vedado ter como diretor ou mesmo como acionistas ou debenturistas quaisquer pessoas jurídicas.

Introduzidas que fôsem alterações dêsse teor na legislação vigente, poderíamos então distinguir perfeitamente as companhias ou sociedades anônimas pròpriamente ditas das sociedades privadas por ações. Às companhias, que recorrem à subscrição pública e têm seus títulos admitidos à cotação em Bôlsa, seria lícito emitir ações ao portador, cuja colocação no mercado é mais fácil, em virtude de sua maior negociabilidade e liquidez. Seriam excluídas dessa possi-

bilidade as companhias que se dedicam a atividades de interesse fundamental para a economia e a segurança nacionais, enumeradas em lei, e as sociedades privadas, de âmbito fechado.

Aliás, a mais recente legislação sobre imposto de renda (lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964), vem de consagrar, para efeitos tributários, a distinção entre sociedades anônimas de capital aberto e sociedades anônimas de capital fechado. O art. 39 dessa lei dispensa do pagamento do imposto de 7% (sete por cento) sobre os lucros distribuídos às sociedades anônimas de capital aberto, assim consideradas as que tenham ações efetivamente cotadas nas Bôlsas de Valores e cujo capital com direito a voto, pertença na percentagem mínima de 30% (trinta por cento) a mais de 200 (duzentos) acionistas que não possuam cada um mais de 3% (três por cento) do capital da sociedade e sejam pessoas físicas ou fundos mútuos de participação e capitalização.

Essa orientação da lei fiscal, que visa à democratização do capital das emprêsas, corresponde a uma realidade econômica que não mais pode ser ignorada pelo legislador, e deveria ser agasalhada pelo anteprojeto de Código de Obrigações.

Características e constituição da sociedade anônima.

O anteprojeto procurou ajustar ao sistema do Código de Obrigações a lei especial, colocando os preceitos genéricos nos lugares próprios, e reservando para a regulamentação do instituto apenas as regras que lhe são específicas. Assim, tôda a matéria penal é eliminada do anteprojeto.

Como não foram introduzidas modificações em profundidade, dispensamo-nos de repetir tudo quanto já consta da lei atual, limitando-nos a apontar as inovações incorporadas ao texto do anteprojeto.

Caracteriza o art. 109 a sociedade anônima, pela limitação da obrigação do acionista ao valor *nominal* das ações que subscreve.

Suprime, por outro lado, a disposição do art. 4.º do decreto-lei n. 2.627, que se refere aos bens que podem entrar na composição do capital social. É verdade que o art. 31, III do anteprojeto já cuida do assunto, mas as disposições concernentes à sociedade simples não se aplicam à sociedade anônima.

O anteprojeto despreza a oportunidade excelente para limitar o abuso da proliferação das sociedades anônimas, que se verifica entre nós, o que poderia ser alcançado através da fixação do capital mínimo, a ser estabelecido em função do salário mínimo. Esta exigência baseia-se na consideração de que, sendo a responsabilidade dos acionistas restrita ao valor das respectivas ações, não pode ser irrisório o montante da garantia expressa pelo capital. Norma dêsse teor encontra precedentes na lei alemã de 30 de janeiro de 1937 (§ 7) e no código civil italiano (art. 2.327).

Regulando o processo de constituição da sociedade anônima, o anteprojeto estabelece normas para o recebimento, guarda e levantamento das entradas iniciais. Inspirando-se no art. 2.329 do cód. civil italiano, determina que, caso a sociedade não se constitua, ou demore, para constituir-se, mais de um ano contado no início dos depósitos, o próprio Banco fará a restituição, diretamente aos subscritores, das quantias por êstes pagas; o prazo de demora reduz-se a três meses, se os depósitos provierem de subscrição particular de ações (art. 111, §§ 2.º e 3.º). Completa, dessa forma, o anteprojeto, as disposições do Decreto-lei n. 5.956, de 1.º de novembro de 1943, que ficam assim integradas na sistemática do instituto. As medidas aventadas são altamente aconselháveis, para assegurar maior seriedade na constituição de sociedades anônimas, merecendo, pois, integral apoio.

A avaliação das contribuições não pecuniárias é feita nos moldes da lei atual, mas quer nos parecer que a remissão constante do § 4.º do art. 115 do anteprojeto deve referir-se ao art. 39 e paragrafo único, que cuidam de matéria referente à conferência de bens na sociedade simples (e não ao art. 38, como está).

O art. 117 institui a figura de fundador nas sociedades constituídas por subscrição particular, outorgando tal qualidade aos três primeiros subscritores, que, *ipso facto*, assumirão os deveres inerentes a essa posição.

Dispõe o art. 122 que todos os atos, documentos e publicações referentes à constituição da sociedade anônima devem realizar-se sob a denominação desta, aditada da cláusula “em organização”, pelos fundadores, os quais são equiparados aos gestores de negócios.

Cuida o parágrafo único do art. 122 da responsabilidade dos fundadores, em termos idênticos aos do art. 49 do decreto-lei n. 2.627, de 1940. Seria esta a oportunidade para inserir no texto da lei a modificação proposta pelo projeto n. 2.338, de 1952, apresentado pelo deputado HERBERT LEVY e redigido pelo professor WALDEMAR FERREIRA, no sentido de dar maior extensão e melhor caracterizar a responsabilidade dos fundadores de sociedades anônimas, de modo a coibir os males resultantes da indústria de constituição de sociedades anônimas, em detrimento da economia popular. A redação proposta, com os retoques necessários para adaptá-la à sistemática do anteprojeto, é a seguinte:

“Parágrafo único — Os fundadores respondem solidariamente para com a sociedade e para com terceiros:

I — pelas obrigações assumidas, bem como, quando procederem com culpa ou dolo, pelos prejuízos originados de atos ou operações praticados para a constituição da sociedade;

II — pela veracidade das afirmações publicadas para o mesmo objetivo, sob as cominações previstas no Código Penal;

III — pelos prejuízos resultantes da inobservância dos preceitos legais relativos à constituição da sociedade”.

Justifica-se a responsabilização dos fundadores, em caráter solidário, de vez que a cada um deles incumbe providenciar para o cumprimento da lei ou evitar a prática do ato ou operação prejudicial. No tocante às demais sugestões constantes do projeto n. 2.338/52, são cogitadas pelo anteprojeto nos lugares adequados (art. 136, § 2.º, relativo à cobrança de ágio na subscrição de ações; art. 111 e §§, alusivos ao depósito e levantamento das entradas efetuadas pelos subscritores).

O art. 124 marca o prazo de quinze dias para a inscrição, no registro do comércio, dos atos constitutivos da sociedade anônima, sanando, dêsse modo, omissão do decreto-lei n. 2.627. O prazo de quinze dias foi fixado de acôrdo com a regra contida no art. 10, n. II do cód. comercial; seria preferível, contudo, dilatar para trinta dias êsse prazo, a exemplo do decreto n. 93, de 20 de março de 1935, que regulamentou o registro do comércio no antigo Distrito Federal.

A tutela dos subscritores de ações.

Outro aspecto atinente às sociedades por ações que deve merecer a atenção do legislador, na projetada reforma, diz respeito à tutela dos subscritores de ações, a qual, fundada essencialmente no princípio ético da proteção ao mais fraco, comporta uma série de interessantes problemas.

Em excelente trabalho (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, págs. 507 e segs.) o professor TULLIO ASCARELLI enumera as diversas formas adotadas pelas diferentes legislações ou alvitadas pela doutrina para a proteção dos direitos dos subscritores de ações, *verbi gratia*: a proibição, nos primeiros anos de vida social, da venda das ações correspondentes a bens incorporados para a formação do capital social (lei francesa de 1893, art. 2.º;

lei belga, art. 47); a fixação de um mínimo percentual para a entrada inicial, em relação ao valor nominal da ação (art. 38 do decreto-lei n. 2.627); o contrôle preventivo da idoneidade da empresa, que deseje lançar ações à subscrição pública; a limitação dos meios de publicidade e propaganda etc.

A proteção dos tomadores de ações tem, entre nós, merecido o interesse dos estudiosos e dos legisladores. Desde 1952, vários projetos visando à modificação da lei de sociedades anônimas, sob esse ângulo, foram apresentados ao Congresso Nacional; dois eram, entretanto, os aspectos que mais de perto preocupavam os nossos legisladores:

a) — disciplina das atividades de intermediação na colocação das ações ou debêntures, mediante pagamento em prestações;

b) — a questão das despesas de constituição das sociedades anônimas, a saber, as percentagens dos corretores e as remunerações dos fundadores.

O assunto cresce de importância, quando se trata de sociedades anônimas constituídas sem real fundamento econômico, visando à especulação, cujas despesas iniciais costumam ser elevadíssimas, destinando-se a entrada inicial do subscritor, na maior parte das vezes, ao pagamento de despesas de corretagens e propaganda. Sustenta ASCARELLI a ilicitude da prática de serem as comissões pagas aos corretores e agentes encarregados da colocação das ações (e que atingem até 10, 15 ou 20% sobre seu valor nominal) tiradas do próprio capital social. Tal comissão, no seu entender, pode ser paga, pessoalmente, pelos fundadores ou por quem subscrever a ação; não, porém, pela sociedade emitente, às expensas do capital social, o que, em última análise, configuraria a emissão de ações por um preço inferior ao seu valor nominal, o que a lei proíbe (art. 14, § 1.º do decreto-lei n. 2.627).

A possibilidade de serem as despesas de colocação atendidas por um ágio sobre o valor nominal das ações,

quando seja previamente indicada essa destinação, pareceu clara a ASCARELLI, em face do direito brasileiro. Não concordou, entretanto, o saudoso mestre WALDEMAR FERREIRA, com a prática, que reputou de manifesta ilegitimidade, de exigir-se dos subscritores, a título de jóia ou de taxa de subscrição, uma percentagem sobre o valor das ações subscritas, a qual geralmente é paga no suposto de tratar-se da entrada inicial do capital.

O anteprojeto procurou dar solução à controvérsia, no art. 136, § 2.º, ao possibilitar aos estatutos, ou à assembléia geral, autorizar a cobrança de ágio na subscrição das ações, regulando a aplicação do respectivo produto. Mas, de acôrdo com a lição de ASCARELLI, cumpriria limitar a percentagem dêsse ágio (talvez a 10%) e de qualquer forma excluir a possibilidade de ser pago antes de integralizadas as ações.

A questão das remunerações dos fundadores acha-se intimamente entrosada com a das despesas de corretagem. Em conformidade com a opinião dos escritores (ASCARELLI, VALVERDE, WALDEMAR FERREIRA, LOPES PONTES), não é possível satisfazê-las com o capital social, o que ofenderia ao princípio basilar da manutenção de sua integridade. Para atendê-las, pode-se lançar mão dos lucros da sociedade, mediante a concessão de partes beneficiárias (cf. arts. 32 e 40, item IV, letra f, do decreto-lei n. 2.627, a que correspondem, respectivamente, os arts. 171 e 112, III, letra f do anteprojeto).

Espécies e formas de ações.

Ainda no tocante ao regime legal das ações, outras novidades há a assinalar.

Regulando as espécies de ações, o anteprojeto prevê, como a lei atual, a existência de ações ordinárias, preferenciais e de gôzo ou fruição. Deixou de inserir no texto legal as ações de trabalho, que seriam atribuídas aos prestadores

de trabalho subordinado da empresa, naturalmente por entender prematura a regulamentação da matéria, antes da promulgação da lei dispondo sobre a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, à qual por certo caberá definir a orientação de nosso direito em relação ao tema. O então deputado Juarez Távora formulou projeto nesse sentido, que teve o n.º 219, de 1963, justificando-o com a alegação de que seria êsse o primeiro passo para a transformação progressiva da atual estrutura capitalista da empresa numa estrutura comunitária; existe, aliás, o precedente da sociedade cooperativa, que é regulada pelo anteprojeto.

O art. 138 e seu parágrafo sanam uma lacuna da lei atual, estabelecendo regras particulares em relação aos direitos que cabem às ações de fruição, *ad instar* do disposto no art. 2.353 do cód. civil italiano.

Deve ser observado o lapso do art. 144 do anteprojeto, que, reproduzindo o texto do art. 20 do decreto-lei n. 2.627, referente ao conteúdo das ações, não incluiu o preceito constante do parágrafo único, que cogita da responsabilidade civil dos diretores pela eventual omissão das declarações exigidas.

A inovação de maior relevância, porém, diz respeito ao mecanismo de circulação das ações, ao introduzir a possibilidade da transferência das nominativas por endosso em prêto no verso do título ou certificado, mediante a indicação do endossatário, a data e a assinatura do acionista endossante. O título ou certificado endossado deverá ser apresentado à sociedade, onde ficará arquivado, emitindo-se outro título em favor do adquirente que o solicitar (art. 149, §§ 1.º e 3.º). A autenticidade do endosso, atestada por oficial público ou por corretor de fundos, não pode ser posta em dúvida pela sociedade, a qual arquivará o instrumento de procuração, quando fôr o caso (art. 151 e §§). Em caso de perda ou extravio do título, cabe ao acionista, ao endossatário, ou aos seus sucessores, promover o processo de

recuperação regulado na lei processual civil, para obter a expedição de novos títulos em substituição aos reclamados (art. 153).

A criação das ações nominativas à ordem, transferíveis por endosso é uma solução transaccional, já aventada no Congresso Nacional, a propósito da preconizada extinção das ações ao portador, medida que há anos vem sendo suscitada nos debates parlamentares, travados a propósito dos projetos de lei ns. 42/51 (do deputado Lucio Bitencourt), 360/55 (do deputado Carlos Lacerda) e 486/59 (do deputado Armando Rolemberg), que não lograram aprovação.

Os fundamentos invocados para a abolição das ações sob forma ao portador são de vária natureza: moral, política, econômica e fiscal. Além do mais, em países economicamente fortes, como os Estados Unidos da América e a Inglaterra, não existem ações ao portador. Milita, porém, em abono das ações ao portador, o argumento de sua maior circulabilidade, tornando mais atraentes os investimentos mobiliários, ensejando a consequente formação e expansão do mercado de títulos, de que tanto necessita o país.

O anteprojeto, mantendo a ação ao portador, transferível por simples tradição, possibilitou, todavia, a existência das ações nominativas transferíveis por endosso, mecanismo que também atende ao escopo de imprimir maior facilidade à circulação do título.

Ocorre-nos, contudo, que o anteprojeto deveria regular a transferência mediante endosso, em relação às ações não integralizadas, para exigir nesse caso a assinatura do endossatário, que assume solidariamente com o endossante a obrigação de integralizar as ações. Esta é a solução preconizada no substitutivo oferecido ao projeto de lei n. 486/59, pelo deputado San Tiago Dantas.

Mantém o art. 152 a faculdade existente em nosso direito, de imporem os estatutos limitações à liberdade de circulação das ações nominativas, o que possibilita aos empresários a conservação do controle e da unidade de direção nas sociedades anônimas por elles lançadas.

Cogita o art. 153 do anteprojeto, a exemplo da lei alemã de 1937, de regular a substituição dos títulos em caso de perda ou extravio, hipótese em que caberá ao acionista, ao endossatário, ou aos seus sucessores, promover o processo de recuperação previsto na lei processual civil, para obter a expedição de novos títulos em substituição aos reclamados.

Matéria de que poderia ter tratado o anteprojeto, na parte relativa às ações, é o da disciplina da aquisição de ações por parte da sociedade controladora, inclusive para o fim de proibir as subscrições recíprocas de ações, como meio eficaz de reprimir frequentes práticas que se configuram como verdadeiros abusos do poder econômico (cf. arts. 2359 e 2360 do cód. civil italiano).

No tocante ao penhor de ações, o art. 163 assegura o exercício do direito de preferência na subscrição do aumento de capital por parte do acionista, ou, na sua falta, pelo credor pignoratício, que poderá mandar vendê-lo em Bôlsa, por conta do acionista, incorporando-se na garantia o respectivo produto líquido (cf. o art. 2.352 do cód. civil italiano).

Reproduz o art. 164, parágrafo único, o rígido preceito do art. 84 do decreto-lei n. 2.627, segundo o qual “no usufruto de ações, o direito de voto sômente poderá ser exercido mediante prévio acôrdo entre o proprietário e o usufrutuário”. Seria preferível, na hipótese, adotar o critério do art. 2.352 do cód. civil italiano, pelo qual, na ausência de convenção, caberá ao usufrutuário exercer o direito de voto, de vez que o seu interêsse é mais direto e atual na boa administração da companhia.

Os preceitos referentes aos acionistas e às partes beneficiárias são, com melhor redação, os mesmos da lei vigente.

Aumento e redução do capital.

A matéria referente ao aumento e redução do capital social é tratada em seção separada. Há a observar a omis-

são, no art. 177, que corresponde ao art. 108 da lei atual, do parágrafo único, segundo o qual tôda proposta de aumento deve ser acompanhada de exposição justificativa, e sòmente após parecer do conselho fiscal pode ser submetida à apreciação da assembléia geral.

O anteprojeto não cuida de resolver questão que surge comumente na prática, pois nem sempre o rateio no exercício do direito de preferência à subscrição das ações para aumento do capital gera números exatamente inteiros, o que também acontece na distribuição de ações de bonificação. Há os quebrados ou frações que não podem ser subscritos ou distribuídos, de vez que a ação é indivisível em relação à sociedade. Para conciliar a proporção a ser obedecida na distribuição das ações, ou dos direitos à subscrição, com as prescrições legais, costumam as assembléias gerais deliberar que as ações correspondentes à soma das frações sejam vendidas em público pregão na Bôlsa de Valores, creditando-se o produto líquido da venda aos respectivos titulares, na proporção de suas frações. Para dirimir dúvidas surgidas a respeito da legitimidade dessa prática, o deputado Herbert Levy apresentou projeto de lei, que tomou o n. 2.748, de 1 961, que se propõe justamente a corporificar essa praxe no texto legal. A solução preconizada é, técnica e juridicamente, superior à do sorteio entre os acionistas; elimina, por outro lado, as eventuais dificuldades que podem surgir entre os acionistas para a cessão parcial de seus direitos à subscrição, na parte fracionária. Impõe-se, contudo, modificar a redação proposta pelo projeto n. 2.748/61, de modo a permitir os ajustes entre os acionistas para cessão recíproca dessas frações, prática frequente que nenhum inconveniente apresenta para a sociedade ou para terceiros. Com êste objetivo, aproveitando a emenda substitutiva oferecida pelo deputado San Tiago Dantas, sugerimos o acréscimo de um parágrafo ao art. 180 do anteprojeto, com o teor seguinte:

“§ 5.º — Em relação ao direito de preferência que recair sobre fração de ação, proceder-se-á na forma do § 1.º do art. 182”.

O art. 182 reproduz a norma contida no art. 113 do decreto-lei n. 2.627, que trata da distribuição proporcional das ações de bonificação, correspondentes ao aumento de capital pela incorporação de reservas facultativas ou de fundos disponíveis da sociedade, ou pela reavaliação do seu ativo móvel ou imóvel. Ao “caput” do artigo deveriam ser acrescentados dois parágrafos, o primeiro relativo ao problema, atrás ventilado, das frações de ação, com a seguinte redação:

“§ 1.º — Feita a distribuição de ações novas, os titulares de frações de ação poderão ceder e adquirir essas frações de modo a constituir ações inteiras, comunicando à sociedade, no prazo de trinta dias, a transação. Decorrido esse prazo, a sociedade venderá na Bôlsa de Valores do Estado onde tiver sede, ou em falta desta, na mais próxima, pelo melhor preço, as ações resultantes da soma das frações remanescentes, rateando o produto entre os titulares das mesmas frações”.

O segundo parágrafo reproduziria a redação do atual parágrafo único do art. 113 do decreto-lei n. 2.627, que manda estender às novas ações o usufruto, o fideicomisso ou a cláusula de inalienabilidade a que porventura estiverem sujeitas as de que derivarem.

Não quis o anteprojeto valer-se do ensejo para adequar o instituto da sociedade anônima ao mecanismo das sociedades de investimento, mediante a possibilidade de atribuir aos administradores a faculdade de aumentar o capital até um montante determinado, pelo período máximo de um ano, tal como prevê o art. 2.443 do cód. civil italiano.

Desenvolve o anteprojeto a matéria referente à redução do capital, que é versada de modo insatisfatório pela lei vigente. O art. 183 prevê as hipóteses em que se admite a redução do capital social, e os arts. 184 e 185 reformulam o processo da redução, respectivamente nos casos de perdas

ou de excesso, visando a resguardar a igualdade dos acionistas e os interesses dos credores da sociedade (cf. os arts. 2.445 e 2.446 do cód. civil italiano), sendo de notar que é elevado para três meses o prazo dentro do qual os credores sociais podem se manifestar sôbre a pretendida redução.

Assembléia geral.

As seções referentes aos órgãos sociais (assembléia geral, diretoria e conselho fiscal) reproduzem, em suas linhas mestras, a sistemática da lei vigente, com vários acréscimos.

No tocante à assembléia geral, dispõe o art. 186, parágrafo único, que suas deliberações vinculam todos os acionistas, ainda que ausentes ou dissidentes. Este principio deflui da própria natureza da sociedade anônima, na qual prevalece a lei da maioria, mas nada impede que seja expresso no texto da lei, a exemplo do art. 2.377 do cód. civil italiano.

O art. 189, que trata da convocação da assembléia geral, consigna no § 1.º uma regra de grande alcance pratico, ao estatuir que se considera regularmente convocada, independentemente das formalidades de publicação de anúncios, assembléia geral que reuna a unanimidade dos acionistas com direito a voto e para tratar de matéria por todos admitida. Esta solução, inspirada pelo art. 2.366 do cód. civil italiano, é a aconselhada pela prática societária, entre nós.

Afigura-se-nos de todo pertinente a abolição da descabida exigência constante do § 1.º do art. 191 (cuja fonte é o § 1.º do art. 91 do decreto-lei n. 2.627), segundo o qual “o acionista pode ser representado na assembléia geral *por outro acionista*. ” O preceito, cuja razão de ser é a de evitar a devassa dos negócios sociais, através do acesso às assembléias de pessoas estranhas à sociedade, não oferece hoje em dia o menor significado. Facilimo é obter do acionista representado a cessão de algumas ações, para que a

pessoa escolhida para procurador, qualquer que ela seja, obtenha a qualidade de acionista.

Admite o art. 193 que o “quorum” para deliberação possa ser mais elevado do que a maioria absoluta de votos, por determinação dos estatutos. No caso de empate prevalece a decisão que tiver por si maior número de diretores, decidindo o juiz se ainda houver empate. Para a eleição de membros da diretoria, do conselho fiscal, ou de outro órgão criado pelos estatutos, podem êstes estabelecer normas especiais, como eleição separada por grupos minoritários, voto uninominal, ou outras. Estas normas põem côbro a controvérsias doutrinárias, quanto à possibilidade da exigência de maioria qualificada, para as deliberações sôbre certas matérias. Na Itália, onde também havia divergência a respeito, o cód. civil de 1942, no art. 2.368 prevê a possibilidade de o ato constitutivo pedir maioria mais elevada. Em nosso país, o projeto de lei n. 3.182/57, de autoria do deputado França Campos, dispunha no sentido do anteprojeto, sob a justificativa de que, através de maioria qualificada exigida nos estatutos, inúmeros direitos minoritários poderiam ser garantidos contra eventuais abusos da maioria; mas, infelizmente, a propositura não logrou aprovação.

Foi pena que não cogitasse o anteprojeto de marcar prazo para a realização da assembléia geral, em segunda convocação, a fim de impedir abusos no sentido da procrastinação indefinida de sua efetivação.

Esclarece o art. 197 que a assembléia geral é ordinária, se tem por objeto a tomada anual de contas da diretoria e a eleição dos membros do conselho fiscal e da diretoria, ou extraordinária, nos demais casos. O art. 196 prefixa o prazo de *dez dias* subsequentes à reunião, para arquivamento no registro do comércio, exigência que, em virtude da exiguidade do prazo previsto, na prática poderá dar margem a dificuldades.

Versando sôbre a assembléia geral ordinária, o parágrafo único do art. 200 (que corresponde ao do art. 100 do decreto-lei n. 2.627), dispõe que “se, para decidir, tiver a

assembléa geral necessidade de novos esclarecimentos, poderá adiar a deliberação e ordenar as diligências que entender”. Este parágrafo deveria ser incluído entre as disposições gerais atinentes às assembléas gerais; além disso, deveria prever uma maioria fraca (inferior à maioria absoluta), para deliberar sobre o adiamento, bem como limitar o tempo do adiamento, para evitar obstrução. Esta é a doutrina de J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Dir. Com. Bras.*, vol. IV, n. 1.152), e que também foi considerada pelo art. 2.374 do cód. civil italiano.

O art. 202, que regula a realização de assembléa geral extraordinária, insere nos §§ 2.º e 3.º regras de grande oportunidade a propósito da autorização do pedido de concordata da sociedade. Havendo urgência, a diretoria, com assentimento de acionistas titulares de mais de metade das ações com direito de voto, e, por força dêste preceito, órgão delegado da assembléa geral, pode requerer concordata preventiva da sociedade. O pedido será instruído com cópia autêntica da autorização, constante do livro de atas da diretoria e assinada pelos acionistas, cujas ações, se forem ao portador, devem estar sob custódia de terceiro, de modo a poder-se identificar seu proprietário. Evitam-se, desta forma, os percalços decorrentes da divulgação prematura da situação de insolvência da sociedade.

O art. 203 regula o direito de recesso do acionista dissidente, em termos semelhantes aos do art. 107 da lei em vigor; como medida de proteção às minorias, seria o caso de estudar-se a ampliação dêsse direito a outras hipóteses em que se verifique abuso no exercício de seus poderes pelas maiorias.

Diretoria e conselho fiscal.

O anteprojeto norteia-se, no tocante à diretoria, pela fixação da responsabilidade dos administradores, marcando

nítidamente o momento em que se verificam o início e a cessação do exercício do cargo.

O art. 206 reforça a exigência de garantia da responsabilidade da gestão dos diretores, exigindo que estes, ou terceiros, dêem em penhor ações da sociedade ou títulos da dívida pública, correspondentes pelo menos à *quadragésima parte do capital social realizado* e computados pelo valor nominal ou por seu preço médio em Bôlsa, nos últimos seis meses. O montante da garantia de cada diretor deve ser igual para todos e os estatutos podem estabelecer que a soma delas corresponda, no máximo, à décima parte do capital social. Este preceito, inspirado pelo art. 2.387 do cód. civil italiano, tem por fito evidente coibir as cauções simbólicas, prestadas em bases irrisórias, que nada significam em têrmos econômicos. Mas, por outro lado, os níveis propostos pelo anteprojeto poderão criar dificuldades práticas, obstando a eleição para cargo da diretoria de quem não disponha de ponderável soma de recursos, a menos que terceiro se preste a garantir sua gestão.

Determina o art. 207 que a investidura nas funções de diretor decorre da assinatura do têrmo de posse lavrado no livro de atas das reuniões da diretoria, devendo a nomeação ser averbada à margem da inscrição da sociedade no registro do comércio, nos dez dias seguintes ao da investidura. Da mesma forma, o art. 209 determina a averbação da cessação do exercício de cargo de diretor, em idêntico prazo.

O art. 208 disciplina a substituição dos diretores; e o art. 209, § 2.º, dispõe que a renúncia de diretor é eficaz desde o momento em que a sociedade toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante.

Seguindo o modelo do art. 2.392, 3.ª alínea, do cód. civil italiano, no concernente à responsabilidade civil de diretores, dispõe o art. 213 § 2.º que somente se exime da responsabilidade o dissidente que faça consignar a sua divergência na ata correspondente ou, não sendo possível, imediatamente a comunique ao conselho fiscal.

Regulando o exercício da ação social de responsabilidade, inscreve o art. 215, sob modêlo do art. 2.393 do cód. civil italiano, duas preceituações do maior interêsse: a de que a deliberação concernente à responsabilidade dos diretores, para ser tomada na assembléia geral ordinária, independe de estar incluída na ordem do dia, e a de que tal deliberação acarreta a destituição do diretor incriminado, elegendo-se na mesma assembléia geral seu substituto.

Procura o anteprojeto assegurar maior liberdade e autoridade ao conselho fiscal, ampliando, em consequência, suas atribuições e deveres, de modo a retirar-lhe o caráter de órgão simplesmente decorativo ou de fachada, como sucede atualmente na prática societária.

A representação da minoria dissidente no conselho fiscal é assegurada a acionistas titulares de *um décimo* (a lei atual se refere a um quinto) ou mais das ações com direito de voto.

O anteprojeto regula o modo de investidura (art. 220) e de substituição dos fiscais.

Em contraprestação das maiores atribuições e responsabilidades que confere aos fiscais, o art. 222 compensa-os com melhor remuneração, fixada em proporção correspondente a um vigésimo, pelo menos, do total atribuído, no mesmo exercício, à diretoria. Dá fim, dessa forma, à prática habitual de atribuir remuneração meramente simbólica aos fiscais, como sói acontecer.

O art. 223 impõe novos e importantes deveres aos fiscais, tais como o de examinar, na primeira quinzena de cada mês, o balancete referente ao mês anterior, apresentado pela diretoria, apondo-lhe o seu visto, e o de lavrar parecer circunstanciado sôbre os negócios e as operações sociais, para apresentação à assembléia geral ordinária, tomando por base o inventário, o balanço e as contas dos diretores, e procedendo à sua rigorosa verificação.

Dentro dessa ordem de idéias, parece-nos que, para imprimir maior autoridade e eficiência à atuação dos fiscais, deveria a lei exigir, a exemplo do art. 2.397 do cód. civil

italiano, que pelo menos um dêles, e o respectivo suplente, fôsem contadores legalmente habilitados, ou, então, que, nas sociedades de capital acima de certo montante e nas de capital aberto, fôsem as contas revistas por auditores.

Exercício social.

O anteprojeto exclui da seção referente ao *exercício social* as matérias concernentes à organização do balanço, inventário e demonstração da conta de lucros e perdas, que foram incluídas no capítulo do título III, referente à escrituração, por se tratar de assunto de ordem geral, que abrange indiferentemente todos os empresários comerciais, pessoas físicas ou jurídicas.

No mais, vêm insertas, com modificações e algumas inovações, as normas que atualmente constam do capítulo XIII da lei de sociedades por ações (arts. 129 a 136).

Não cogitou o anteprojeto de estabelecer novas normas de proteção às minorias, além das que atualmente existem. O projeto de lei n. 2.338, de 1952, apresentado pelo deputado Herbert Levy, por exemplo, cuidava de defender os acionistas em minoria contra as imposições dos donos da maioria das ações, que comumente lançam mão do recurso de transferir os lucros para os fundos de reserva, ou de aumentar desmedidamente as remunerações dos diretores, com o fito de forçarem aquêles acionistas a dispor de suas ações. Assim, no tocante à ordem de distribuição dos lucros líquidos, logo após a dedução de 5% (cinco por cento) para a constituição do fundo de reserva legal, previa o projeto n. 2.338/52 a destinação de 6% (seis por cento) para o pagamento do dividendo mínimo aos acionistas ordinários, proporcionalmente ao capital que houvessem pago, sem prejuízo do dividendo acaso devido aos acionistas preferenciais. Só então seriam permitidas outras deduções posteriores, destinadas a outros fundos de reserva, a qualquer título criados pelos estatutos ou pela assembléia geral. Merece também

aplauso o dispositivo do projeto *Levy* que limitava as importâncias dos fundos de amortização ou de depreciação ao equivalente no ativo dos valores amortizados ou dos bens depreciados, distribuindo-se o excesso pelos acionistas, para impedir a retenção de lucros pelas maiorias (cf. o art. 228, § 3.º do anteprojeto).

O art. 230 cuida com especial atenção da aplicação dos resultados do balanço anual, esclarecendo que o dividendo a ser distribuído exprimir-se-á por uma percentagem, relativa ao capital social; a cada ação caberá, observadas as preferências da classe a que pertencer, a quantia equivalente a essa percentagem do seu valor realizado, proporcionalmente ao tempo decorrido, durante o exercício, entre o dia do pagamento das respectivas prestações de capital e a data do balanço. Fica, dessa forma, solucionada questão que várias dúvidas tem suscitado na prática societária.

Prevê o parágrafo único do art. 230 a possibilidade de, através de estipulação estatutária, serem levantados balanços semestrais ou trimestrais, para que, com base nêles, depois de aprovados pelo conselho fiscal, a diretoria possa distribuir dividendos parciais, em proporção nunca superior à metade dos lucros líquidos apurados no período. Tal disposição permite imprimir maior flexibilidade à gestão financeira da sociedade.

O art. 231 completa o texto atual do art. 131, § 1.º da lei de sociedades por ações, ao vedar a distribuição de dividendos também na hipótese de o capital social, diminuído por prejuízos, não ter sido reintegrado, lançando-se mão dos recursos do fundo de reserva legal (cuja destinação obrigatoriamente vinculada a êsse fim deveria estar prevista em lei).

O preceito do art. 231, parágrafo único do anteprojeto, corrige o erro do art. 131, § 2.º do decreto-lei n. 2.627, quando estabelece que, ocorrendo a falência da sociedade, o acionista responderá solidariamente, com os diretores e fiscais, pela restituição à massa da soma dos dividendos que assim

tenha recebido (e não “da soma dos dividendos assim distribuídos”, como consta do texto em vigor).

Quanto à limitação dos honorários dos diretores, preconizada pelo projeto n. 2.338/52, é matéria que cabe melhor na legislação do imposto sobre a renda. Mas poderia o anteprojeto prever um valor teto (talvez na base de 15%) para a percentagem sobre os lucros líquidos atribuída como remuneração aos diretores, e de que cogita o art. 233, correspondente ao art. 134 do decreto-lei n. 2.627.

Por último, cuida o anteprojeto das particularidades pertinentes à dissolução da sociedade anônima, ao contrário da lei atual, que não se refere à dissolução, por não vislumbrar nela um momento distinto da liquidação da sociedade.

Após enumerar as causas de dissolução, nos arts. 234-235, declara o anteprojeto que compete à assembléia geral determinar o modo de liquidação e nomear o liquidante e o conselho fiscal, remetendo o procedimento da liquidação para o capítulo a êle especialmente consagrado.

Sociedade em comandita por ações.

A *sociedade em comandita por ações*, que constitui tipo societário de grande raridade entre nós, é estruturada em moldes idênticos aos que lhe imprime o decreto-lei n. 2.627, de 1940, e que o anteprojeto julga satisfatórios para os fins colimados.

De acôrdo com o art. 239, êsse tipo de sociedade será regulado, de modo supletivo, pelas normas relativas à sociedade anônima, não havendo nenhuma outra observação ponderável a fazer quanto à matéria.

Sociedade cooperativa.

A *sociedade cooperativa* distingue-se nitidamente dos demais tipos societários, quer pela sua finalidade mutualista,

quer pela variabilidade do capital social, ou sua dispensa, além de outras características secundárias (enumeradas pelo art 243 do anteprojeto), que lhe infundem um aspecto peculiar. Conforme seu objetivo, é considerada comercial ou civil; o elenco das cooperativas civis consta do art. 263.

Consagra o anteprojeto o sistema legal vigente, consubstanciado no decreto-lei n. 8.401, de 1945, que revigorou o decreto n. 22.239, de 1932, e o decreto-lei n. 581, de 1938, o qual é recomendado pela experiência.

Destoa o capítulo dedicado à sociedade cooperativa do conjunto do anteprojeto, pela excessiva minúcia com que trata da matéria, incluindo disposições de caráter tributário (arts. 245 e 246) e descendo outras vêzes a disposições de natureza regulamentar. A exposição de motivos justifica a orientação adotada ante a consideração de que as sociedades do tipo cooperativo exercem uma função educativa, que o legislador não pode desconhecer.

Cremos, no entanto, que seria preferível o critério de inscrever no Código de Obrigações apenas as normas fundamentais que comandam o instituto, deixando a cargo de lei especial sua regulamentação, tal como fêz, por exemplo, no tocante ao registro do comércio.

Trata o anteprojeto, em sequência, das várias categorias de cooperativas; da constituição e suas formalidades complementares; do capital e dos sócios; da assembléia geral; da administração e da fiscalização; das cooperativas de crédito (matéria evidentemente deslocada num Código geral, e que seria melhor ubicada na lei bancária); das cooperativas centrais e das federações.

O anteprojeto edita normas especiais no tocante à dissolução da sociedade cooperativa. Estabelece, outrossim, que a cooperativa não pode transformar-se em outro tipo de sociedade; a deliberação, visando à mudança de forma jurídica da cooperativa, acarreta a sua dissolução e liquidação (art. 319). Determina, no art. 320, que a sociedade cooperativa não pode ser incorporada, a não ser por outra coope-

rativa; nem fundir-se com outra sociedade, salvo se da fusão resultar nova sociedade cooperativa.

De caso pensado, o anteprojeto deixa de parte as disposições concernentes ao contrôlo governamental das cooperativas, por considerá-la matéria administrativa, que poderá ser regulada por lei especial (aliás, juntamente com muitas outras disposições sôbre cooperativas, a nosso ver mal colocadas no texto).

Liquidação das sociedades.

Cuida o anteprojeto, em capítulo apartado, das normas relativas à *liquidação* das sociedades dissolvidas, e que são aplicáveis a todos os tipos societários.

As disposições são análogas às constantes do código comercial e da lei de sociedades por ações em vigor, com as adaptações necessárias.

São regulamentadas, sucessivamente, a investidura do liquidante (art. 321), os seus deveres (art. 322), o modo de exercê-los e a respectiva responsabilidade (art. 323), os poderes conferidos para a liquidação (art. 324).

Trata, em sequência, dos atos do processo de liquidação, até o encerramento e prestação final de contas. Ademais, esclarece os direitos que assistem aos credores não satisfeitos (art. 329) e estabelece normas referentes ao procedimento judicial, que obedecerá à lei processual civil.

Transformação, incorporação e fusão.

No capítulo atinente à *transformação, incorporação e fusão*, o anteprojeto estende aos demais tipos societários o regramento constante dos arts. 149 a 154 da lei de sociedades por ações (decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940). Procura imprimir ordem mais lógica aos preceitos relativos a cada uma dessas operações, adaptando-os à gene-

ralidade das sociedades. Não aborda, todavia, o anteprojeto, de modo expresso, a debatida questão da conservação da personalidade jurídica da sociedade que se transforma, naturalmente por julgar que o assunto não mais comporta discussão em face da lei vigente.

No entanto, não seria mal que o anteprojeto, seguindo a sugestão contida no projeto n. 1.131, de 1963, do deputado Walter Passos, declarasse expressamente que a transformação das sociedades ou sua mudança de denominação não implicam solução de continuidade de qualquer relação da pessoa jurídica, nem podem acarretar-lhe ônus fiscais de qualquer natureza. Esse acréscimo seria de grande interêsse, porquanto, categorizado o ato de transformação pela lei federal substantiva, esta prevalecerá sôbre as leis tributárias estaduais ou municipais, referentes aos impostos de vendas e consignações ou de transmissão de propriedade “*inter vivos*”.

Prescrição.

O capítulo referente à *prescrição* delimita os prazos prescricionais das ações que podem nascer por motivo de fatos ligados ao exercício da atividade social. Também aqui são adaptados os preceitos insertos nos arts. 155 a 161 da vigente lei de sociedades por ações, com as possíveis generalizações.

Parece-nos, todavia, que o anteprojeto não contempla o caso regulado pelo art. 444 do cód. comercial vigente, relativo às ações de terceiro contra sócios não liquidantes, suas viúvas, herdeiros ou sucessores, que prescrevem no prazo de cinco anos.

Há um reparo a fazer, neste ponto, à sistemática do anteprojeto, que cuida no livro I do Código de Obrigações da matéria de extinção de obrigações, incluindo prescrição e decadência. Mas, no livro III (como também ocorre no

livro II, dedicado aos títulos de crédito), volta a tratar dos casos de prescrição referentes à matéria nêle versada.

Parece-nos que tôda a matéria referente à prescrição deveria ser englobada no livro I, ou, então, deveria ser cogitado o acréscimo de novo livro ao Código de Obrigações, dedicado à *tutela dos direitos*, a exemplo do código civil italiano.

O que não se coaduna com o espírito de logicidade que presidiu à elaboração do Código de Obrigações é repartir pelos vários livros os casos de prescrição, retirando ao instituto a organicidade de que se deve revestir.

Sociedades dependentes de autorização.

As *sociedades dependentes de autorização* do Governo para funcionar, que podem ser sociedades anônimas ou revestir outras formas societárias, são reguladas pelo anteprojeto em capítulo especial, que abrange os arts. 349 a 366, sem prejuízo do que dispuserem as leis especiais.

Mantém o anteprojeto o sistema do decreto-lei n. 2.627, distribuindo a matéria por duas seções, dedicadas, respectivamente, às sociedades nacionais e às sociedades estrangeiras, cujas disposições se aplicam a tôdas as espécies de sociedades, e não sòmente às anônimas, como estabelece a lei vigente.

Não se deteve o anteprojeto ante as várias doutrinas existentes a respeito do critério para caracterização da nacionalidade das pessoas jurídicas, matéria que tem dado ensejo a grandes controvérsias em doutrina e suscitado, entre nós, porfiados debates no Congresso Nacional. Reproduzindo o preceito constante do art. 60 do decreto-lei n. 2.627, o art. 351 do anteprojeto considera nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a séde de sua administração.

O assunto foi objeto do projeto de lei n. 530, de 1955, do deputado Gabriel Passos, além de outras proposições, que

aventaram como critérios para a definição da nacionalidade das pessoas jurídicas a composição do seu capital e a nacionalidade dos seus diretores. Esta, porém, é discussão que se deve travar previamente no plano da política econômica, para depois repercutir no campo jurídico.

Mas, segundo o disposto no art. 361, a sociedade estrangeira autorizada a funcionar no país não pode iniciar o exercício de sua atividade, antes de fazer-se inscrever, no registro próprio, do lugar em que se deva estabelecer, aí satisfazendo a tôdas formalidades complementares.

Sociedades de economia mista.

Foi pena que o anteprojeto não houvesse dedicado algumas disposições, a exemplo do código civil italiano (arts. 2.458-2.460), às sociedades de economia mista, nas quais têm participação o Estado ou entidades públicas.

A falta de texto legal fixando o critério para definição dessa categoria social tem dado margem a numerosas dúvidas, às quais a doutrina não forneceu solução. A principal questão diz respeito à necessidade de criação por lei para qualificação dessas sociedades, ou se, ao contrário, basta o simples fato da participação do Estado, mesmo que incidental, no capital ou na gestão da sociedade, para caracterizá-la como de economia mista.

A possibilidade de o Estado nomear ou demitir diretores ou fiscais, e outras derrogações do regime legal comum às sociedades deveriam, a nosso vêr, ser objeto de consideração no texto de lei em exame.

Varias proposições oferecidas ao Congresso Nacional tentaram situar diversos aspectos parciais da matéria (v. g., os projetos n. 4.444/54, do deputado Amaral Peixoto, estabelecendo normas programáticas sôbre a participação da União na subscrição de capital das sociedades anônimas; n. 2.454/57, do deputado Odilon Braga, que regula a aliena-

ção de ações de sociedades anônimas pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, para sujeitá-la à prévia autorização dos órgãos legislativos).

Competiria ao Cód. de Obrigações dar as linhas principais da estrutura jurídica das sociedades com participação estatal, assunto que depois seria objeto de lei especial.

V

TÍTULO III — DOS INSTITUTOS COMPLEMENTARES.

Registro.

No título III, o anteprojeto regula os institutos complementares ligados ao exercício da atividade negocial, reunindo os preceitos a que estão submetidos especialmente os empresários e as sociedades comerciais, dentre os quais o primeiro é o *registro*.

O art. 367 considera duas espécies de registro: o registro do comércio, peculiar aos empresários e sociedades comerciais; e o registro civil das pessoas jurídicas, peculiar às sociedades civis, remetendo às leis especiais sua regulamentação.

Em tema de registro do comércio, não pode deixar de ser feita menção ao projeto de lei n. 2.333, de 1957, oferecido pelo deputado Queiroz Filho, que dispõe sobre a organização e competência das Juntas Comerciais. A referida proposição cuida, de maneira exaustiva, das atribuições e composição das Juntas Comerciais, do registro do comércio, do assentamento dos usos comerciais, regula o processo de dúvida e outros assuntos de caráter administrativo.

Foi o projeto n. 2.333/57 elaborado para complementar o preceito do art. 5.º, inciso XV, letra e da Constituição Federal, obtendo em sua tramitação na Câmara dos Deputados pareceres favoráveis das comissões técnicas, que aprovaram a emenda substitutiva redigida pelo deputado

Armando Rolemberg, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça ¹.

Deixando de lado as disposições que dizem respeito à organização e ordem de serviço das Juntas Comerciais, devem ser consideradas as normas gerais de direito substantivo, concernentes ao registro do comércio, e que foram calçadas no decreto n. 93, de 20 de março de 1935.

Assim, entendemos oportuno oferecer algumas sugestões para o aprimoramento do anteprojeto, sem olvidar a necessidade de adaptá-las à sua sistemática.

Trata o anteprojeto da competência específica do registro do comércio no art. 369, enumerando os atos e documentos sujeitos a arquivamento, inscrição, averbação, publicação, matrícula e autenticação de livros. Temos a observar que dificilmente poderão os órgãos do registro do comércio que se acham assoberbados de serviços nas praças mais importantes, cumprir a contento a nova atribuição que lhes confere a lei, de tomar a seu cargo a publicação dos atos e documentos levados a registro.

O anteprojeto aboliu o obsoleto instituto da matrícula do empresário comercial, mantendo-o, contudo, em relação aos agentes auxiliares do comércio (art. 369, n. V). Mas sucede que a forma de investidura dêesses agentes, pela qual obtêm condições legais para o exercício das funções respectivas, é a nomeação. Bastará a inscrição dos respectivos títulos de nomeação, para a necessária publicidade, sendo, portanto, inteiramente dispensável a matrícula.

Além da inscrição dos leiloeiros e corretores, deveria o anteprojeto mencionar ainda a inscrição dos tradutores e intérpretes comerciais.

Esclarece o art. 370 quais os casos de proibição de arquivamento e de inscrição; o inciso III, contudo, deveria ressaltar os casos em que é admitida deliberação majoritária.

1. A matéria de registro do comércio foi posteriormente à redação dêste trabalho, regulada pela Lei n.º 4.726, de 13 de julho de 1965, regulamentada pelo Decreto n.º 57.651, de 19 de janeiro de 1966.

Omite o anteprojeto qualquer referência à questão do arquivamento ou inscrição fora do prazo. Deveria, neste ponto, perfilhar o ponto de vista geralmente adotado pela doutrina, dispondo expressamente que o arquivamento ou inscrição não poderá ser recusado mesmo quando requerido fora do prazo estabelecido em lei, mas somente produzirá efeitos a partir do dia em que fôr efetuado.

Declara o art. 372 quais as pessoas que têm qualidade para requerer as providências do registro, dispondo, no art. 373, sobre a prova de identidade dos signatários (devem aí ser mudadas as referências a caderneta de identidade e a caderneta de reservista, expressões em desuso, por cédula de identidade, civil ou militar).

Estabelece o art. 374 regras sobre as publicações ordenadas pela lei, reproduzindo normas dos arts. 173 e 88 do decreto-lei n. 2.627, de 1940.

O art. 375 outorga ao registro competência para fiscalizar a observância das prescrições legais, a exemplo do art. 53 do citado decreto-lei n. 2.627, possibilitando ao interessado sanar eventuais irregularidades. Inscreve preceito de grande alcance, ao dispor que do despacho do registro, que indeferir o requerimento, cabe recurso para o juiz corregedor dos registros públicos, na forma da lei processual civil. A êsse propósito, são muito interessantes os subsídios fornecidos pelo projeto de lei n. 2.233/57, no capítulo referente aos processos de dúvida.

Prescreve o anteprojeto os efeitos do registro, em relação a terceiros (art. 376), bem como estatui que o mesmo comprovante de pagamento de impôsto servirá para todos os requerimentos apresentados dentro do mesmo exercício fiscal (art. 377).

Cogita o art. 378 da obrigatoriedade de remessa de documentos para fins estatísticos, já prevista pelo art. 176 do decreto-lei n. 2.627, de 1940, sendo apenas de notar que a repartição competente, na atual estrutura administrativa, é a Divisão de Estatística Comercial e Industrial do Ministério da Indústria e do Comércio, que funciona em regime de

coordenação com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (cf. o Decreto n. 531, de 23-1-1962, arts. 37 e 39).

Para assegurar o cumprimento das normas legais, determina a lei francesa de 1.º de junho de 1923 que seja o comerciante obrigado a mencionar o número da inscrição em múltiplas atividades de sua vida mercantil, inclusive em cartas e documentos. Nesse sentido poderia dispor o anteprojeto, com real vantagem para o sistema adotado.

Por último (*the last but not the least*), o art. 739 cuida dos órgãos competentes para o assentamento dos usos comerciais vigentes nas praças, ou seja, as Juntas Comerciais, deixando, contudo, a matéria do procedimento para ser regulamentada por lei especial (na qual, por certo, converter-se-á o projeto n. 2.333/57).

Na disposição do art. 369, o anteprojeto faz referências a várias entidades mercantis, tais como os armazens gerais, bôlsas, bancos, armazens de depósito, o que evidencia a conveniência de, entre os institutos complementares tratados no título III, serem contemplados êsses institutos, pelo menos de modo sumário, afim de entrosá-los na sistemática do Código de Obrigações.

Nome comercial.

O anteprojeto trata do *nome* comercial, conceituando-o como a firma ou denominação adotada, pela pessoa física ou jurídica, para o exercício de atividade mercantil. Equipara ao nome comercial, para efeito de proteção legal, a denominação das sociedades civis, associações e fundações. Correspondem êstes conceitos aos insertos no art. 104 e parágrafo único, do vigente Código de Propriedade Industrial (decreto-lei n. 7.903, de 27 de agosto de 1945).

As regras de composição da firma do empresário e dos vários tipos societários regulados pelo código de 1850 seguem a preceituação do decreto n. 916, de 24 de outubro de

1 890. O art. 383, que trata do nome da sociedade limitada, inspira-se na norma constante do art. 3.º do decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

A denominação da sociedade anônima, de que cuida o art. 384, obedece à norma inserta no art. 3.º do decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940.

O art. 385, que trata do nome da sociedade em comandita por ações, deve ter sua redação modificada, pois as palavras “comandita por ações” devem ser postostas tanto à denominação como à firma, o que o texto atual não dá a entender (cf. o art. 164, parágrafo único do decreto-lei n. 2.627 de 1940).

Exige o anteprojeto a novidade do nome; assim, dispõe o art. 388 que o nome comercial deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro. O direito ao nome civil não importa na faculdade de adotá-lo para firma igual à de homônimo, já inscrita.

Consagra o art. 389 o principio de que o nome comercial não pode ser objeto de alienação, separadamente (cf. o art. 2.565 do cód. civil italiano). Mas o parágrafo único desse artigo prevê a possibilidade de o adquirente de empresa ou de estabelecimento, (por herança ou legado, ou por ato entre vivos) se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, procedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor (cf. o art. 2.292, 2.^a alinea e o art. 2.565 do cód. civil italiano). O art. 390, contudo, em contraste com a disposição da lei italiana, estabelece que, nos casos em que a sociedade se rescinde em relação a um sócio, o nome deste não pode ser conservado na firma social; afigura-se-nos acertada esta disposição, que atende ao princípio da veracidade da firma.

Garante o art. 391 a exclusividade do uso do nome comercial nos limites da jurisdição do órgão do registro, podendo tal exclusividade ser estendida a todo o território nacional, se registrado na forma da lei especial (cf. os arts. 105 e 106 do atual Código de Propriedade Industrial). O art. 392

confere aos prejudicados ação para anular a inscrição do nome comercial feita com violação da lei ou do contrato. Não prevê, contudo, o anteprojeto a possibilidade de, no caso de homonímia, o prejudicado requerer, por via administrativa, a modificação (cf. o art. 3.º, § 2.º do decreto-lei n. 2.627, de 1 940), providência que ensejaria a melhor atuação da lei, tendo em vista os percalços inerentes a uma ação judicial.

A inscrição do nome comercial será cancelada, nos termos do art. 393, quando cessar o exercício da atividade para que foi adotado, ou ultimar-se a liquidação da sociedade que o inscrever.

Por último, dispõe o art. 394 que as formalidades de autenticação dos livros comerciais não serão preenchidas, sem que esteja inscrito o empresário, ou a sociedade, a que pertencerem os livros.

Preposição mercantil.

O anteprojeto cuida, entre os institutos complementares, do contrato de *preposição mercantil*, que, em última análise, é o mesmo contrato individual de trabalho qualificado pelo elemento mandato.

Já que versou sobre matéria do exercício mercantil, deveria o anteprojeto, por uma questão de sistema, ter tratado também dos agentes autônomos do comércio, quando mais não fôsse para relacioná-los, tal como fez o art. 35 do Código Comercial de 1850, reenviando sua disciplina aos respectivos regulamentos profissionais; tal é o caso dos corretores, leiloeiros, representantes comerciais, despachantes aduaneiros, tradutores e intérpretes comerciais.

Cuida o anteprojeto, em três seções, dos gerentes, dos contabilistas e outros auxiliares e das disposições comuns.

O art. 395 considera gerente comercial o mandatário proposto permanente ao exercício de empresa mercantil alheia, na sede desta, ou em sua sucursal, filial ou agência.

Os poderes, obrigações e responsabilidade pessoal do gerente são regulados pelos arts. 396 a 399, em consonância com disposições análogas constantes dos arts. 2.204 a 2.208 do cód. civil italiano.

Os deveres e obrigações dos contabilistas e demais prepostos vêm previstos nos arts. 400 a 405 do anteprojeto, de acôrdo com os princípios hauridos nos arts. 75 a 86 do código comercial, na parte aplicável. O art. 404 prescreve ao preposto a obrigação de fidelidade, vedando-lhe, salvo autorização expressa do preponente, negociar por conta própria ou de terceiro, ou participar, direta ou indiretamente, de operação do mesmo gênero da que se acha incumbido, sob pena de responder pelas perdas e danos que causar ao preponente e de êste reter, para si, os lucros da operação.

Escrituração.

O derradeiro capítulo do livro III do Código de Obrigações, dedicado à *escrituração*, reúne os preceitos dispersos do código comercial e da lei de sociedades por ações, referentes à contabilidade e ao levantamento de inventário e balanço dos empresários e sociedades comerciais.

O anteprojeto mantém o sistema do velho código de 1850, introduzindo algumas inovações preconizadas pelas técnicas modernas.

Além dos livros exigidos em lei, o anteprojeto torna obrigatórios o diário, o copiador e o inventário (êste último a exemplo do art. 2.214 do cód. civil italiano).

Os livros obrigatórios, antes de postos em uso, devem ser autenticados no registro do comércio, que poderá adotar, para êsse fim, qualquer modo apto a assegurar a autenticidade dos livros (art. 408, § 2.º). A existência dos livros será averbada à margem da inscrição do seu dono (art. 408, § 3.º). O empresário comercial poderá fazer autenticar outros livros que possuir (art. 409, *ad instar* do art. 2.218 do cód. civil italiano).

O anteprojeto procura facilitar a utilização dos livros comerciais, permitindo que operações parcelares sejam englobadas em lançamentos semanais, quinzenais ou mensais efetuados no livro diário (art. 411, § 1.º); êste preceito inspira-se no art. 34, § 1.º do cód. comercial português.

Não obstante, não consigna o anteprojeto regras a respeito dos processos modernos de escrituração, correntemente utilizados, mediante datilografia do livro diário em fôlhas avulsas, que depois são transladadas por meio de tinta copiativa, ou através de mecanografia direta no próprio livro.

Elucida o art. 413 que no livro de inventário serão lançados, no início da atividade e no fim de cada exercício, com a respectiva avaliação, o ativo e o passivo relativos à empresa, bem como o balanço e a conta de lucros e perdas.

Traduzindo a tendência para a padronização da escrita contábil (expressa em vários projetos de lei, como o n. 3.402/57, do deputado Braga Mury, e o n. 2.074/64, do deputado Expedito Rodrigues), determina o anteprojeto que, na compilação dos elementos para o inventário, deverão ser obedecidos os critérios de avaliação indicados pelo art. 414, que foi calcado no parágrafo único do art. 129 da atual lei de sociedades por ações, suplementado pelas disposições dos arts. 2.425 e 2.426 do cód. civil italiano. De acôrdo com o modelo do art. 2.427 do mesmo código, permite o anteprojeto que entre os valores do ativo figure, desde que se proceda, anualmente, à sua amortização, a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.

A formação do balanço é disciplinada pelo art. 415, o qual acrescenta às normas do art. 135 do decreto-lei n. 2.627 (tornadas extensivas a tôdas as formas de sociedade), as disposições do art. 2.424 do cód. civil italiano. O art. 416, que corresponde ao art. 136 do decreto-lei n. 2.627, regula a organização da conta de lucros e perdas.

Com tal padronização, será bem mais fácil analisar a real situação das empresas, inclusive para o efeito de armar os poderes públicos de meios mais eficientes para exercer a fiscalização de preços e da cobrança de tributos.

O princípio da inviolabilidade do sigilo da escrita mercantil vem consagrado no art. 417, com as ressalvas estabelecidas no art. 420 em favor das autoridades fazendárias, no exercício da fiscalização do pagamento de impostos.

A exibição integral ou parcial dos livros mercantis é admitida nos mesmos casos atualmente previstos pelo código comercial (arts. 18 e 19). Com essa matéria se entrosam as disposições dos arts. 133, parágrafo único, e 134 do anteprojeto, pertinentes ao exame e exibição dos livros de escrituração da sociedade anônima.

O anteprojeto não cuida das disposições referentes à eficácia probatória dos livros de escrituração mercantil, de que tratam os arts. 15, 23, 24 e 25 do código de 1850, e isto porque o assunto já foi objeto de cogitação do capítulo inicial do livro I do anteprojeto de Código de Obrigações (arts. 17 e 18).

O art. 421, finalmente, dispõe sobre a conservação da escrita contábil, determinando que os empresários e sociedades comerciais são obrigados a conservar em boa guarda tôda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não prescreverem as ações que lhes possam ser relativas (cf. o art. 10, n. III do cód. comercial de 1850). O texto, no entanto, nada dispõe sobre a guarda dos livros e documentos das sociedades liquidadas, que o art. 352 do cód. comercial determina sejam depositados em casa de um dos sócios, que à pluralidade de votos se escolher. Seria aconselhável a adoção do critério da lei italiana, segundo a qual, realizada a liquidação e partilha, devem os livros da sociedade ser depositados e conservados por dez anos no órgão de registro, admitindo-se seu exame

por qualquer interessado, mediante prévio pagamento das despesas (cf. o art. 2.457 do cód. civil italiano).

Conclusão

Como se verifica da análise procedida, o anteprojeto seguiu critério orgânico e sistemático no ordenamento das matérias de que cogita, entrosando-as no plano do código de obrigações, à luz do conceito fundamental da empresa, encarada sob o perfil subjetivo, em relação ao agente da atividade econômica organizada, que é o empresário.

Não perfilha o anteprojeto soluções avançadas ou revolucionárias, em relação ao sistema vigente, mas procura adaptar os textos às novas necessidades da vida mercantil, na sua ininterrupta mudança.

Cabe-lhe, sem dúvida, o mérito de firmar em bases sólidas e seguras o funcionamento das sociedades, mórmente das sociedades anônimas, imprimindo maior certeza à realização dos direitos dos sócios entre si, em relação à sociedade e em relação a terceiros.

É um trabalho de valor, elaborado sob critérios científicos, que evidenciam o esforço e o descortino de seu ilustre autor.

O anteprojeto representa contribuição substancial para a renovação de que tanto necessita o nosso direito positivo, no setor da vida econômica mercantil.

P. S. O presente trabalho foi redigido em janeiro de 1965. É interessante notar que várias sugestões nele contidas foram acolhidas na redação do Projeto de Código de Obrigações encaminhado ao Congresso Nacional; por outro lado, algumas medidas aventadas foram incorporadas ao texto da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais.

350.78

Pluralidade e Singularidade na Teoria dos Atos Administrativos.

Fernando Henrique Mendes de Almeida

(Docente Livre de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

I. Considerações gerais.

1. Dentre as classificações que encontramos nos compêndios e tratados de Direito Administrativo, estão: a) aquela que, quanto aos órgãos, os considera *singulares*, se constituídos de um só indivíduo, e *coletivos*, se de dois ou mais indivíduos; b) aquela que, quanto aos atos administrativos, os considera *simples*, se emanados da manifestação de vontade de um só órgão, seja êste singular, seja coletivo, e *complexos*, se emanados de manifestações de vontade de dois ou mais órgãos, quer singulares, quer coletivos¹.

2. A unilateralidade do ato administrativo pressupõe, *sempre*, a vontade da Ad. Pública, quer no sentido de Executivo, quer no de atividade não contenciosa de qualquer dos três Poderes. A bilateralidade pressupõe a fusão de

1. A classificação atinente ao critério de constituição dos órgãos, encontra-se em todos os escritores. Uns pelos outros, vejam-se: VISCONDE DO URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo Brasileiro*, I, p. 177 a 180; RIBAS, *Dir. Ad. Brasileiro*, p. 106 a 111, PEREIRA DO RÊGO, *Elementos do Dir. Ad. Brasileiro*, p. 3 e 4; MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, I, n.º 123, p. 65.

vontades, em número de duas, como a pluralidade, em número de várias. É obediência à regra presidente da idéia originária do *pacto: in idem duorum plurimumve placitum consensus*².

3. O que acima dissemos é fãcilmente compreensível. Infelizmente, porém, não passa de prenúncio de classificações mais pejadas de exageros, como se verá dentro em pouco. Assim, o que se sabe da leitura dos autores é que a simplicidade no ato administrativo induz para êste feitura por um só *órgão* e a complexidade, de-revés, feitura por *vários órgãos*. Mas, a classificação de órgãos, quanto ao critério quantitativo de os constituir, influíu na teoria do ato complexo e lhe alargou a esfera de compreensão, sem necessidade alguma³. De onde o aparecimento de desencontradas noções de ato complexo, como: 1.º a que o considera emanação de um agrupamento necessário de indivíduos participantes de um órgão coletivo⁴; 2.º a que o considera emanação de vários órgãos⁵; 3.º a que o considera emanação de várias entidades de Direito Público Interno⁶; 4.º a que o põe ao lado do monobloco impôsto

2. Veja-se: ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, p. 236. No contrato de Direito Público, pode um dos contratantes ser pessoa natural, ou física, bem como jurídica de Direito Privado; no *Acôrdo* (que, na essência, não deixa de ser figura contratual) as partes acordantes devem ser pessoas jurídicas de Direito Público Interno.

3. A êste propósito, leia-se: PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, II: Parte Generale, (1904) p. 201 e segs. e n.º 114 e segs.).

4. VITTA, *Gli atti collegiali* (1920) passim, e *Diritto Amministrativo* 4.ª ed. (1956), I, p. 394, n.º 84 letra "c"); BRACCI, *Dell'atto complesso nel Diritto Amministrativo*", passim).

5. BIONDI, *L'atto complesso nel Diritto Pubblico*, nos *Scritti Minori*, 1934); BORSI, *L'atto Amministrativo complesso*, nos *Studi Senesi*, de 1903, XX; DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione* no *Archivio Giuridico* LXXX. Entre nós, expressamente: PRATES DA FONSECA, *Dir. Administrativo*, (1939) n.º 120, p. 370 a 373.

6. BORSI, *La giustizia Amministrativa*, p. 28.

legalmente, sob a designação de “procedimento administrativo em sentido restrito”.

4. Das considerações até aqui feitas resulta que, atualmente, a idéia de complexidade, estancada, na origem, à de *pluralidade de órgãos*, se dilatou muito. Ela consiste, mal ou bem (e isto já não mais importa!) em:

- I. pluralidade de indivíduos num só órgão coletivo (ato coletivo);
- II. pluralidade de órgãos (ato complexo propriamente dito);
- III. pluralidade de entidades de Direito Público Interno (acordos);
- IV. pluralidade de atos conexos a formar um monobloco, segundo imposição da lei (procedimento administrativo em sentido restrito).

II. Nossa posição crítica.

5. A capacidade do agente ou dos agentes (capacidade de Direito Público) e a forma, no ato administrativo fator de efeitos jurídicos, são de grande importância. É pelo exato cumprimento legal desses requisitos que o ato (quer seja simples, quer complexo) atinge a sua *perfeição* (acabamento na ordem jurídica), pressuposto lógico de que,

7. SANDULLI, *Procedimento Amministrativo*, p. 186 e 187 e ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 273 e 274 — A influência de idéias antigas não foi pequena também aí. Já PRESUTTI (*ob. e lug. cit.*) admitia pessoas físicas e jurídicas como órgãos, e ROMANO, em magistral estudo sobre o ato coletivo, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa*, no *Archivio di Diritto Pubblico* (1902) procurou reconduzir a teoria do ato complexo ao seu ponto de partida, ao mesmo passo que BORSI, *La giustizia amministrativa*, n.º 112, concedia guarida a três pluralidades: a) a orgânica; b) a de agentes; c) a de entidades, ou seja: complexo — coletivo — acôrdo.

tendo idoneidade para produzir efeitos jurídicos insuprimíveis (validade) irá produzi-los, se tiver eficácia originária, ou, quando, preenchida alguma condição, vier a ter eficácia no futuro. Portanto, a complexidade, considerada como revestimento da pluralidade de órgãos na realização do ato complexo, flui da observância de dois requisitos comuns a todos os atos administrativos de fatoração de efeitos jurídicos;

- 1.º) que os órgãos referidos pela lei participem da estruturação do ato, pois, são os competentes para plasmá-lo;
- 2.º) que, na plasmação do ato, todos os órgãos indicados na lei participem.

O 1.º item refere-se: à capacidade de Direito Público;

O 2.º à forma perfeita.

Assim, ter-se-ão: *forma prescrita* em lei, ao lado de *agente capaz*. Tudo isto estaria bem, como raciocínio, se a teoria do ato complexo, como já se fêz sentir acima, não tivesse recebido, como própria, vegetação estranha a ela. Então, poderíamos estancar nossas considerações à verificação de ter fluído de diversas manifestações de vontade de vários *órgãos* (pluralidade orgânica) para diagnosticar-lhe a presença, sem exageros, nem desconsertos. Porquanto, contudo, estes e aquêles já fizeram praça de que são acêrto, referi-los-emos neste artigo^{7-A}.

6. Pelas razões de ordem sugeridas pelo até aqui exposto, temos, pois, que estudar o assunto que o título dêste artigo desempenha em 4 partes, a saber:

7A. Algumas orientações sôbre o tema e, como sempre, desencontradas, pôsto que respeitáveis como opiniões, podem ser lidas nos segs. escritores: LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, I, p. 186 e 187; LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 178 a 180; FORTI, *Atto e procedimento amministrativi*, nos *Studi in onore di Ranalletti*, (1931), I, p. 434 a 440; GARCIA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, 7.ª edição atualizada por Martinez Useros, I, p. 286); CRETELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo Brasileiro*, III, cap. II, n.º 32, p. 76 a 88 e notas 17 a 45, faz um verdadeiro levantamento dos desencontros que há, a propósito do ato complexo, na doutrina.

- 1.^a) Função da pluralidade subjetivo-individual;
- 2.^a) Função da pluralidade subjetivo-orgânica;
- 3.^a) Função da pluralidade subjetiva no *acôrdo*;
- 4.^a) Função da pluralidade objetiva no *composto*, conhecido por uns como procedimento administrativo⁸ e por outros como ato — procedimento⁹.

III. Função da pluralidade subjetivo-individual.

7. Designamos *pluralidade subjetivo-individual* à nota do ato administrativo originado em um colégio, que é, como se sabe, constituído de vários individuos e não assim “pessoas”, como entendem alguns escritores¹⁰.

8. Daqui por diante, nossa pesquisa consistirá em indagar da função da pluralidade no ato coletivo. Tal estudo exigirá ponderações especialíssimas em virtude das várias modalidades de atos coletivos ou colegiais.

9. Partindo da verdade conhecida de que *coletivo* é o ato administrativo emanado de um *colégio*, logo ocorre notar que êste pode: 1.^o) ter sòmente função consultiva; ou, 2.^o) ter função ativa apenas; ou, 3.^o) ter funções ativa e consultiva. Por outro lado, sabemos, também, que um órgão coletivo ou *colégio* pode ter: I) existência igual à duração da vigência e aplicação da lei que o criou (órgão coletivo permanente); ou, II) existência limitada ao período de realização de tarefas para que é *criado* (colégio temporário), podendo manifestar-se, na prática, de uma destas

8. Veja-se a nota 6.

9. Vejam-se: FORTI, *ob. e lug. cits.* e OVIEDO, *ob. e lug. cits.*

10. A designação “órgão unipessoal” em vez de “órgão singular”, adotada por OVIEDO, *ob. e lug. cits.* e LOPES MEIRELLES, *ob. e lug. cits.* trai a tendência de supor que a substância sensível de um órgão possa ser “*pessoa*” sem ter em conta que esta palavra tem latitude proibitiva da opção em foco.

maneiras: a) como colégio de atuação *episódica*, ainda que com sistema; ou, b) como colégio que se extingue definitivamente ao encerrar as tarefas que lhe foram cometidas.

Urge ver tôdas as meunças apontadas, pois, delas pode resultar aquilo que temos em mira. Ora, bem.

10. Se o colégio fôr única e exclusivamente órgão consultivo e os pareceres que der não tiverem integração direta qualquer na fase ativa da Ad. Pública (isto é: se não forem “pareceres vinculantes”), os atos que realizar não terão efeitos jurídicos. A pluralidade, na hipótese, apresentar-se-á, pois, como decorrência da adoção de um critério clàssicamente defendido nos escritores antigos: o de que a função consultiva deve tocar, de preferência, a *órgão coletivo*. Contudo, se seus pareceres forem “vinculantes”, visto como integrantes da fase ativa, a pluralidade prender-se-á, a par com a responsabilidade do órgão consulente: às considerações referentes:

1.º) ao requisito da *capacidade do agente* (órgão coletivo) bem como de todos os individuos participantes dêle;

2.º) à forma (perfeição) do ato coletivo.

Da reunião dêsses dois requisitos (capacidade de Direito Público e forma prescrita ou não defesa em lei) resultará para o *ato* coletivo:

a) validade (idoneidade para a produção de efeitos jurídicos insuprimíveis) contemporânea de sua eficácia (produção de efeitos); ou,

b) validade sob condição, até que satisfeita esta, sobrevenha a eficácia.

Pela mesma razão, a raciocínio idêntico somos levados, se se tratar de colégio exclusivamente empenhável na fase ativa da Ad. Pública. Então, a pluralidade terá a função já apontada para a hipótese de “pareceres vinculantes”, embora, aqui, a corresponsabilidade do órgão consulente não conte, visto que a *fase ativa* é do colégio. E não é só o quanto se deve dizer dentro do assunto.

11. Um Conselho de Estado, ou um Tribunal de Contas realizam *atos coletivos* porquanto são *colégios*. Mas, têm existência permanente. Êles só se extinguem: a) se a lei que os criou fôr revogada; ou, b) se desaparecer causa de continuarem; ou, c) se não se justificar sua permanência dentro de mudança política que não os comporte. O Conselho de Estado existente no Brasil Imperial foi extinto, porque texto constitucional (o de 1891) o omitiu; o Tribunal de Contas, entretanto, apesar do seu caráter de preposição em face do Legislativo, foi mantido entre 1930 e 1933 e entre 1937 e 1946, porque funções outras (além da fiscalização da fiel execução da lei orçamentária, que se transformou, naqueles períodos, em *atividade formal* apenas) concorreram para sua manutenção. Ao lado dêstes casos, há colégios (constituídos geralmente de funcionários que, em circunstâncias comuns, são substância sensível de órgãos singulares) que atuam unicamente quando os respectivos participantes se reúnem, o que ocorre: de tempos em tempos (constituição orgânico-quantitativa episódica, mas sistemática) ou, pelo tempo necessário a fim de que seja atingido ou possa ser atingido o objetivo para que foram criados. São exemplos da primeira espécie certos *Conselhos* (Conselho Nacional de Educação; Conselho Estadual de Educação); fazem clara a exemplificação da segunda: Comissões de inquérito, Comissões de Concurso, Comissões de apreciação de proposta de concorrência pública e outras. Desde que tais colégios possam realizar atos administrativos fatôres de efeitos jurídicos (E só a casuística pode dizer!), a pluralidade até ao momento de sua *interrupção*, ou *extinção* tem a mesma função que a apontada quanto aos colégios de fase ativa e existência permanente.

12. De qualquer modo, o *ato coletivo*, ainda que de efeitos jurídicos, se realiza na base da *pluralidade interna*, salvo a hipótese de, em se tratando de colégio para exarar “pareceres vinculantes”, com o órgão consulente *ativo* se trave a *complexidade igual*. Fora desta hipótese (de ato coletivo estar ligado a ato simples de órgão estranho a êle,

mas, consulente e ativo corresponsabilizável) todo ato coletivo tem pluralidade interna mas não tem complexidade, a não ser virtual ou aparente, visto que é o *órgão coletivo* e não são os indivíduos que participem dêle os realizadores do ato, nas precisas bases da representação orgânica. Numa síntese, o ato coletivo é um ato simples, salvo se não tiver existência jurídica isolada e o ato a que se ligue provenha de outro órgão da Ad. Pública.

13. As questões suscitadas aqui raramente aparecem quando do exame “post facto” que o Judiciário é provocado a fazer quanto à legalidade dos atos administrativos. Não que, vez por outra, não se apresente a necessidade de qualquer análise. Mas, por circunstâncias outras, que não nos cabe apreciar quanto ao que é variável em cada temperamento de julgador.

IV. Função da pluralidade subjetivo-orgânica.

14. Dá-se a *pluralidade subjetivo-orgânica* no verdadeiro ato complexo. Neste, o concurso de manifestações de vontade tem referência a mais de um *órgão*, seja singular, seja coletivo. A pluralidade, no caso, portanto, não é aparente nem virtual, mas, *real*¹¹.

15. Se uma lei sujeita a validade de um ato administrativo a manifestações de vontade de órgãos que refere expressamente, a pluralidade subjetivo-orgânica é, no caso, decorrência de imperativo legal e, destarte, aparece a figura do ato complexo. Mas, no desejo do legislador, que é que viu êle para exigir tal pluralidade? É o de que nos ocuparemos a indagar nas linhas seguintes e sempre estaremos a examinar a função da pluralidade, embora o de aqui se trate seja: pluralidade *real*.

11. Vejam-se, especialmente, a nota de rodapé n.º 5 e os autores ali citados.

16. No ato complexo em sentido próprio (isto é: emanado de dois ou mais órgãos) a pluralidade fá-lo atingir sua expressão anatômica (forma), dando-lhe, com a capacidade do Direito Público dos agentes a categoria de ato perfeito, isto é: de acabamento conforme aos ditames da lei¹². Da perfeição atingida pode fluir a validade (idoneidade para produzir efeitos jurídicos insuprimíveis¹³ com a eficácia imediata, (isto é: a produção correspondente à validade) ou com eficácia retardada, em virtude de condição a ser preenchida. A função da pluralidade subjetivo-orgânica do ato complexo em sentido próprio é, pois, a de aperfeiçoá-lo para que possa originar os efeitos que lhe são próprios. “Quid?” Se não ocorre a exaustão que tal aperfeiçoamento envolve? O ato é nulo? Não. Não chega a formar-se.

V. Função da pluralidade subjetiva de entidades de direito público interno.

17. A doutrina estendeu a aplicação da teoria do ato complexo a certos atos administrativos bilaterais, ou plurilaterais, aos quais, não desejando os escritores chamar “contratos”, mas, ao mesmo tempo, reconhecendo, para êles, índole convencional, lhes deram a designação de *Acordos*¹⁴.

18. A pluralidade, nesta espécie muito forçadamente colocada entre os atos complexos, diz respeito a *entidades acordantes* no campo do Direito Público Interno¹⁵. Sua

12. Veja-se a nota de rodapé n.º 5.

13. Sobre o que sejam efeitos jurídicos insuprimíveis, cf. CODACCI — PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, passim.

14. Veja-se: ZANOBINI, *ob. e lug. cit.*.

15. Da categoria dos Acordos participam os Consórcios Administrativos, típicos e atípicos. São típicos os Consórcios Administrativos conhecidos como *Consórcios Municipais*. São atípicos os que, realizados com representantes de classes profissionais, podem dar origem a certos serviços públicos personificados, sob o nome de autarquias, (embora

função é a mesma que tem, no contrato, a velha regra do Direito Romano acêrca dos *pactos: in idem duorum plurimumve placitum consensus*. Com efeito, não há bilateralidade nem plurilateralidade possível, sem a existência de duas ou mais pessoas acordantes. Convém, entretanto, notar que, nos contratos administrativos, um dos contratantes é particular (v. g.: na função pública e na concessão de serviço público) ao passo que, nos *Acordos*, as duas (em hipótese de bilateralidade) ou mais de duas (plurilateralidade) sòmente podem ser pessoas jurídicas de Direito Público Interno.

19. Como é sabido, a capacidade de Direito Público envolve capacidade do agente, competência dêste e capacidade da entidade. Faltando esta no *Acôrdo*, êste é nulo, isto é: produz efeitos materiais na ordem física, os quais, embora juridicamente *corados*, só se podem purgar pela figura de *Conversão*, postas de lado, pois, as purgas através da prescrição, da ratificação, ou da conservação¹⁶.

VI. Função da pluralidade objetiva no procedimento administrativo em sentido restrito.

20. Os atos administrativos, na prática, além de admitirem realização isolada, podem ser realizados em virtude de motivos práticos empíricos, variáveis segundo circunstâncias de fato, em série com *conexão casual*. Quando isto ocorre, estamos diante de procedimento administrativo em sentido amplo. Contudo, pode ocorrer que uma lei ou várias leis combinadas determinem inelutavelmente os atos numa

estas pessoas jurídicas de Direito Público Interno possam surgir de outras fontes e causas). Além dos Consórcios, há os Convênios, obrigatoriamente entre entidades administrativas correspondentes aos Estados Federados.

16. Cf. RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali e Le garantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, passim.

conexão fatal. Estamos, então, diante de procedimento administrativo em sentido restrito¹⁷ ou ato-procedimento¹⁸, espécie do gênero ato-composto¹⁹.

21. A nota do ato composto está em que nêle entram, para formar um *monobloco*, vários atos programados previamente na imposição legal. Não se leva em conta, portanto, a composição fortuita e empírica encontrada, com variações inúmeras, em muitos procedimentos administrativos em sentido amplo. O ato composto resulta de composição preestabelecida pelo legislador. Se, nela, faltar algum ato, a composição não vai ao fim e o ato monobloco não se chega a formar. Ora, porque esta pluralidade de atos supõe pluralidade de órgãos, aproximaram o ato composto e o ato complexo²⁰.

22. A pluralidade de atos (pluralidade objetiva) fundiu-se, na teoria, com a pluralidade de agentes (pluralidade subjetiva) É certo, entretanto, que um só *órgão* pode exaurir a composição. Por êste motivo, o simile acima proposto não é infalível e, devido a isto, não é aceitável de todo em todo²¹.

23. A pluralidade, no ato composto chamado “procedimento administrativo em sentido restrito”, é fatal, porque imposta pela lei; é objetiva, outrossim, porque se refere a

17 SANDULLI, *ob. e lug. cits.*.

18. FORTI, *ob. e lug. cits.*.

19. OVIEDO, *ob. e lug. cits.*, entende que o ato complexo é ato composto. LOPES MEIRELLES, *ob. e lugs. cits.* entende que não entra na classificação qualquer “procedimento administrativo”, porque, no seu modo de ver, composto é o ato que depende de outro ato, v.g.: *autorização* sujeita a *visto*.

20. Leiam-se: SANDULLI, *ob. e lug. cits.* e ALESSI, *ob. e lug. cits.*.

21. Ocorre lembrar aqui que BORSI, *La giustizia amministrativa*, p. 55, opta pela expressão “operação administrativa” em vez de “procedimento administrativo” em sentido restrito.

atos que, emanando de um só órgão, ou de vários órgãos (pluralidade objetiva absoluta e pluralidade objetiva relativa) dá origem a um monobloco. Ela tem, como nos casos anteriores estudados, correspondência com a capacidade de Direito Público do agente ou agentes e com o resultado último, que é a validade, com eficácia imediata, ou dependente de condição. A forma, entretanto, levada em conta igualmente na espécie, não é atingível, sem rigorosa observância da *ordem* marcada para a *sucessão* dos atos, pela lei, a fim de formar o *monobloco*, logrando atingir a *expressão anatômica perfeita*. Assim, o ato composto de que tratamos não traduz sequer arremêdo de “procedimento administrativo em sentido restrito”, ou sequer um embrião de tal figura, se os atos que devem, por lei, ser antecedentes vêm realizados como subseqüentes. Trata-se, pois, de uma *pluralidade vinculada à ordem da prática* dos atos componentes. Se tal ordem não é obedecida, o *monobloco* não se forma e a perfeição, se alegada, não passará de um “*nomen sine conceptum*”

VII. Considerações finais.

24. Chegamos ao fim de nossa excursão. Bem entendido fique, todavia, que, para nós, *complexidade* só a há no ato que flui das manifestações de vontade de vários órgãos, singulares, ou coletivos. Mas, pluralidade, embora se manifeste no ato complexo, existe, também, no ato coletivo, no Acôrdo e no ato composto.

25. No presente trabalho, embora conservando fidelidade à teoria originária do ato complexo, incluímos as três espécies que, por concessão de uns, ou porfia de outros, lhe invadiram o campo. Era necessário fazê-lo, a fim de separar a nota da pluralidade e a nota da complexidade muito freqüentemente *fundidas*, para não dizer: *confundidas*.

347.914.1

A Assistência no Código de Processo Civil.

Moacyr Lobo da Costa

(Docente Livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

1. Contra a tendência descentralizadora da Constituição Republicana de 1891 que, orientada por exagerado espírito federativo, delegara aos Estados a competência para legislar sobre o processo civil e comercial, a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934 restabeleceu a unidade do direito processual, consagrando a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 5, n.º XIX letra a).

A unificação do direito processual, de há muito preconizada por eminentes juristas pátrios¹ como instrumento de integração nacional, foi proposta à Assembléia Constituinte pelo próprio Governo Provisório, no Projeto de Constituição enviado em novembro de 1933, o chamado Projeto Itamaraty (art. 33, n.º 9).

No art. 11, das Disposições Provisórias, foi estabelecido que o Governo, uma vez promulgada a Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelação dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar, dentro em três meses, um projeto de Código de Processo Civil e

1. JOÃO MONTEIRO, *Unidade do Direito*, S. Paulo 1900; CLOVIS BEVILAQUA, *Unidade do Direito Processual*, Rio de Janeiro 1905; ARTUR RIBEIRO, *Exposição de Motivos do Projeto de Código do Processo Civil e Comercial*, Imprensa Nacional, 1935, p. VIII.

Comercial e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

No § 2.º desse artigo ficou previsto que, enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o Governo nomeou os Ministros Artur Ribeiro e Carvalho Mourão e o advogado Levi Carneiro para a Comissão encarregada de elaborar o Projeto de Código do Processo Civil e Comercial da República.

Em dezembro de 1934, a 12.^a Sub-Comissão Legislativa, integrada por Antonio Pereira Braga e Philadelpho Azevedo, tendo em vista a nomeação dessa Comissão especial para elaborar o Código Nacional do Processo, nos termos da unificação determinada pela Constituição recém-promulgada, concluiu e encerrou seus trabalhos de elaboração da Parte Geral do Anteprojeto do Código do Processo Civil e Comercial para o Distrito Federal e para a Justiça Federal, de que estava incumbida. No Anteprojeto da 12.^a Sub-Comissão, a assistência é regulada nos artigos 55 a 61, no capítulo IV, Título V, do Livro II².

2. Art. 55: — “O terceiro que alegar interesse em defender o seu direito juntamente com o do autor ou o do réu, em relação à coisa pedida e à causa de pedir, poderá intervir na ação, em qualquer tempo e instância, para auxiliar alguma das partes.”

Parágrafo único. — “O assistente recebe a lide no estado em que a encontra e fica sujeito aos termos e prazos que ao assistido competirem.”

Art. 56. — “Salvo quando a intervenção do assistente fôr determinada por lei (arts. 365, 967 e 1.272 do Código Civil), poderá qualquer das partes impugná-la, desde logo e sem suspensão da causa, por inexistência do interesse alegado, decidindo o juiz imediatamente e de plano.”

Art. 57 — “O assistente pode alegar, produzir provas, e arrazoar, ainda que o assistido seja revel, e dar andamento à execução no caso do art. 1.498 do Código Civil.”

Parágrafo único. — “Não poderá entretanto:

I, excepcionar, ainda que seja pessoa Jurídica de direito público interno e tenha fôro privilegiado;

A Comissão especial distribuiu entre seus membros as várias partes do Código, segundo o plano traçado, incumbindo a cada relator a redação parcial do Projeto.

Ao doutor Levi Carneiro coube redigir, entre outras, a Parte Geral do Código, em cujo Livro Primeiro, Título V, o capítulo IV trata da assistência, a que são dedicados os artigos 44 a 49.³

II, reconvir, quando assistente do réu, contra o autor ou litisconsorte, coligado, e assistente dêste, nem, quando assistente do autor, contra os do réu;

III, recorrer, salvo quando também o fizer o assistido, ou quando êste fôr revel, e quando assistir na primeira instância como terceiro prejudicado;

IV, ampliar, restringir, ou alterar o objeto do litígio, nem formular pedido nôvo."

Art. 58. — "A prova feita depois da intervenção do assistente valerá contra ou a favor dêle em qualquer processo que mover a alguma das partes ou que estas lhes moverem, na forma do art 316."

Art. 59. — "Os atos dos assistentes nenhum efeito produzirão quando contradisserem ou prejudicarem o assistido."

Art. 60. — "O assistido pode livremente confessar, transigir, renunciar e desistir, salvo ao assistente obviar algum conluio ou fraude que o prejudique."

Art. 61. — "Nenhum efeito direto produzirá a sentença a favor ou em prejuízo do assistente, salvo quanto às custas que lhe competirem."

3. Art. 44. — "Quem tiver interêsse jurídico em que a decisão de causa pendente entre outras pessoas, seja favorável a uma destas, poderá intervir no processo como seu assistente, antes de proferida sentença final de primeira instância."

Parágrafo único. — "O assistente receberá a lide no estado em que a encontrar e ficará sujeito aos têrmos e prazos que ao assistido competirem."

Art. 45. — "Pode qualquer das partes impugnar, desde logo, e sem suspensão da causa, a admissão do assistente, mostrando a inexistência do interêsse alegado, decidindo o juiz imediatamente e de plano."

Art. 46. — "O assistente pode alegar, produzir provas, e arazoar, ainda que o assistido seja revel, e dar andamento ao feito nos casos em que a lei o permita expressamente ou por interêsse reconhecido pelo Juiz."

Parágrafo único. — "Não poderá, entretanto:

Do confronto entre os dispositivos do Anteprojeto da 12.^a Sub-Comissão e do Projeto Levi Carneiro, verifica-se ter êste último seguido, em linhas gerais e com pequenas modificações, a mesma orientação daquele, de que reproduz os princípios e até mesmo, em alguns artigos, a redação. A divergência principal entre os dois Projetos reside na maneira de conceituar o interêsse do terceiro ad-adjuvandum para autorizar sua intervenção no processo como assistente de uma das partes. Enquanto, no Anteprojeto da 12.^a Sub-Comissão é permitida a intervenção *ad-adjuvandum* do terceiro que “alegar interêsse em defender o seu direito juntamente com o do autor ou o do réu”, de acôrdo com o princípio tradicional herdado do Reg. 737, art. 123, seguido por grande número dos Códigos estaduais, no Projeto Levi Carneiro o direito de intervir é concedido a “quem tiver interêsse jurídico em que a decisão da causa seja favorável a uma das partes”, na esteira dos Códigos da Bahia e de Minas.

I, excepcionar, ainda que pessoa jurídica de Direito Público interno e com fôro privilegiado, salvo a União Federal;

II, reconvir, quando assistente do réu, contra o autor ou litisconsorte, coligado, e assistente dêste; nem quando assistente do autor, contra os do réu;

III, ampliar, restringir, ou alterar o objeto do litígio;

IV, recorrer, salvo:

a) quando também o fizer o assistido;

b) quando êste fôr revel;

c) quando assistir na primeira instância como terceiro prejudicado;

d) quando se tratar do despacho sôbre a admissão de assistência.”

Art. 47. — “Os atos dos assistentes nenhum efeito produzirão quando contradisserem ou prejudicarem o assistido.”

Art. 48. — “O assistido pode, livremente, confessar, transigir, renunciar, e desistir, salvo ao assistente obviar conluio ou fraude que o prejudique.”

Art. 49. — “O assistente não será condenado, a não ser em custas, nem absolvido, e em caso algum ficará inibido de formular seu pedido diretamente, em processo competente.”

Era a velha questão que dividia os doutrinadores e os legisladores estaduais, a partir do Reg. 737: o assistente intervém para defender direito próprio, ou para defender o direito de uma das partes em cuja vitória tem interesse?

Doutrinariamente o Projeto Levi Carneiro é que estava certo. Aquêles que intervém no processo para defender direito próprio, conjuntamente com uma das partes, não é um simples assistente, é litisconsorte.

No mais, em matéria de assistência ambos os Projetos permaneciam fiéis ao sistema tradicional brasileiro. Mantinham a doutrina e os princípios esposados pelos Códigos estaduais que, à exceção do Bahiano, provinham do Regulamento 737.

A Comissão concluiu os trabalhos em novembro de 1935, submetendo ao Ministro da Justiça, prof. Vicente Ráo, os três Projetos parciais, que os mandou publicar pela Imprensa Nacional em 1936.

Encaminhado ao Congresso Nacional, com Mensagem do Presidente da República, o Projeto do Código do Processo Civil e Comercial ficou sepultado nas gavetas da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, em decorrência do golpe de 10 de novembro de 1937, que revogou a Constituição de 1934 e dissolveu o Congresso.

2. A carta constitucional outorgada em 10 de novembro de 1937 manteve a unidade processual, reservando para a União, no art. 16 n.º XVI, a competência privativa para legislar sobre direito processual.

O Ministro da Justiça, prof. Francisco Campos, nomeou uma comissão de juristas, constituída dos Desembargadores Edgard Costa, Álvaro Berford e Goulart de Oliveira, da Côrte de Apelação do Distrito Federal, e dos advogados Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins, para organizar novo projeto de Código de Processo Civil.

Ante as divergências surgidas no seio da comissão, quanto à orientação a ser dada ao projeto, Pedro Batista

Martins apresentou ao Ministro um trabalho pessoal, de sua lavra exclusiva, sob a forma de projeto preliminar de Código.

Aceito pelo Ministro, foi publicado como Anteprojeto, no Diário Oficial, de 4 de fevereiro de 1939, para receber sugestões.

Cêrca de quatro mil sugestões, resultantes da ampla discussão a que foi submetido por advogados, juizes, institutos e associações, foram enviadas ao Ministério da Justiça e minuciosamente examinadas, muitas das quais incluídas entre as emendas sofridas pelo Anteprojeto, como declarou o Ministro.⁴

No trabalho de revisão do Anteprojeto, a que se dedicou pessoalmente, o Ministro Francisco Campos foi auxiliado por Guilherme Estellita, magistrado e processualista, e pelo professor Abgar Renault na sua redação final.

Aprovado o texto, foi promulgado como Código de Processo Civil pelo Decreto-Lei n.º 1608, de 18 de setembro de 1939, publicado no Diário Oficial de 13 de outubro de 1939, para entrar em vigor no dia 1.º de fevereiro de 1940 — art. 1052 — data essa prorrogada para 1.º de março, do mesmo ano, pelo Decreto Lei n.º 1965, de 16 de janeiro de 1940.

3. O Projeto preliminar, publicado para receber sugestões, dispunha sôbre a assistência nos arts. 101 a 106.

101 — Poderá intervir no processo, como assistente do autor ou do réu, todo aquêlê que, desde logo, provar interêsse jurídico na questão controvertida em juízo.

102 — A intervenção do assistente poderá ocorrer em qualquer fase do processo, salvo na execução da sentença.

103 — O assistente receberá a causa no estado em que se achar, devendo alegar o seu direito nos mesmos têrmos e com a mesma amplitude que competem à parte assistida.

4. FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos* do Projeto do Código de Processo Civil aprovado pelo Dec.-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939.

104 — A intervenção do assistente não limitará o direito das partes que, livremente, poderão desistir da ação, confessar ou transigir,

105 — Qualquer das partes poderá impugnar, motivadamente, a admissão do assistente.

Parágrafo único: — Apresentada a impugnação, o juiz decidirá o incidente em 48 horas.

106 — O assistente não poderá ser condenado, nem absolvido, não ficando, em caso algum, inibido de formular o seu pedido, diretamente, em ação própria.

Parágrafo único: — Si, porém, pela natureza da relação jurídica controvertida ou por disposição de lei, a sentença tiver de influir na relação jurídica existente entre o assistente e a parte contrária à assistida, o assistente será considerado litisconsorte, regulando-se, neste caso, a sua posição no processo pelos artigos 86 a 91.

Com exceção do artigo 101 e do parágrafo único do art. 106, os demais dispositivos não discrepavam do sistema tradicional.

No art. 101 é exigido do terceiro que *prove*, desde logo, seu interesse jurídico na questão controvertida em juízo, para ser admitida sua intervenção como assistente do autor ou do réu.

É manifesta a impropriedade. Quem *provar* interesse jurídico na *questão controvertida* em juízo deve ingressar no processo como litisconsorte e não como assistente.

Para intervir como assistente o terceiro deve ter interesse jurídico na *vitória* de uma das partes, o que é muito diferente.

O parágrafo único do art. 106 constituiu louvável iniciativa de generalizar o princípio dos Códigos Alemão e Austriaco, referente à intervenção qualificada ou litisconsorcial, que o Código da Bahia consagrou no art. 22.

Em crítica severa e, às vezes, acêrba ao Projeto, o advogado Alvaro Mendes Pimentel, que integrava a Comissão nomeada pelo Ministro Francisco Campos, combateu frontalmente esse dispositivo, a seu ver “exdruxulamente encai-

xado no projeto”, como tentativa de introdução no nosso direito da intervenção adesiva litisconsorcial do direito alemão, “figura esta completamente desconhecida do nosso ordenamento jurídico, e fruto exclusivo das subtilezas da doutrina germânica, mas que dentro da própria Alemanha é repudiada por autoridades do maior vulto”⁵

Esqueceu-se o crítico, lamentavelmente, do Código Bahiano elaborado pelo insigne Eduardo Espinola...

O senhor J. A. Carvalho e Melo, em artigo publicado na “Gazeta de Notícias” do Rio de Janeiro, de 6 de abril de 1939, sustentou opinião contrária: “Eu suprimiria o princípio dêste art. 106, porque somente se refere à situação do assistente propriamente dito, isto é, daquele que apenas acompanha, sem liberdade de ação, os movimentos do assistido. Aí está mais um argumento que reforça de muito a minha opinião, que é pelo desaparecimento, no processo, dessa figura que nada exprime. Basta ter em vista que êle poderá formular diretamente, em ação própria, o seu pedido, depois de haver desempenhado a sua função para que se conclua que nada fêz. Quanto ao parágrafo único, eu o conservaria, transformando-o em disposição autônoma. Aí está, quasi literalmente, o art. 22 do Cod. do Proc. do Est. da Bahia”.⁶

O senhor Pedro Batista Martins aceitou essa crítica, mas não se limitou a eliminar o artigo, foi além, suprimindo todos os demais artigos sobre a assistência. Quanto ao parágrafo único do art. 106 do Projeto, em que estava corretamente definida a intervenção qualificada, alterou por completo sua redação, transformando-o no artigo 93 do Código, que é o único dispositivo a respeito da assistência.⁷

5. ÁLVARO MENDES PIMENTEL, *Observações sobre o Projeto de Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro 1939, p. 45.

6. *Apud* PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Rev. Forense, Rio de Janeiro 1940, v. I, p. 290.

7. Cf. LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. de 1959, Rio de Janeiro, v. I, p. 430.

O art. 93 do Código dispõe: “Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, êste poderá intervir como assistente, equiparado ao litisconsorte.”

4. São conhecidas as críticas feitas por autorizados autores à maneira infeliz como o Código regulou a assistência.

Em primeiro lugar, o defeito de técnica legislativa quanto à ubicação do instituto.

A assistência, mesmo a qualificada ou litisconsorcial, é considerada, sempre, como figura de intervenção de terceiro no processo.

No Código, o único artigo que dispõe sobre a assistência está colocado no capítulo do litisconsórcio, o que mereceu censura dos doutrinadores.⁸ Porque, como acentuou o prof. PEDRO PALMEIRA, não ha equiparação legal que tenha a força de transformar o terceiro interveniente em litisconsorte da parte assistida.

Consoante entendimento, anteriormente manifestado,⁹ a equiparação ao litisconsorte, na assistência litisconsorcial — única admitida no processo civil brasileiro — é efeito da intervenção, com a finalidade de atribuir ao terceiro interveniente a posição processual do litisconsorte, com a mesma possibilidade de atuação assegurada àquele. O litisconsórcio restrito à atividade processual decorre da intervenção como consequência, mas não a antecede como causa.

8. Cf. E. T. LIEBMAN, *Notas às Instituições de Direito Processual Civil*, de CHIOVENDA, trad. J. G. Menegale, S. Paulo 1943, II, p. 328 nota; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. 1959, v. I, n.º 498, p. 428; PEDRO PALMEIRA, *Da intervenção de terceiro nos principais sistemas legislativos*, Recife 1954, p. 109; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, S. Paulo 1962, v. 2.º, p. 45; JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES, *Assistência*, em *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 4, p. 347, n.º 16.

9. MOACYR LOBO DA COSTA, *A Intervenção “iussu iudicis” no processo civil brasileiro*, S. Paulo 1961, pp. 123, 125.

Não é como litisconsorte da parte que o terceiro intervém no processo, quando a relação jurídica existente entre êle e ela puder vir a sofrer os efeitos reflexos da sentença, mas, como assistente, e, nessa qualidade, a lei o equipara ao litisconsorte, apenas, para o fim de lhe conceder autonomia no direito de promover os atos do processo, que é reconhecida aos litisconsortes pelo art. 92.

O dispositivo que regula a assistência litisconsorcial está colocado no capítulo do litisconsórcio, mas, nem por isso a assistência perderá a sua natureza de figura típica de intervenção de terceiro, para se transformar em espécie de litisconsórcio.

Depois, com aquela sua feição acentuadamente *concisa* e *abreviada*, a descambar no *lacônico*, que lhe notou JOSÉ ALBERTO DOS REIS,¹⁰ o Código contém um único dispositivo sôbre a assistência, êsse art. 93, que LOPES DA COSTA¹¹ chama de “artiguinho, mal redigido”.

A parcimônia do Código, nesse particular, tem sido, também, justamente criticada.¹²

Em virtude de sua defeituosa redação, a norma do artigo 93 suscitou profunda divergência entre os intérpretes, quanto à sua compreensão.

Entendem uns, acompanhando a interpretação de PEDRO BAPTISTA MARTINS, que o texto legal restringiu o conceito jurídico da assistência, só admitindo a assistência qualificada ou litisconsorcial.¹³

10. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Brasileiro*, artigo de apreciação em *Revista Forense*, v. 88, p. 288.

11. LOPES DA COSTA, *op. cit.*, *loc. cit.*

12. Cf. LOPES DA COSTA, *op. cit.*, *loc. cit.*; MOACYR AMARAL SANTOS, *op. cit.*, *loc. cit.*; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, 4.^a ed., S. Paulo 1954, v. I, p. 320; JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES, *op. cit.*, *loc. cit.*

13. PEDRO BAPTISTA MARTINS, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, ed. Rev. Forense 1940, v. 1.^o, p. 291; PEDRO PALMEIRA, *op. cit.*, pp. 95 e 109; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.*, v. I p. 319; GUILHERME ESTELLITA, *Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*, Rio 1955, p. 225; JOÃO BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, S. Paulo 1946, v. 1.^o p. 561;

Outros sustentam que o art. 93 “baralhou as duas espécies de assistência”¹⁴ “encabulhando” a intervenção adesiva simples e a intervenção adesiva qualificada,¹⁵ por “ter o legislador pátrio adotado conceito próprio de assistência”,¹⁶ pelo que, a conclusão inelutável, no dizer de LOPES DA COSTA,¹⁷ é a de que “o Código admitiu as duas espécies, sem embargo da informação do autor do Projeto de haver querido suprimir uma delas”, ou, como ensina o prof. MOACYR AMARAL SANTOS,¹⁸ o Código, em suma, “criou um único tipo de assistência, abrangente das assistências *simples* e *qualificada*, mas sempre *adesiva*, “ad adiuvandum”, equiparando o assistente ao litisconsorte facultativo”.

Não poderia ser maior a heresia do legislador quanto à sistematização do instituto, ao tratar de cambulhada, num único artigo, mal redigido, duas espécies distintas, baralhando-as, como se fôsem uma só e mesma coisa.

O tipo único de assistência, abrangente das assistências simples e qualificada, que o Código criou, segundo o prof. MOACYR AMARAL SANTOS, por ter o legislador pátrio adotado critério próprio de assistência, no dizer do prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, é, a nosso ver, um tipo teratológico. Não é, doutrinariamente, nem assistência simples, nem assistência qualificada ou litisconsorcial, e, como é óbvio, não pode ser simultaneamente as duas.

E. T. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 327 nota; CARVALHO SANTOS, *Código de Proc. Civil Interpretado*, v. 1.º p. 381; MOACYR LOBO DA COSTA, *op. cit.*, p. 123; ELIÉZER ROSA, *Dicionário de Processo Civil*, Rio 1957, verb. *Assistência na Execução*, p. 121.

14. LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. 1948, v. III, p. 283.

15. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, 2.ª ed. 1958, tomo II, p. 135.

16. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio 1958, v. II, p. 282.

17. LOPES DA COSTA, *op. cit.*, ed. 1959, v. I p. 432.

18. MOACYR AMARAL SANTOS, *op. cit.*, v. 2.º p. 51.

Não é assistência simples porque, nesta, o assistente, por ter, apenas, interesse próprio na vitória do assistido, não é equiparado ao litisconsorte, isto é, não goza de autonomia no poder de atuação no processo. Sua atividade processual é a de um auxiliar da parte. E o Código, no art. 93, equipara o assistente ao litisconsorte, o que basta para afastar a assistência simples. A equiparação do assistente simples ao litisconsorte, no dizer de LOPES DA COSTA “é um escandaloso absurdo, que grita contra o próprio bom senso”

Não é assistência qualificada, porque o traço específico, que a doutrina revelou e o ZPO alemão consagrou no § 69, para caracterizar êsse tipo de intervenção de terceiro no processo, é a existência de relação jurídica entre o interveniente e a parte contrária; relação essa que, segundo os preceitos do direito material, irá ser regulada pela sentença proferida na causa, com força de coisa julgada. Por êsse motivo, o interveniente é equiparado ao litisconsorte, para o efeito de poder promover, com autonomia, os atos do processo. É, porém, equiparação restrita à atividade processual. O interveniente assume a posição processual de litisconsorte, mas não adquire essa qualidade, isto é, não se torna parte, na acepção jurídica do termo.

O Código de Processo Civil da Bahia, com rigorosa fidelidade a essa doutrina, perfilhou o princípio, dispondo no art. 22: “Se, pela natureza da relação jurídica ajuizada ou por disposição de lei, a sentença proferida na causa é diretamente eficaz para a relação jurídica entre o assistente e o adversário da parte assistida, a posição daquele é a de um litisconsorte”.

O dispositivo é de inspiração germânica (ZPO, alemão § 69 e ZPO austríaco § 20), como esclareceu o seu autor EDUARDO ESPINOLA.¹⁹

O art. 93 do Código vigente, porém, esposou um princípio diferente, de duvidosa originalidade, inteiramente desconhecido da doutrina.

19. Cf. EDUARDO ESPINOLA, *Cod. de Proc. do Est. da Bahia Anotado*, 1916, v. I., p. 336, nota 33.

Para o saudoso professor GABRIEL DE REZENDE FILHO,²⁰ “o nosso legislador foi buscar a figura da assistência litisconsorcial no § 69 do Código alemão”. PEDRO BATISTA MARTINS²¹ indica, no direito comparado, o § 20 do ZPO da Austria, do teôr seguinte: “Se, per la natura del rapporto giuridico controverso o per disposizione di legge, la sentenza emanata in una causa é giuridicamente efficace anche per ciò che riguarda il rapporto giuridico dell’interveniente verso l’avversario della parte principale, la posizione dell’interveniente é quella di un litisconsorte”.

Na realidade, contudo, o texto do art. 93 é adaptação deturpada do princípio consagrado no Código alemão e reproduzido pelos Códigos austríaco e húngaro e, entre nós, pelo da Bahia.

Segundo o disposto no art. 93, o que justifica a intervenção do terceiro no processo, como assistente, é a existência de uma relação jurídica entre o terceiro e *qualquer das partes*, quando a sentença, a ser proferida na ação entre as partes, *houver de influir* nessa relação.

O que legitima a intervenção adesiva de terceiro no processo, e lhe atribui a posição processual de litisconsorte, no sistema do Código alemão, é a existência de relação jurídica entre o terceiro e o *adversário* da parte assistida, e, principalmente, que essa relação, segundo os preceitos do direito material, venha a ser regulada pela sentença, a ser proferida na ação, *com força de coisa julgada*.

No direito alemão, em caso algum, na intervenção qualificada, a relação jurídica do interveniente pode ser com a parte principal a que adere; necessariamente, tem de ser relação jurídica entre o interveniente adesivo e o *adversário* da parte principal.

Quando o terceiro tem, apenas, interêsse jurídico na vitória de uma das partes, pode ingressar no processo como interveniente adesivo. Sua intervenção, porém, é conside-

20. GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.* v. I p. 319.

21. PEDRO BATISTA MARTINS, *op. cit.*, v. I, p. 290.

rada simples (§ 66), e, nêsse caso, o interveniente adesivo não assume a posição processual de litisconsorte, bem como, seu interêsse jurídico não será definido diretamente pela sentença, mas, sofrerá os efeitos do julgado, que irão se projetar sôbre a sua relação com a parte a que aderiu (§ 68).

Outra discrepância fundamental com a fonte do dispositivo, reside no efeito da sentença sôbre a relação jurídica do terceiro assistente, como foi estabelecido no malsinado art. 93.

Enquanto, no Código alemão, essa relação, segundo os preceitos do direito material, deverá ser regulada pela sentença, *com fôrça de coisa julgada*, e, por êsse motivo, é concedida ao terceiro interveniente absoluta autonomia de atuação no processo, o art. 93 se apega a uma fórmula imprecisa, de conteúdo variável, “quando a sentença houver de influir”. . . Como observa PONTES DE MIRANDA,²² o legislador não atendeu a que “influir” não tem conteúdo absoluto, ha influências de diferentes graus.

Em face de tais e tantas incongruências, talvez que assista razão, mesmo, ao professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, quando assevera “ter o legislador pátrio adotado conceito próprio de assistência”. Próprio dêle legislador, mas manifestamente impróprio ante a doutrina e o direito positivo alemão e austriaco, em que pretende ter-se inspirado.

22. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo II, p. 135.

9

342.53

Os Substitutos Eventuais de Mandatários Políticos.

Dalmo de Abreu Dallari

(Livre Docente de Teoria do Estado da Faculdade de Direito da U.S.P.).

SUMÁRIO: I. Existência Jurídica dos Substitutos Eventuais: a) Previsão legal; b) Processo de aquisição da condição de substituto eventual; c) Titular sem atribuições;

II. Confronto com a Organização do Poder e seus Métodos de Atuação: a) Cargo; b) Função: 1. em sentido estrito; 2. em sentido amplo; c) Mandato: 1. O mandato em direito público e em direito privado; 2. o mandato e os substitutos eventuais;

III. Nula Repercussão Jurídica da Existência dos Substitutos Eventuais: a) Inexistência de direitos e obrigações; b) Descabimento de prerrogativas e restrições; c) Impossibilidade de atuação jurídica;

IV Conclusões: a) Vantagens e desvantagens para o Governo; b) Interêsse político-eleitoral; c) Irrelevância jurídica.

I. Existência jurídica dos substitutos eventuais.

a) *Previsão legal.*

Já se tornou praxe no direito público positivo brasileiro a previsão da existência de substitutos eventuais para os mandatários políticos, como se tais substitutos fôsem elementos indispensáveis à organização jurídico-política.

Assim é que não só os detentores de mandatos legislativos têm os seus suplentes, dos quais os primeiros são, com relativa freqüência, chamados a fazer as vêzes dos titulares, como também os chefes de executivo têm os seus eventuais substitutos, os quais, entretanto, muito mais raramente chegam a efetivar a substituição.

Serão, tais figuras, essenciais à configuração do regime político? Além disso, qual a situação jurídica em que se encontram, enquanto substitutos eventuais? Serão titulares de cargos ou exercerão função pública? Terão a condição de órgãos do Estado ou, em lugar disso tudo — ou mesmo em concomitância com qualquer dessas categorias — pode-se afirmar com propriedade que são titulares de um mandato?

É certo que todos êsses suplentes têm sua existência legalmente imposta, sendo de se acreditar, segundo um ponto de vista lógico, que seu enquadramento jurídico poderá ser encontrado nos próprios textos legais em cuja decorrência vêm a existir.

Façamos uma verificação.

No tocante aos titulares de mandato legislativo, a existência de suplentes só é prevista de maneira indireta. Isto se verifica na Constituição brasileira, a qual, no artigo 52, dispõe que “no caso do artigo antecedente (ou seja, no caso de exercício da função de ministro de Estado, de interventor federal ou de secretário de Estado), e no de licença, conforme estabelecer o regimento interno, ou de vaga de deputado ou senador, será convocado o respectivo suplente”. E no artigo 60, § 4.º, estabelece-se que o senador será substituído ou sucedido pelo “suplente com êle eleito”.

Disposições semelhantes são encontradas nas Constituições estaduais e Leis Orgânicas de Municípios, em relação a deputados estaduais e vereadores, respectivamente, sem que se atribua aos suplentes de qualquer dêsses titulares alguma qualificação jurídica ou posição definida na organização do Estado, repetindo, pois, o que ocorre na esfera federal.

O mesmo não se dá, porém, quanto aos substitutos eventuais de chefes de Executivo.

Se tomarmos como ponto de partida a Constituição brasileira de 1824, verificaremos que, nela, não há previsão da existência de substitutos eventuais para qualquer função pública. Entretanto, no tocante aos Presidentes de Província a designação de tais substitutos foi prevista em lei ordinária, conforme se verifica por decretos de 20 de outubro de 1823, de 3 de outubro de 1834 e de 18 de setembro de 1841.

Todavia, comentando o artigo 165 da Constituição do Império, diz o eminente PIMENTA BUENO:

“Seria conveniente que o regimento dos Presidentes estabelecesse com melhor método e inteira clareza ao menos as suas atribuições mais valiosas, aliás nem sempre estarão tôdas elas presentes aos espíritos de todos e muito menos dos Vice-presidentes”¹.

Como se verifica, a menção ao vice-Presidente é ocasional, para demonstrar que, em decorrência dos termos vagos da lei, nem êle tinha conhecimento das atribuições que lhe competiriam quando substituísse o Presidente. Não se verifica ainda, entretanto, o enquadramento jurídico do substituto eventual.

Já na Constituição de 1891, a questão se coloca de maneira diferente, pois, enquanto no artigo 32 se dispunha que o Vice-Presidente da República, enquanto substituto eventual do Presidente, exerceria a presidência do Senado, pelo artigo 47 reconhecia-se a existência do “cargo” de Vice-Presidente, ao se fixarem as condições de inelegibilidade.

Mas aqui ainda não surge o problema da qualificação jurídica, uma vez que, embora se falasse em cargo de Vice-Presidente, havia as funções efetivas de Presidente do Senado, isto é, dava-se-lhe uma esfera própria de competência.

1. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, ed. do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 312.

Na Constituição de 1934, bem como no texto decretado em sua substituição em 10 de novembro de 1937, não há qualquer referência a substitutos eventuais.

Posteriormente à promulgação da Constituição de 1946 e, em especial, em consequência de emendas posteriormente introduzidas, é que surge, nitidamente, o problema da qualificação jurídica do substituto eventual de mandatário político, tendo em vista, sobretudo, o tratamento jurídico que lhe deve ser dispensado.

O texto inicial da Constituição de 1946 revelava a existência de uma situação bem semelhante àquela estabelecida em 1891. Com efeito, após atribuir ao Vice-Presidente da República, pelo artigo 61, o exercício das funções de Presidente do Senado, menciona-se, nos artigos 82 e 83, o “cargo” de Vice-Presidente da República, parecendo-nos recomendável, para que seja convenientemente ressaltado êsse importante pormenor, que transcrevamos na íntegra êstes últimos artigos, cuja redação é a seguinte:

“Artigo 82 — O Presidente e o Vice-Presidente da República exercerão o cargo por cinco anos.

Artigo 83 — O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, ou, se êste não estiver reunido, perante o Supremo Tribunal Federal”

Em perfeita consonância com êsses dispositivos, a lei n.º 1.395, de 13 de julho de 1951, dispôs, no artigo 1.º, que, “vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República na segunda metade do período presidencial, far-se-á a eleição pelo Congresso Nacional. ”

Há, portanto, menção expressa e inequívoca ao “cargo” de Vice-Presidente da República, o que se poderia explicar pela atribuição das funções de Presidente do Senado, feita através do artigo 61.

Entretanto, em 2 de setembro de 1961, ao ser instituído o parlamentarismo no Brasil, através da emenda constitucional n.º 4, foi revogado o artigo 61, passando o Senado a eleger o seu Presidente. E ao ser restaurado o presidencialismo, através da emenda constitucional n.º 6, de 23 de janeiro de 1963, manteve-se, por disposição expressa, a revogação do citado artigo 61, ficando o Vice-Presidente da República sem qualquer atribuição.

Não obstante, subsistem os artigos 82 e 83 que mencionam o cargo de Vice-Presidente da República e tratam da posse nêsse cargo.

A situação criada, agora, no plano federal, passou a ser igual à que já se verificava, depois de 1946, nas esferas estadual e municipal, quanto ao Vice-Governador e ao Vice-Prefeito, respectivamente.

A título exemplificativo, vejamos o que ocorre no Estado de São Paulo, esclarecendo-se, entretanto, que a situação é semelhante à que se verifica em quase todos os Estados brasileiros.

No artigo 35, § 2.º, da Constituição paulista, tratou-se da hipótese de vacância dos “cargos de Governador e Vice-Governador”, estabelecendo-se no artigo 37, inciso “e”, como uma das condições de elegibilidade para o cargo de Governador, “não ter exercido o cargo de Vice-Governador no período anterior”. E, mais adiante, no capítulo das disposições transitórias, através do artigo 2.º, § 2.º, estabeleceu-se que “o Vice-Governador tomará posse perante a Assembléia Legislativa...”, numa confirmação de que, para o legislador, existia um “cargo” de Vice-Governador. E, não obstante, nenhuma atribuição foi dada a êsse personagem, que se limita a ser o substituto eventual do Governador.

O mesmo se diga do Vice-Prefeito, pois embora não lhe seja dada qualquer atribuição, a Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, em seu artigo 47, dispôs sobre a vacância dos “cargos de Prefeito e de Vice-Prefeito”.

Assim pois, é fora de dúvida que os substitutos eventuais dos mandatários políticos existem por força de lei, como se fôsem titulares de um cargo, tratamento êste cujo acêrto ou desacêrto iremos verificar mais adiante.

b) *Processo de aquisição da condição de substituto eventual.*

Como ocorre, via de regra, quando se trata dos habitualmente chamados “cargos políticos”, a escôlha dos substitutos eventuais dos mandatários políticos se faz através de eleição.

Sendo êste o processo democrático para a concessão de mandato aos que devem exercer funções políticas, é importante, para o estudo que estamos fazendo, fixar-se êste ponto: os substitutos eventuais, tanto dos titulares de cargos legislativos quanto executivos, são escolhidos pelo mesmo sistema através do qual se dá a concessão de mandatos.

E o realce dêsse ponto é importante, uma vez que o exercício de mandato tem sido, em inúmeras circunstâncias, invocado como justificativa para a imposição de restrições aos mandatários.

Temos, portanto, nas hipóteses do Vice-Presidente da República, do Vice-Governador e do Vice-Prefeito, bem como dos suplentes de Senadores, Deputados e Vereadores, a escôlha através de eleições, que é o processo utilizado para a concessão de mandatos políticos.

Assim sendo, deve-se concluir — pelo menos de maneira genérica e sem levar avante a conclusão, ligando-a a qualquer efeito — que os substitutos eventuais, ocupem ou não um cargo, tenham ou não qualquer função, são titulares de um mandato. Da natureza dêsse mandato e, mais especialmente, das conseqüências que deverão resultar dessa condição de mandatários, trataremos na seqüência dêste trabalho, bastando-nos por ora admitir que são, efetivamente, mandatários.

c) *Titular sem atribuições.*

Pelo que verificamos inicialmente, nenhum dos substitutos eventuais de mandatários políticos tem, enquanto tal qualquer atribuição.

A exceção a essa regra verificava-se quanto ao Vice-Presidente da República, enquanto exercia a presidência do Senado. Entretanto, após a aprovação da emenda constitucional n.º 4, em 2 de setembro de 1961, também êle ficou nulo de atribuições, igualando-se totalmente aos demais substitutos eventuais.

Desta forma, quanto aos suplentes dos legisladores, cabe-lhes, tão só, aguardar a oportunidade de afastamento temporário ou definitivo, do mandatário que, tendo concorrido às eleições pela mesma legenda partidária, obteve maior número de votos e passou a ocupar uma Cadeira no corpo legislativo.

Quanto aos substitutos eventuais dos titulares de cargos executivos, cabe-lhes apenas substituí-los no caso de impedimento e sucedê-los no de vaga, conforme a linguagem utilizada no artigo 79 da Constituição brasileira, com referência ao Vice-Presidente da República e que é habitualmente reproduzida em relação aos substitutos eventuais de Governadores de Estados e Prefeitos municipais.

Êste é, portanto, o terceiro ponto a ser ressaltado e que deverá ser levado em conta no desenvolvimento de nossas idéias: a absoluta ausência de atribuições dos substitutos eventuais dos mandatários políticos, enquanto tais. Não se há de confundir a substituição com uma atribuição, pois, na realidade, quando surge a ocasião de substituir, dá-se no mesmo instante e por força desse mesmo fato uma substancial mudança na condição jurídica da pessoa que tinha, até então, a situação de substituto. Vale dizer, exemplificando que o Vice-Presidente da República, quando chamado a substituir o Presidente, passa a ser o Presidente mesmo e não mais um seu eventual substituto. Será então o titular indiscutível de um cargo, aplicando-se-lhe tôdas as normas rela-

tivas a êsse cargo. O mesmo se diga do Vice-Governador, do Vice-Prefeito e do suplente de legislador.

Enquanto substitutos eventuais, não têm êles, realmente, qualquer atribuição, como dimana dos próprios dispositivos legais.

II. Confronto com a organização do Poder e seus métodos de atuação.

a) *Cargo.*

É comum, no tocante aos substitutos eventuais dos mandatários que ocupam postos executivos, mencioná-los como titulares de cargos, falando-se no cargo de Vice-Presidente, de Vice-Governador ou de Vice-Prefeito.

E isto se dá não só na legislação — como ocorre com os artigos 82 e 83 da Constituição brasileira e em inúmeras Constituições estaduais e leis ordinárias — mas também na doutrina e na jurisprudência. Ainda recentemente, em parecer publicado na Revista dos Tribunais, volume 351, de janeiro de 1965, às páginas 72 e seguintes, o Professor ALCIDES CAMPANELLI, da Faculdade de Direito de Londrina, afirmava peremptóriamente essa condição, sustentando que “não há dúvida sôbre ser a Vice-Prefeitura um cargo eletivo”.

Poder-se-á, realmente, afirmar com propriedade que êsses títulos correspondem a cargos e legislar no pressupôsto de que existem como tais?

Para que se chegue a uma conclusão segura é necessário, antes de mais nada, fixar-se a noção de cargo. Se recorrermos ao Estatuto dos Funcionários Públicos da União, encontraremos nêle, contrariando a boa técnica legislativa, uma tentativa de conceituação de cargo público. E dizemos tentativa porque, segundo se verifica no artigo 2.º do Estatuto, estabeleceu-se que “cargo público é o criado por lei, com denominação própria em número certo e pago pelos cofres da União”. Ora, dizendo-se que cargo público é o

criado por lei, nada se esclareceu, uma vez que o definido aparece na definição.

Seguindo orientação semelhante, com a única diferença de que pretendeu dar cunho genérico à conceituação, para torná-la aplicável a qualquer aparelhamento administrativo, preceitua THEMISTOCLES CAVALCANTI: “Cargo público é aquêlê criado como tal pela lei e para o qual tenha sido consignado, pelo poder competente, o necessário crédito ou estipulada outra forma de remuneração”². Há, evidentemente, uma tautologia nessa definição, à semelhança do que ocorre com a do Estatuto dos Funcionários Públicos, pois ao se dizer que “cargo público é aquêlê criado por lei” não se disse coisa alguma, ficando por esclarecer a noção de cargo.

Todavia, para aquêles que consideram aceitável essa definição, ressaltamos que, também segundo ela, os substitutos eventuais de mandatários políticos não são titulares de um cargo, pelo simples fato de que não têm remuneração, sob qualquer forma.

Como, entretanto, não nos satisfaz êsse conceito de cargo público, cumpre externar nosso entendimento, que é o adotado pelo eminente mestre Professor MÁRIO MASAGÃO, para quem “a doutrina que melhor conceitua o *cargo público* é aquela que vê nêlê *um conjunto de atribuições individuais, que devem ser confiadas a uma pessoa física*”³.

Ai está, indubitavelmente, uma noção clara e precisa, verdadeiramente esclarecedora e através da qual é possível conhecer-se o elemento essencial do cargo, que é o conjunto de atribuições individuais.

Posteriormente, procurando tornar ainda mais precisa sua definição de cargos públicos, o Professor MÁRIO MASAGÃO formulou-a da seguinte maneira: “são os conjuntos autô-

2. Cf. *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed Freitas Bastos, 1956, v. IV, p. 12.

3. Cf. *Preleções* editadas pelo C. A. XI de Agosto, São Paulo, 1957 p. 233.

nomos de atribuições, dos serviços públicos de execução direta, criados pela lei, e que devem ser confiados a cada pessoa física”⁴. Como se verifica, o elemento nuclear do conceito são as atribuições, que os demais tѐrmos qualificam e determinam.

Essa conceituação segue, em suas linhas gerais, o pensamento de ORLANDO, embora o notável criador do *Diritto Pubblico Generale Italiano* tenha dado maior ênfase ao “fim público”, que deve ser inerente às atribuições do funcionário. Mas também para ORLANDO, era imprescindível a existência de *um conjunto de atribuições*, confiadas pelo Estado a uma pessoa física, a fim de cumprir uma função do próprio Estado⁵.

E é interessante notar que o legislador brasileiro, reconhecendo a imperfeição do conceito inserto no Estatuto dos funcionários públicos, corrigiu-o, exatamente para lhe dar uma formulação muito semelhante àquela de autoria do insigne mestre brasileiro há pouco mencionado. Com tal finalidade, a lei federal n.º 3 780, de 1960, dispôs, no artigo 4.º, item I: “Cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União”.

É necessário, portanto, que exista um conjunto de atribuições e responsabilidades, segundo a lei, para que se possa afirmar a existência de um cargo público federal, preceito que, na sua parte essencial, é aplicável a qualquer esfera da administração pública.

Dessa forma, o que se pode concluir, desde logo, é que não havendo atribuições, não existe cargo.

Ora, conforme se viu anteriormente, nenhum dos substitutos eventuais dos mandatários políticos, no âmbito federal, estadual ou municipal, tem qualquer atribuição, perma-

4. Cf. *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, ed. Max Limonad, 1960, Tomo II, p. 205.

5. V. E. ORLANDO, *Principii di Diritto Amministrativo*, Firenze, ed. Barbera, 1903, p. 49.

necendo apenas na expectativa de exercício das atribuições inerentes ao cargo de cujo titular são suplentes⁶.

Assim, pois, a conclusão que se impõe é que não existe “cargo” de Vice-Presidente da República, de Vice-Governador ou de Vice-Prefeito, como não existem, também, “cargos” de suplentes de Senador, Deputado ou Vereador.

b) *Função.*

1. *Em sentido estrito.*

A expressão “função pública” é bastante ambígua, aparecendo, na obra dos publicistas, com vários sentidos, mais ou menos coincidentes quando se trata de uma conceituação genérica, referente a “função do Estado”

Há, entretanto, alguns autores que emprestam àquela expressão um sentido menos amplo, vinculando-a ao próprio conceito de funcionário público, vale dizer, apreciando cada função como a soma de atribuições inerentes a um cargo.

A afirmação que decorre dessa conceituação de sentido estrito é que “a cada cargo corresponde uma função”, embora a recíproca não se dê, isto é, embora existam funções não correspondentes a cargos.

A essa conclusão, segundo nos parece, conduz claramente a posição de OTTO MAYER, para quem a função pública “é o aspecto exterior do emprêgo, o poder de representar

6. Tratando do problema na esfera municipal, observa, com muita propriedade, HELY LOPES MEIRELLES: “As leis orgânicas dos municípios comumente se referem ao “cargo de Vice-Prefeito” e estabelecem que a sua “posse” se dará na mesma data e com as mesmas formalidades da do Prefeito” Há, nessas expressões, impropriedade jurídica, porque, a nosso ver, não existe “cargo de Vice-Prefeito”, mas, tão somente, *mandato de Vice-Prefeito* para substituição do Prefeito. Não havendo cargo, não pode haver *posse*, nem *compromisso de exercício*. A posse do Vice-Prefeito só se dará no *cargo de Prefeito*, no momento em que entrar em *exercício*, para substituição (definitiva ou provisória) do titular. Neste momento é que o Vice-Prefeito se investe no *cargo* do qual é suplente.. ” (*Direito Municipal Brasileiro*, 2.^a Edição, S. Paulo, ed. Revista dos Tribunais 1964, V. II, p. 503/4).

o Estado em determinados negócios”⁷ Essa menção a “emprego” é uma evidente alusão ao cargo, pressupondo normalidade e permanência da atuação de um agente do Poder Público⁸.

É óbvio que, segundo esse conceito estrito de função pública, para que se pudesse afirmar que os substitutos eventuais de mandatários políticos exercem uma função seria preciso, antes de mais nada, admitir que eles são, efetivamente, titulares de cargos. Com efeito, se se dá à idéia de função o entendimento de conjunto de atribuições vinculadas a um cargo ou, até mesmo, erigidas em cargo, não poderão existir aquelas sem este, pois é no momento da criação do cargo público que as funções são reconhecidas e afirmadas como igualmente públicas.

Ora, conforme procuramos demonstrar linhas atrás, a afirmação de que os suplentes ou substitutos eventuais de mandatários políticos são titulares de cargos não resiste a uma análise mais percuciente.

Assim sendo, não existindo cargo não há, conseqüentemente, função em sentido restrito. Além disso, ao se conceber a função em sentido restrito, vinculada à noção de cargo, como emprego, surge ainda um novo requisito, que é o da continuidade ou permanência, o qual não é preenchido pelos substitutos eventuais de mandatários políticos, que nem mesmo sabem se em algum momento chegarão a exercer qualquer atribuição.

Poderia alguém objetar com a possibilidade de exercício de “função de-fato”, onde a vinculação jurídica se dá em termos diversos daqueles regulares que unem o funcionário ao Poder Público. Estaria o substituto eventual, quando influi sobre o governante, exercendo uma função de-fato?

7. Apud THEMISTOCLES CAVALCANTI, *ob. cit.*, V. cit., p. 123.

8. Convém notar que o Estatuto dos Funcionários Públicos da União, no Brasil, reserva a expressão “funções” justamente para as atribuições não vinculadas a cargos, isto é, para as atividades esporádicas ou, pelo menos, não permanentes.

Para que também essa hipótese fique esclarecida, analisaremos a questão apoiando-nos em substancial trabalho de FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, onde estão indicadas, com grande precisão, tôdas as modalidades e circunstâncias das funções de-fato⁹. Segundo ensina o preclaro mestre, as funções de-fato “lato sensu” compreendem três espécies: a) funções irregulares; b) funções de-fato “stricto sensu”; c) usurpações. No primeiro caso — das funções irregulares — o que se tem é a irregularidade na criação de um cargo, ou no seu preenchimento, quando regularmente criado. Mas sempre se supõe a existência de um cargo, o que, desde logo, exclui dessa hipótese os substitutos eventuais de mandatários políticos, pelas razões já apontadas¹⁰.

As funções de fato “stricto sensu”, embora conservando sempre um núcleo comum, comportam, entretanto, várias subespécies, que correspondem às hipóteses diversas de sua ocorrência, a saber: 1.^a) função de-fato exercida em razão de dever cívico, em caráter episódico ou momentâneo, verificada quando, numa grave emergência, está ausente o agente do Poder Público ou sua atuação se revela insuficiente. Assim, por exemplo, o auxílio para a prisão de um criminoso; 2.^a) exercício de atribuições de cargo, ou cargos, em regiões distantes, em face da duradoura deficiência da Administração Pública, como ocorre em regiões inóspitas ou quase desabitadas; 3.^a) concurso de particulares em caso de calamidade pública, como num grande incêndio ou numa enchente de grandes proporções; 4.^a) funcionário de-direito que se passa a de-fato, hipótese bastante rara, que se verifica, por exemplo, quando um funcionário, deixando de sê-lo, continua a praticar alguns atos absolutamente necessários e inerentes à função que ocupava, até que chegue o seu substituto¹¹.

9. cf. *Contribuição ao Estudo da Função De-Fato*, São Paulo, ed. Saraiva, 1957.

10. idem, p. 16.

11. idem, p. 41 a 44.

Como se pode observar, em todos êsses casos, não havendo cargo, dá-se auto-assunção, além do que o ponto de partida é sempre o exercício de atribuições. E justamente por essas características fundamentais é que se pode concluir que, também aqui, não se enquadram os substitutos eventuais. Resta, finalmente, a terceira hipótese de função de-fato, que é a usurpação, a qual se configura pelo exercício irregular de um cargo¹² pressupondo-se, portanto, a existência do cargo e o desempenho de atribuições, excluindo-se, por tôdas as razões já expostas, a possibilidade de que os substitutos eventuais de mandatários políticos estejam nêsse caso.

Por tudo quanto ficou demonstrado, parece-nos evidente que tais substitutos, por mais que influam no comportamento do governante a que, eventualmente, devam substituir, não exercem função pública em sentido estrito, nem como funcionários de-direito nem como funcionários de-fato.

Seria possível, entretanto, admitir que tais substitutos ou suplentes exercem função pública, dando-se a esta expressão um sentido mais amplo, sem qualquer conexão com a idéia de cargo? É o que passaremos a verificar.

2. *Em sentido amplo.*

Evidentemente, nem só aquêles que têm um vínculo empregatício permanente com a administração pública exercem uma função pública.

É exatamente o que se verifica quanto ao mandatário político, que é designado para o exercício de certas funções por um período pré-determinado, quase sempre relativamente breve. Não se poderia, então, admitir, que o substituto eventual ou suplente exerce uma função pública em sentido amplo?

12. Idem, p. 45.

Quanto aos suplentes dos membros do legislativo, parece não haver dúvida de que isso não ocorre, pois em nenhum lugar se menciona seu “cargo” ou sua “posse”, o que já não se dá, entretanto, com os substitutos de titulares dos postos executivos. Para que possamos chegar a uma conclusão segura, procuremos analisar o problema à luz da noção de função executiva, que compreende tanto as atribuições dos funcionários, pròpriamente ditos, quanto as daqueles que, através do processo eleitoral, vinculam-se temporariamente ao organismo público.

Essa consideração da função executiva com a amplitude que lhe estamos emprestando já se encontra na obra de JOHN STUART MILL, “Considerations on Representative Government”, publicada em 1861, onde se diz que “tôda função executiva, superior ou subordinada, há de representar um *dever* atribuído a um individuo determinado”¹³.

Mais recentemente o assunto foi tratado com notável precisão por RANELLETTI, que assinala, entre as atribuições do Poder Executivo, a existência de funções de “governo” e de “administração”. Segundo suas expressões, “em geral se chama de *governo* a parte mais eminente do poder executivo, aquela que dá o impulso e a direção suprema a tôda a vida e à ação do Estado, tanto no seu interior quanto nas relações internacionais, segundo as exigências dos interesses gerais do País num e noutro campo” Ao lado dessas atribuições, encontra-se a *administração*, “que é o cuidado dos negócios do Estado, segundo orientação pré-fixada, atuando a lei e as diretrizes do governo”.

E é o próprio RANELLETTI quem observa que o governo é função de iniciativa, de impulso, de direção, a qual dá à administração seu pensamento, seu espírito geral, sua direção, concluindo, afinal, que “o governo é a cabeça enquanto que a administração são os braços”¹⁴.

13. J. S. MILL, *Governo Representativo*, S. Paulo, ed. IBRASA, 1964.

14. O. RANELETTI, *Istituzioni di Diritto Publico*, Milano, ed. Giuffrè, 1954, Parti II, IV, p. 509.

Seria possível, à luz dêsses conceitos, sustentar que o substituto eventual do Chefe de Executivo, no sistema brasileiro, participa do exercício do Poder Executivo, através da função de governo ou de administração?

Começemos nossa verificação pela função administrativa, quanto à qual não haverá muito que observar. De fato, conforme estabelecemos baseados nos ensinamentos de RANELLETI, administração implica “atuação”, da lei ou das diretrizes de governo, ou seja, a aplicação à hipótese concreta, das ordens genéricas ou, ainda, o tratamento dos fatos segundo as intenções do governante. É a função que com mais propriedade se poderia chamar *executiva*, pois é através dela que se dá efetividade às determinações legais, ou, em outras palavras, é através dos *atos* próprios da função administrativa que o governo se concretiza.

Assim, pois, essa função tem um âmbito muito preciso de atuação, excluindo-se dela o arbítrio ou a mera escôlha de diretrizes. Só exerce “função administrativa” quem *pratica atos* nas circunstâncias aqui mencionadas.

Ora, a execução das determinações gerais emanadas do Poder Executivo é cometida a determinados agentes, segundo a natureza da ordem, suas finalidades, seus destinatários, além de outras peculiaridades. Mas, sejam quais forem as características e o alcance de tais ordens, já se sabe, de antemão, quais os agentes a quem compete dar-lhes efetividade. E não há, em todo o sistema legal brasileiro, uma única atribuição, um único aspecto ou momento de atuação de qualquer norma jurídica, que se tenha cometido a um substituto eventual de Chefe de Executivo.

Pode-se, portanto, concluir com tóda segurança que tais substitutos não participam do Poder Executivo através da função de administração. Cabe-nos, agora, verificar se, na verdade, êles participam da função governativa.

Quanto a êste aspecto, é necessário, antes de tudo, eliminar um equívoco, em função do qual muitos têm chegado a conclusões errôneas, podendo-se mesmo crer que nêle re-

side o fundamento do engano daqueles que sustentam a existência do “cargo” de Vice-Presidente, Vice-Governador ou Vice-Prefeito.

Consiste o equívoco na confusão entre influência *de fato* e influência *de direito*. Realmente, o que se afirma é que o substituto eventual de um Chefe de Executivo, eleito juntamente com êste, do qual, em grande número de casos, é até mesmo companheiro de Partido, tem, inevitavelmente, grande influência no Govêrno.

Mas será tal influência juridicamente assegurada? É êste o ponto fundamental a ser verificado para que se possam fixar as conseqüências jurídicas da situação. Não se há de negar que os substitutos eventuais, de que estamos tratando, podem mesmo ter uma influência decisiva sôbre o Chefe do Executivo, no tocante à solução de certos problemas governamentais ou até mesmo quanto à própria política de govêrno. Mas essa mesma espécie de ingerência é a que têm ou podem ter os parentes e amigos mais chegados e, sobretudo, os companheiros de campanha eleitoral do governante e os dirigentes do Partido a que êle pertença.

O que se verifica, entretanto, é que em todos êsses casos tem-se uma participação consentida — ainda mesmo que solicitada — pois a iniciativa, o impulso, a direção, que configuram a função de govêrno, continuam a pertencer inteiramente ao Chefe do Executivo, o qual poderá, a seu inteiro arbítrio, impedir aquela influência a qualquer momento.

Note-se também que ao titular do Govêrno cabe responsabilidade exclusiva, do ponto de vista jurídico, por essas atividades e suas conseqüências.

Assim, portanto, embora a função governativa aparente certa fluidez, em relação à administrativa, a fixação de competência para seu exercício não deixa qualquer margem à dúvida, sendo impossível sustentar-se que o substituto eventual participa do Poder Executivo, numa ou noutra função.

Tendo verificado que o personagem em estudo não exerce função pública em sentido estrito, nem participa da função executiva, façamos agora uma ampliação ainda maior do campo de análise, para nos fixarmos nas teorias que tratam das atividades públicas em sentido lato, a fim de ver se encontramos aí a presença do substituto eventual de mandatário político.

Em trabalho recente, PROSPER WEIL detém-se no estudo da noção de “serviço público”, para verificar, entre outras coisas, *como se caracteriza* tal serviço e *quem o executa*. Tal noção, no seu entender, comporta uma dualidade de sentidos, segundo o ângulo de apreciação. Assim, pois, admite êle uma concepção muito ampla, através da finalidade e da significação do serviço no quadro das atividades sociais, concluindo que, em sentido material, tem a característica de serviço público *tôda atividade de interesse geral*. Por outro lado, observa que, com a evolução dos sistemas administrativos, admitiu-se como normal a prática de atividades de interesse geral também por particulares, donde resulta, para efeito de diferenciação uma noção em sentido orgânico, segundo a qual é serviço público *tôda atividade exercida pelo poderes públicos*¹⁵.

Como se verifica, há uma noção mais ou menos estreita, que exige a participação dos órgãos dos poderes públicos, e outra bem mais ampla, que admite como serviço público *tôda atividade*, ainda que exercida por particulares, desde que atenda, preponderantemente, ao interesse geral. Ora, sem entrar em minúcias a respeito do que seja o “interesse geral”, porquanto de nenhum proveito para o presente estudo, podem-se já tirar as necessárias conclusões. Como vimos anteriormente, os suplentes dos mandatários legislativos estão completamente fora de cogitação, não havendo quem os pretenda membros do Poder Legislativo. No tocante à esfera de atribuições do Poder Executivo, acredi-

15. Cf. *Le Droit Administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 1964, p. 62 e segs..

tamos ter demonstrado que nela não se incluem os substitutos eventuais, nem participando das atividades de execução propriamente ditas, ou de administração, nem tendo qualquer influência juridicamente relevante na ação governativa, que compreende a iniciativa, o impulso, a direção, ou, em última análise, a fixação da política do governo. Assim sendo, pode-se afirmar que os substitutos eventuais não executam serviço público, em sentido orgânico, por não participarem dos Poderes Públicos, como não o executam em sentido material, uma vez que, enquanto substitutos, não têm qualquer atribuição.

Semelhante, até certo ponto, é o pensamento de ENZO CHELI que chega entretanto à concepção de função em seu sentido mais amplo. Afirmando a existência de uma relativa estabilidade de significados, aceita a doutrina que, no âmbito jurídico, identifica “função” com o poder que se exerce “não por interesse próprio, ou, pelo menos, não exclusivamente próprio do sujeito agente, mas por um interesse alheio, ou por um interesse objetivo”. Observa ainda que, “mais genericamente, não porém, com menor exatidão, outra doutrina compreende no conceito de função *tôda atividade ordenada segundo um fim* ¹⁶.

E também aqui se tem como necessária, para que se caracterize a função, a prática de atos referidos a determinados fins. — Ainda que não se exija qualquer vinculação, direta ou indireta, com os Poderes Públicos, permanecendo-se no âmbito mais largo da “noção em sentido material”, segundo a terminologia de WEIL, haverá, necessariamente, a exigência de atuação, sendo insuficiente a simples condição de mandatário.

Ainda nesta ordem de considerações, será interessante uma referência, mesmo que breve, à situação dos substitutos eventuais, perante o conceito de órgão do Estado. Com efeito, encontra-se em JELLINEK, o notável sistematizador da

16. Cf. *Atto Politico e Funzione d'Indirizzo Politico*, Milano, ed. Giuffrè, 1961.

Teoria do Estado, a afirmação de que “eleger, no significado do direito público, significa nomear um órgão do Estado, num sentido amplo, nomear um órgão de qualquer comunidade”¹⁷. Querirá isto significar que a simples eleição já dá a alguém a condição de órgão? Evidentemente, não foi êsse o pensamento do insigne mestre, que, sem sombra de dúvida, referia-se à eleição para escôlha do titular de um cargo, o que se pode ver claramente por sua própria afirmativa de que “com a aceitação da eleição o indivíduo assume os mesmos deveres do officio de um empregado”¹⁸.

Aliás, essa noção de órgão foi retomada por KELSEN, que lhe deu maior amplitude, tornando-a, todavia, mais precisa, quando diz que “a realização de qualquer ato juridicamente prescrito e, por consequência, imputável ao sistema estatal, considerado na sua unidade, constitui o exercício de uma função, e o autor do ato é um órgão do Estado”¹⁹. Associando as idéias de órgão e de função, o notável mestre do normativismo clarificou as noções, permitindo-nos afirmar que, não havendo função, não há como falar em órgão.

Após essas considerações e com base nos argumentos expendidos, podemos já enunciar uma importante conclusão: *os substitutos eventuais de mandatários políticos não têm cargo e não exercem qualquer função no Estado.*

c) *Mandato.*

1. *O Mandato em Direito Público e em Direito Privado.*

O mandato político é tema bastante polêmico, sôbre o qual ainda não se detiveram, suficientemente, os publicistas. Assim sendo, e tendo em conta inúmeros pontos comuns ao

17 Cf. *Sistema Dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, p. 175.

18. Idem, p. 189.

19. HANS KELSEN, *Teoria Geral do Estado*, Coimbra, ed. Armênia, 1951.

mandato público e privado, faz-se necessário recorrer aos privatistas, os quais, mormente por sua condição de atualizadores da herança romana, têm estudado minuciosamente o assunto, elaborando uma teoria dos mandatos, completa sob o ângulo privado e bastante útil quanto à compreensão de muitos aspectos do instituto público.

Na verdade, a qualificação de “mandatários” dada aos representantes políticos não foi obra do acaso ou mera designação analógica, havendo, pelo contrário, razões históricas que ligam o atual mandato, público ou privado, à “*manus datio*”, dos romanos. Aliás, se aceitarmos a definição de mandato, bastante genérica, formulada por CARVALHO DE MENDONÇA, poderemos aplicá-la quase que indistintamente, a uma ou outra esfera. Diz o eminente mestre que mandato é o “contrato pelo qual alguém constitui a outrem seu representante, investindo-o de poderes para executar um ou mais de um ato jurídico”²⁰. Evidentemente, não será possível a aceitação integral dessa noção pelos publicistas, sobretudo pelo conteúdo contratualista, que implica responsabilidade e que é, exatamente, um dos mais importantes pontos de divergência entre o mandato público e o privado.

Há, entretanto, um núcleo comum explicado pela coincidência de origem, que se conserva e que permite a apreciação de certos ângulos do mandato público à luz da análise do instituto privado. Para demonstrar, em rápidos traços, essa vinculação à raiz comum, faremos menção ao chamado “mandato imperativo”, que foi, por assim dizer, o momento de transição. De fato, segundo norma vigente nos grandes Estados europeus desde o fim da Idade Média, e que foi, afinal, repudiada pelos teóricos da Revolução Francêsa, os representantes do povo recebiam um *mandato imperativo*. Isto significava que, enquanto mandatários, estavam obri-

20. Cf. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, R. Janeiro, ed. Revista Forense, 1957, Tomo I, p.197.

gados a seguir fielmente as instruções, geralmente escritas, que lhes eram dadas pelos eleitores dos respectivos distritos. Através delas determinava-se, antecipadamente, como se deveria comportar o representante no momento da votação das leis e perante as questões que lhe fôsem submetidas. Caso surgisse uma circunstância nova, não prevista de antemão, deveria o representante dirigir-se ao povo, a fim de receber instruções, além do que ficava, sempre, obrigado a prestar contas do desempenho do mandato. Se fôsse julgada insatisfatória sua atuação, o mandato poderia ser revogado, havendo ainda a hipótese de não pagamento dos subsídios.

Essa prática foi expressamente repudiada pela Constituição francesa de 1791, quando estabeleceu: “os representantes eleitos nos departamentos não serão representantes de nenhum departamento em particular, mas de tôda a nação e *não lhes poderá ser dado nenhum mandato*” Quando se fala aqui em mandato isto se refere, exatamente, às instruções ou ordens específicas dadas pelos eleitores. Não obstante essa posição adotada pelos franceses, o problema ainda custou algumas décadas para ser superado na Inglaterra. Com efeito, o “Reform Bill”, de 1832, modificou substancialmente o processo eleitoral, visando, sobretudo, substituir o predomínio das antigas oligarquias pela livre opinião. Mas algumas associações, ostensivas ou secretas, que aglutinavam grandes números de eleitores, procuraram impor aos deputados, cuja eleição dependia do seu apôio, o mandato imperativo. Isto foi feito, em primeiro lugar, na cidade de Londres, repetindo-se, depois, em várias outras localidades. A chamada “Resolução de Londres”, de 17 de outubro de 1832, estabelecia, entre outras coisas: “2.º os membros escolhidos como representantes no Parlamento deverão fazer o que os comitentes desejarem que êles façam, e lhes mandarem fazer; 4.º será exigido, de cada membro, um compromisso assinado, pelo qual ele se obrigue a agir sempre e em tôdas as coisas, conforme os desejos da maio-

ria de seus comitentes, claramente expressados, ou, por sua ordem, a renunciar ao mandato com o qual êles o honraram”²¹.

Embora ainda se verifiquem algumas tentativas, de pequena expressão, no sentido da restauração do mandato imperativo, parece totalmente afastada essa possibilidade, tendo em vista os rumos e as características adotados pela representação política. Entretanto, e é isto, sobretudo, que nos interessa ressaltar, através do mandato imperativo percebe-se, claramente, a presença do mesmo instituto acolhido pelo direito privado, a tal ponto que DARCY AZAMBUJA afirmaria peremptoriamente: “O mandato imperativo assimila completamente a representação política ao *mandato* de direito privado”²². Pareceu-nos importante essa demonstração, porque será através do confronto das peculiaridades da situação do representante político, com a teoria privatística do mandato, que iremos procurar resposta para as seguintes indagações: os substitutos eventuais dos mandatários políticos têm também um mandato? em caso afirmativo, de que espécie é êsse mandato?

2. *O Mandato e os Substitutos Eventuais.*

Uma questão importante que já ficou esclarecida é que os substitutos eventuais de mandatários políticos não agem enquanto tais, podendo mesmo dar-se o caso de que nunca venham a ter qualquer atuação, o que só ocorrerá se efetivarem a substituição. Para que isto se dê, é necessário que os mandatários, dos quais são eventuais substitutos, se ausentem ou fiquem impedidos. Ora, como bem observa o

21. A respeito do mandato imperativo podem-se consultar: DARCY AZAMBUJA, *Teoria Geral do Estado*, Pôrto Alegre, ed. Globo 1962, p. 257 a 259; M. OSTROGORSKI, *La Démocracie et l'Organization des Parties Politiques*, Paris, ed. Calmann Lévy, 1903, Tomo I, p. 460 e Tomo II, p. 208 e 231; GIOVANNI SARTORI, *A Teoria da Representação no Estado Representativo Moderno*, Belo Horizonte, ed. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1962.

22. *Ob. cit.*, 257.

Professor SILVIO RODRIGUES, com muita objetividade, a obrigação do mandatário, e que decorre da própria natureza do mandato, “é a de agir em nome do mandante”²³.

Temos então a seguinte situação: mandatário é aquele que, atendidos certos requisitos, *age*, em nome de outrem. E os substitutos eventuais de mandatários políticos *não agem* enquanto permanecem nessa condição. Poder-se-ia, então, com propriedade, afirmar que são mandatários? Ainda recentemente, através da emenda constitucional n.º 13, de 8 de abril de 1965, que estabeleceu, no Brasil, a coincidência de mandatos, falou-se expressamente nos *mandatos* de Vice-Governador e de Vice-Prefeito. Haveria, na realidade, tais mandatos?

Conforme nossa observação anterior, embora não haja perfeita coincidência entre o instituto no âmbito do direito privado e no do direito público, havendo mesmo diferenças substanciais, a origem comum faz com que seja possível aplicarem-se, por analogia, certas formulações teóricas a uma ou outra espécie de mandato. Essa relativa possibilidade de se lhes dar o mesmo tratamento teórico, aliada à inexistência de uma completa doutrina publicística da matéria, autoriza-nos e obriga-nos mesmo a recorrer aos privatistas para procurarmos solucionar a questão.

Verificando-se a teoria dos mandatos e procedendo, especialmente, à análise das peculiaridades de cada espécie, chega-se à conclusão de que os substitutos eventuais de que nos estamos ocupando, caso possam, realmente, ser admitidos como verdadeiros mandatários, estariam mais próximos da hipótese do *mandato sucessivo*. Com efeito, segundo esclarece o Código Civil Brasileiro, no artigo 1304, “sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento, entender-se-á que são sucessivos, se não forem expressamente declarados conjuntos, ou solidários, nem especificamente designados para atos diferentes”.

23. Cf. *Direito Civil*, São Paulo, ed. MAX LIMONAD, 1962, v 3 p. 311.

Há uma diferença, relativa à forma, que deve ser destacada. Refere-se ela à unicidade do instrumento, o qual, no âmbito do direito público, a rigor, não existe, a não ser na hipótese do mandato imperativo, já em desuso. No âmbito público o caráter sucessivo é estabelecido pela própria Constituição, não se exigindo a contemporaneidade da nomeação. Quando alguém é designado para sucessor eventual de outrem, isso está implícito, ou na situação que resulta das eleições — quando da suplência de mandatário legislativo — ou no próprio registro do candidato — nos casos de substituto eventual de mandatário executivo.

Parece-nos, entretanto, que essa dissemelhança não desfigura a espécie, pois embora o Código Civil mencione o “mesmo instrumento” os doutrinadores, de maneira geral, dão como característica do mandato sucessivo a ordem de nomeação, quando não se faz menção ao uso conjunto ou simultâneo por mais de um mandatário. É o que ensina, entre outros, o Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, para quem, “se a procuração é conferida a vários mandatários, a regra é que êstes são nomeados para que um sirva na falta do outro, segundo a ordem de nomeação” E acrescenta o eminente civilista: “Presume-se, em tal caso, que o mandato é sucessivo”²⁴.

Como se percebe, é perfeitamente possível enquadrar os substitutos eventuais de mandatários políticos nessa hipótese, ainda mais se considerarmos que, à semelhança do que se dá com êles, para que o segundo mandatário possa agir, atuando em função do mandato, será necessário que o primeiro não queira, não possa ou esteja impedido de fazê-lo. Assim, pois, tanto no caso da relação civil quanto do mandato político, quando o mandato estiver sendo exercido pelo primeiro nomeado devem os posteriores abster-se de qualquer intervenção²⁵.

24. Cf. *Curso de Direito Civil*, S. Paulo, ed. Saraiva, 1959, v. 2, p. 283.

25. Sobre essa característica do mandato sucessivo vejam-se: WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *loc. cit.*, J. M. CARVALHO SANTOS,

Acrescente-se, ainda, mais um ponto comum, ressaltado com muita precisão por CLÓVIS BEVILAQUA, cujas observações vale a pena transcrever: “A regra é que os vários mandatários são nomeados para que sirvam uns na falta dos outros, substituindo-se pela ordem de nomeação. Mas aquêlê que inicia a execução do mandato por estar impedido ou se ter recusado o antecedente, deve concluí-lo, como se fôsse mandatário único, segundo a regra do direito romano (D. 3.3. fr. 32) que a razão aprova”²⁶. É o que se verifica no âmbito público, na hipótese de renúncia ou de impedimento definitivo de um mandatário.

Poder-se-ia, à luz dessas considerações, concluir que os substitutos eventuais de mandatários políticos são, efetivamente, portadores de um mandato? E mais, que sua situação configura um mandato sucessivo? Antes de dar resposta a essa ordem de indagações, é necessário que seja esclarecido o seguinte: quando um substituto eventual passa a agir em lugar do titular atua como substituto? E, nêsse caso, exerce mandato de substituto?

Esta última questão tem sido objeto de debates em vários momentos da história norte-americana, voltando à tona sempre que surge uma emergência de substituição, a fim de se saber, entre outras coisas, quantos mandatos alguém já exerceu e se no momento de assumir o cargo o substituto eventual deve ou não fazer novo juramento. Para nós, entretanto, a questão se torna importante, para que possamos concluir com segurança a respeito da verdadeira situação jurídica do personagem que estamos estudando²⁷

Código Civil Brasileiro Interpretado — Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos, 1958, v. XVIII, p. 262.

26. In *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, ed. Livraria Francisco Alves, 1954, v. 5, p. 40.

27. Embora discordando das conclusões de EDWARD S. CORWIN, julgamos interessante transcrever suas observações a respeito dêsse debate nos Estados Unidos da América. Naquele país verificou-se pela primeira vez a substituição de um Presidente pelo Vice-Presidente em 1841, ao falecer William Henry Harrison, que fôra o 9.º Presidente da República norte-americana, assumindo a presidência em seu lugar John

Ora, no caso do mandato sucessivo, a única diferença entre os mandatarios reside no momento em que cada um pode ou deve agir. Desde, entretanto, que o sucessor adquira condições para atuar, sua condição jurídica em nada o diferencia do seu antecessor, passando a ser êle, para todos os efeitos, o titular do mandato.

E é justamente o que se verifica também no âmbito político. Quando um Chefe de Executivo pratica qualquer ato não cabe indagar se êle é o titular originário do cargo ou se, diferentemente, é um sucessor em exercício de mandato, pois em ambas as hipóteses sua situação jurídica será exatamente igual. Isto nos leva a concluir que o *substituto eventual recebe um mandato de titular e não de substituto*.

Será então possível sustentar-se que o povo, ao eleger um Presidente e um Vice-Presidente, um Governador e um Vice-Governador, um Prefeito e um Vice-Prefeito, concede,

Tyler. Tendo-se dado a morte de Harrison no dia 4 de abril, “dois dias depois”, observa CORWIN, “Tyler prestou o juramento prescrito pela Constituição para o Presidente, mas somente, segundo suas palavras, para “maior precaução”, já que estava convencido de ser completamente “competente para cumprir os deveres e exercer as faculdades do cargo de Presidente, sem nenhum outro juramento além daquele” que havia prestado como Vice-Presidente. Em outras palavras, evidentemente a crença original de Tyler era que atuava como Vice-Presidente em substituição ao Presidente, e não como Presidente.” É o próprio CORWIN, entretanto, quem observa que, contrariamente ao que se concluía da atitude inicial de John Tyler, no dia 9 de abril de 1841, em sua “mensagem inaugural”, Tyler proclamou enfaticamente que, com sua eleição, fôra designado para o alto cargo de Presidente. E apesar disso insiste ainda o mesmo CORWIN: “Evidentemente, a idéia dos forjadores (da Constituição americana) era que o Vice-Presidente continuaria como tal, um substituto, um *locum tenens*, em qualquer oportunidade de sucessão, e se converteria em Presidente só em caso de ser eleito para dita função. Não obstante, a conduta de Tyler, imitada seis vezes, deve ser considerada atualmente como lei do país (grifo nosso), para os casos em que o Presidente, seja por morte, destituição, renúncia ou outra causa, desapareceu da cena” (Cf. E. S. CORWIN, *El Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 52 a 73).

respectivamente, dois mandatos de Presidente, de Governador e de Prefeito?

Embora surpreendente e paradoxal, à primeira vista, essa conclusão parece-nos perfeitamente correta, precisamente por estarmos diante de hipóteses de mandato sucessivo. Nada impede a designação de mais de um mandatário, embora haja apenas um cargo, desde que se estabeleça uma ordem sucessiva para o *exercício* do mandato.

Parece-nos, portanto, que, sem deixar de reconhecer a existência de certas diferenças substanciais entre o mandato civil e o mandato político (basta atentar-se para o fato de que êste é praticamente irrevogável²⁸, além de permitir ao mandatário agir também em nome daquêles que não lhe outorgaram o mandato), podemos já enunciar nossa conclusão fundamental: *os substitutos eventuais de mandatários políticos têm mandato* para os cargos cujos titulares deverão substituir. É necessário, entretanto, consignar bem claramente que êles *não têm exercício de mandato*, sendo absolutamente errôneo afirmar-se que alguém “exerce o mandato” de Vice-Presidente, Vice-Governador ou Vice-Prefeito.

III. Nula Repercussão Jurídica da Existência dos Substitutos Eventuais.

a) *Inexistência de direitos e obrigações.*

Da situação jurídica em que se acham os substitutos eventuais decorre que, enquanto tais, não lhes assistem direitos nem se acham adstritos a obrigações.

28. PIMENTA BUENO considera que seria danosa “uma comissão irrevogável de largo período”, reconhecendo, com satisfação, que a Constituição brasileira do Império estabelecera, quanto aos deputados, uma irrevogabilidade de curto período (Cf. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, ed. Min. da Justiça, 1958 — p. 51). Mais modernamente, nos Estados Unidos da América, tentou-se estabelecer a revogabilidade através do “recall”, instituto que, embora ainda vigente, não produziu qualquer resultado, conforme nos dá conta DARCY AZAMBUJA (*ob. cit.*, p. 260).

Realmente, não lhes competindo qualquer atribuição, não os alcançam os direitos e obrigações que definem a situação jurídica do titular do cargo. Embora possam estar na iminência de assumir a Chefia do Executivo, não têm o direito de interferir, de qualquer maneira, nos negócios públicos, não tendo mesmo o direito de exigir a obediência dos funcionários, mesmo daquêles colocados na escala inferior da hierarquia em cujo tôpo êles se encontrarão, eventualmente, de um momento para outro²⁹.

O único direito que assiste aos substitutos é justamente o de efetivar a substituição, quando verificados os requisitos legais. Mas, mesmo nêsse caso, quem vai exercer o direito já não é o substituto, uma vez que, no próprio momento em que se configura a hipótese legal de substituição, êle surge como titular do cargo e é nesta condição que passa a agir, inclusive para praticar o ato de posse.

O mesmo se há de dizer em relação às obrigações, pois, enquanto substitutos, o organismo público não depende dêles para coisa alguma e nem mesmo o titular do cargo, do qual são suplentes, pode exigir-lhes obediência. E, uma vez alçados à condição de titulares, assumem tôdas as obrigações inerentes ao cargo, exatamente como se fôsem titulares originários³⁰.

E se ocorrer a hipótese de um substituto eventual, após efetivar a substituição, voltar à condição de suplente, nêsse

29. Fala-se, no Brasil, em *subsídios* de Vice-Presidente da República. Essa designação, a nosso ver, é incorreta, pois os subsídios têm caráter remuneratório e visam retribuir serviços prestados.

30. Há uma obrigação "sui generis", atingindo, no Brasil, o Vice-Presidente da República, que é a de só deixar o território nacional se previamente autorizado pelo Congresso Nacional, segundo disposição do artigo 85 da Constituição de 1946. Êsse mesmo artigo, entretanto, comina a pena de "perda de cargo" (sic) para o caso de desobediência. Ora, como o Vice-Presidente da República não tem cargo, nada teria a perder. Não obstante, estabeleceu-se, quanto a êle, a praxe do pedido de licença. De qualquer forma, entretanto, não existe aí a obrigação de agir em qualquer setor da administração pública.

exato momento fica inteiramente falto de direitos e livre de obrigações.

b) *Descabimento de Prerrogativas e Restrições.*

Ora, não sendo os substitutos eventuais, de que estamos tratando, titulares de cargos, não tendo funções e não exercendo mandato, não nos parece razoável conceder-lhes prerrogativas nem impor-lhes restrições.

Aliás, numa observação muito precisa e objetiva, diz PAULINO JACQUES que “as prerrogativas e os impedimentos do mandatário visam proteger o *exercício* (grifo do próprio autor) do mandato”³¹.

Referindo-se especificamente à situação do Vice-Prefeito, diz HELY LOPES MEIRELLES que “as incompatibilidades ou impedimentos funcionais estabelecidos para o Prefeito não atingem o Vice-Prefeito enquanto êste não assumir aquêle cargo”, ponderando, ainda, com muito acêrto a nosso ver, que “enquanto o Vice-Prefeito não auferir vantagens do cargo de Prefeito, não poderá suportar os ônus correlatos”³².

Essas mesmas observações podem ser estendidas, de maneira geral, a todos os substitutos eventuais de mandatários políticos. Entretanto, embora pacífica a aceitação do descabimento de prerrogativas, o mesmo não se dá quanto às restrições, sendo comum a alegação, no tocante aos suplentes dos mandatários executivos, de que é inegável o fato de sua influência junto aos órgãos da administração pública.

A essa observação pode-se responder que a mesma influência de fato ocorre quanto aos parentes mais próximos, os amigos íntimos, os companheiros de Partido e os dirigentes da campanha eleitoral, podendo-se mesmo observar que êsses, via de regra, *sempre* influirão, ao passo que o substi-

31. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1962, p. 131.

32. *Ob. cit.*, v. II, p. 504.

tuto eventual, ou por ter sido eleito em chapa de oposição ou por não estar de acôrdo com a orientação adotada por aquêle que, eventualmente, em caso de substituição, irá obrigá-lo a receber os negócios públicos em condições que não são de seu agrado, poderá não ter qualquer influência.

Por êsses motivos cremos que, assim como as prerrogativas, não têm cabimento as restrições que se queiram impor aos substitutos eventuais dos mandatários políticos.

c) *Impossibilidade de atuação jurídica.*

Sempre com a preocupação de verificar a *significação jurídica* dos substitutos eventuais, acrescentamos agora que, além de não possuírem direitos e de não se sujeitarem a obrigações, êles estão até mesmo impossibilitados de atuar juridicamente, na condição de substitutos.

Na verdade, a própria inexistência de direitos e obrigações parece implicar nesta conclusão. Há, porém, uma circunstância, relativa à condição do mandatário político, que merece realce: é a possibilidade de renúncia do mandato, ato jurídico de inegável importância.

Poderá um suplente, de mandatário legislativo ou executivo, renunciar ao seu mandato? A primeira particularidade a ser observada é que, enquanto permanecer na condição de substituto eventual, êste não tem qualquer espécie de relação com os órgãos da administração, os quais, para todos os efeitos jurídicos, ignoram sua existência. Assim sendo, não há qualquer órgão competente para tomar conhecimento dessa intenção de renunciar.

Por outro lado, o substituto eventual não tendo atribuições, sua renúncia não teria qualquer efeito, pois, em tese, êle poderá jamais ser chamado a exercer o mandato. Isto fica mais claro e mais chocante se tomarmos por base os suplentes de mandatários legislativos. Na realidade, todos aquêles que foram candidatos e não se elegeram são suplentes de suas respectivas legendas. E, no entanto, pa-

receria sumamente ridículo se um nonagésimo suplente se dirigisse a alguém manifestando a intenção de renunciar ao seu mandato.

Entretanto, parece-nos fora de dúvida que a situação daquêle suplente é igual à de qualquer substituto eventual, não importando qual seja a posição de cada um na ordem de sucessão. Em qualquer caso, temos alguém que é titular de um mandato, tendo apenas a expectativa de exercê-lo. Só na hipótese de ocorrer, e quando ocorrer, a possibilidade de exercício do mandato é que se toma conhecimento, para fins de organização pública, da existência do substituto eventual, podendo êste, se assim o desejar, deixar de tomar posse do cargo, renunciando ao seu mandato. Já então aquêle mesmo órgão, perante o qual deveria formalizar-se a posse, adquire competência para conhecer da renúncia.

Dessa forma, quando fôr proibida a acumulação “de mandatos”, tem-se uma exigência mais severa, proibindo-se a *aceitação* de dois mandatos. Entretanto, quando se falar em proibição do exercício de mandatos simultâneos, bem como da acumulação de uma função ou cargo com o exercício de um mandato, não se terá atingido o substituto eventual. Há, porém, um problema que parece insolúvel, pois quando alguém é substituto eventual e recebe um novo mandato, deparando com a proibição de *acumular mandatos*, sem menção ao exercício, só poderá, a rigor, renunciar ao segundo mandato, uma vez que não há perante quem renunciar ao primeiro, enquanto não fôr chamado para exercê-lo. A solução estaria na proibição de inscrição, como candidato, de alguém que seja portador de mandato de substituto eventual, sempre que puder surgir a hipótese de uma acumulação de mandatos vedada por lei.

O que se pode concluir destas considerações é que os substitutos eventuais de mandatários políticos não podem praticar, nessa qualidade, qualquer ato jurídico, não tendo mesmo a possibilidade de renunciar a êsse mandato, enquanto não surgir a ocasião de exercê-lo.

IV. Conclusões.

a) *Vantagens e Desvantagens para o Govêrno.*

À luz de tudo quanto foi expôsto aqui, pode-se concluir, com segurança, que os substitutos eventuais não são essenciais à configuração de um sistema de govêrno. Qual seria, então, a razão de sua existência?

O assunto será melhor examinado à luz da opinião dos teóricos da Constituição norte-americana, entre os quais não havia unanimidade de critério a respeito dêle. Verifica-se mesmo que alguns dêles, como THOMAS JEFFERSON³³, pura e simplesmente ignoraram a figura do Vice-Presidente.

Já o mesmo não se dá quanto a HAMILTON, que num dos artigos publicados por “O Federalista” defende a designação de uma pessoa especial para a Vice-Presidência, valendo-se dos seguintes argumentos: “O fato de que se nomeie uma pessoa especial, para o pôsto de Vice-Presidente, tem sido objetado não só como superfluo, mas já prejudicial. Sustenta-se que teria sido preferível autorizar o Senado para que elegeisse, dentro de si mesmo, um funcionário que ocupasse êsse cargo. Há duas considerações, porém, que parecem justificar as idéias da convenção acêrca do assunto. Uma é que, para assegurar em todo tempo a possibilidade de uma resolução definida nêsse corpo, é necessário que o Presidente tenha unicamente voto de qualidade. E tirar o Senador de um Estado de sua cadeira, para pô-lo na Presidência do Senado, seria trocar, a respeito dêsse Estado, um voto fixo por um voto eventual. A consideração restante consiste em que, como o Vice-Presidente pode substituir ocasionalmente o Presidente, na suprema magistratura executiva, tôdas as razões que apoiam o modo de eleição pres-

33. É o que se nota em seus comentários aos projetos de Constituição da Virgínia, de 1776 e 1783 (apud THOMAS JEFFERSON, *Escritos Políticos*, São Paulo, ed. IBRASA, 1964).

critério para um se aplicam com grande força à maneira de designar o outro”³⁴.

Como fica evidente, toda a argumentação de HAMILTON se prende aos debates travados naquela época em torno do problema da representação, disputa que levaria ao sistema bi-cameral americano, com uma Casa composta através da representação proporcional dos Estados e outra dando a possibilidade de uma representação igualitária para todos os Estados. Sem entrar em considerações sobre as vantagens concretas que pode representar para qualquer Estado a conquista, por um representante seu, da Presidência do Senado, bastará ter em conta que, através do tempo, cada vez mais, se afirmou que o Senado, embora composto por representantes dos Estados, é um órgão da União e como tal procede ao debate dos problemas.

Há, entretanto, uma particularidade que, por razões óbvias, não poderia ter sido percebida pelo notável federalista, mas que, quase um século e meio mais tarde, com o apoio de uma larga experiência histórica, seria ressaltada por outro publicista norte-americano, que foi WOODROW WILSON. Referimo-nos exatamente à ausência de atribuições do Vice-Presidente da República, cujos malefícios foram sentidos por WILSON, quando Presidente dos Estados Unidos da América, inspirando-lhe a observação de que “o sistema político norte-americano não é coordenado a tal ponto que possa fornecer treino aos aspirantes à presidência”, e isso de modo tão acentuado que “até mesmo ao Vice-Presidente não se concede oportunidade para aprender os deveres do ofício”³⁵.

Com efeito, não sendo necessário à configuração do regime e não tendo qualquer atribuição, o Vice-Presidente, assim como o Vice-Governador e o Vice-Prefeito, aparece

34. Cf. A. HAMILTON, J. JAY e J. MADISON, *O Federalista*, Rio de Janeiro, Editôra Nacional de Direito 1959, p. 275.

35. Cf. *Governo Constitucional nos Estados Unidos*, São Paulo, ed. IBRASA, 1963, p. 50.

como um corpo estranho, sem nenhuma participação e sem qualquer responsabilidade na atuação dos poderes públicos, o que, afinal de contas, anula as vantagens que poderiam advir da segurança de continuidade dos negócios públicos.

b) *Interêsse Político-Eleitoral.*

A única justificativa que resta para a manutenção do personagem em estudo é a vantagem político-eleitoral, que resulta da possibilidade da união de legendas ou de grupos eleitorais, através da formação de uma chapa híbrida.

Poder-se-ia falar da vantagem que representa a certeza de que o substituto eventual, tendo sido companheiro de chapa do substituído, dará continuidade à administração. Mas a prática tem demonstrado que muito raramente isso ocorre, pois a possibilidade de eleger também o substituto eventual tem sido utilizada justamente para selar uniões híbridas, muitas vêzes até contraditórias, a fim de se obter um contingente eleitoral poderoso, ainda que de efêmera duração. Eis aí o que tem resultado na prática: o substituto eventual, completamente alheio à administração, na expectativa de assumir o govêrno para implantar suas próprias idéias ou aquelas defendidas pelo grupo a que pertence. Parece-nos fora de dúvida que tais circunstâncias anulam, completamente, qualquer benefício que pudesse resultar do fato de se ter alguém sempre à mão, para substituir ou suceder o titular de um cargo em qualquer emergência.

c) *Irrelevância Jurídica.*

Finalmente, mais uma conclusão que se pode tirar, e que nos parece de capital importância, é a afirmação da total irrelevância jurídica dos substitutos eventuais de mandatários políticos.

De fato, não tendo cargo ou função, não exercendo mandato, não podendo praticar atos jurídicos nem estar adstritos ao cumprimento de obrigações, êsses personagens

praticamente não existem para as atividades do poder público que tenham significação jurídica.

São, na verdade, titulares de um mandato sucessivo, na expectativa de poder atuar quando impedidos ou ausentes os seus antecessores, mas, quando isto se dá, já não agem como substitutos eventuais e sim como verdadeiros titulares.

Por tudo isso não se justifica, para êles, o gozo de qualquer prerrogativa ou a imposição de restrições de qualquer natureza, uma vez que também existe a possibilidade de que se escôe o período do mandato sem uma única oportunidade de se efetivar a substituição.

Isso tudo empresta às figuras dos substitutos eventuais o caráter de verdadeiro artifício político-eleitoral, sem nenhuma significação para o mundo do direito.

Conceito Moderno do Serviço Público.

José Cretella Junior

(Livre Docente de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.)

PRIMEIRA PARTE.

Conceito de Serviço Público na Doutrina Universal.

SUMÁRIO: 1. Noção de Serviço Público. 2. Importância da obtenção do conceito de Serviço Público. 3. Crise da noção jurídica de Serviço Público. 4. Dificuldades da conceituação do Serviço Público. 5. Teorias relativas ao Serviço Público. 6. Escola negativista. 7. Escola do Serviço Público. 8. Escola Institucional de HAURIUO. 9. Outras definições.

1. A noção de Serviço Público¹.

Investigação das mais complexas, tarefa das mais árduas é fixar de modo preciso o sentido da expressão Serviço Público.

1. **Bibliografia.** GASTON JÈZE, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, Madrid, s/d., trad. de CARLOS GARCIA OVIEDO, p. 283. Cf. idem, Buenos Aires, 1949, trad. de JULIO N. SAN MILLÁN ALMAGRO, v. II, p. 3; MAURICE HAURIUO, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., Paris, 1907, p. 56; LÉON DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1907, p. 438 e *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2.^a ed., Paris, 1911, p. 69; HENRY BERTHÉLEMY, *La notion de service public*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, p. 817-820; ROGER BONNARD, *Précis de Droit Administratif* (Partie

Com efeito, embora a organização e o funcionamento dos Serviços Públicos sejam, na opinião de autorizados mestres, de importância fundamental no âmbito do Direito

Générale), Paris, 1935, p. 235 e *Précis de Droit Public*, 7.^a ed., Paris, 1946, pág. 183; LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, 9.^a ed., Paris, 1947, págs. 1 e 16; PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952, p. 502; MARCEL WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6.^a ed., Paris, 1952, p. 5; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, p. 35 e 551 e *Manuel de Droit Administratif*, 4.^a ed., Paris, 1955, p. 19; ANDRÉ BUTTGEBACH, *Théorie générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 3 e *Principes généraux, organisation et moyens d'action des administrations publiques*, Bruxelles, 1954, pág. 51; FRITZ FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, 1933, p. 198 e p. 259 da ed. espanhola; ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato*, de ORLANDO, Milano, 1930, vol. VI, parte I, p. 379; Idem, *Elementi di Diritto Amministrativo*, 2.^a ed., Padova, 1951, p. 281; GUIDO ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato*, de ORLANDO, Milano, 1935, vol. II, parte III, p. 235; Idem, *Corso di Diritto Amministrativo*, 4.^a ed., Milano, 1949, vol. III, pág. 301; SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1888, pág. 806; VELASCO CALVO, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Murcia, 1920, vol. I, p. 43; Idem, *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1927, p. 88; ADOLFO POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1923, p. 267; ANTONIO ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, 10.^a ed., Valladolid, 1927, p. 662; CARLOS GARCIA OVIEDO, *La teoría del Servicio Público*, Madrid, 1923 e *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Madrid, 1951; GASCÓN Y MARIN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 11.^a ed., Madrid, 1950, vol. I, p. 225; GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 4.^a ed., México 1948; p. 15; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, vol. I, p. 57; RODOLFO BULLRICH, *Nociones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1925, p. 26 e *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 18; RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 8; Idem, *Principios de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., 1948, pág. 41; Idem, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., 1955, vol. I pág. 475; Idem, *Estudios de Derecho Público*, vol. I, Buenos Aires, 1950, p. 73; Idem, *Compendio de Derecho Público*, vol. II, Buenos Aires, 1952, p. 92; FELIX SARRIA, *Derecho Administrativo*, 4.^a ed., 1950, vol. I, pág. 215; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949, v. I, p. 51 e v.

Administrativo², a expressão consagrada para caracterizá-los tem sido das mais discutidas e criticadas³.

III, parte I, Buenos Aires, 1951, p. 3; MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 6.^a ed., Coimbra, 1963, p. 544; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1945, p. 217; Idem, *Curso de Direito Administrativo*, 3.^a ed. 1954, p. 189; Idem, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, 2.^a ed., 1949, p. 7; MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, Rio, 1937, v. I, p. 125; GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.^a ed., Rio, 1950, vol. II, p. 224; MARIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, S. Paulo, 1933, p. 21 e *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, 1960, v. II, p. 285; ANTÃO DE MORAES, *Problemas e Negócios Jurídicos*, S. Paulo, 1949, v. III, p. 29; CELSO BRANT, *Teoria Geral do Serviço Público*, Belo Horizonte, 1951; RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 4.^a ed., 1964, p. 81; TITO PRATES DA FONSECA, *Direito Administrativo*, 1939, p. 58 e Lições, 1943, p. 31; FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo*. Rio, 1943; p. 266; THEOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, *As taxas e seus principais problemas teóricos*, S. Paulo, 1941, p. 119; EUSTORGIO SARRIA, *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Bogotá, 1957, p. 75 a 115 (*Teoría del Servicio Público*) e *Régimen jurídico del subsuelo*, Bogotá, 1957, p. 15; ANTONIO LANCIS, *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., La Habana, 1952, pág. 72.

2. Além de GASTON JÈZE, que considera os *Serviços Públicos* como a “pedra angular do Direito Administrativo francês”, convém registrar as opiniões de LÉON DUGUIT (“Esta noção de Serviço Público é capital: em torno dela gravita todo o Direito Público Moderno” *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., v. I, p. 223), de SAYAGUÉS LASO (“No direito moderno, a execução dos Serviços Públicos é um dos principais cometidos estatais” *Tratado*, v. I, p. 57), de GARCIA OVIEDO (“O Serviço Público é o eixo sôbre o qual gravita o moderno Direito Administrativo” *La Teoría del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 5), de VILLEGAS BASAVILBASO (“Instituição fundamental no âmbito do Direito Público e da Ciência da Administração” *Derecho Administrativo*, v. III, p. 3).

3. “É a noção de Serviço Público uma das mais controvertidas” (BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Buenos Aires 1955, v. I, p. 475). MÁRIO MASAGÃO: “A noção de serviço público tem sido objeto de confusão, criada principalmente pelos modernos escritores” (*Curso de Direito Administrativo* S. Paulo, 1960, v. II, p. 285).

Considerada por alguns como incerta e flutuante⁴, por outros, como não correspondendo, dentro da doutrina que se examina, a um conceito bem delineado, visto ser noção puramente teórica, em desacôrdo com a realidade⁵, vem constituindo permanente óbice⁶ com que lutam quase todos⁷ os especialistas da matéria que se esforçam, há muito, para conseguir noção clara e sintética do que se deva entender por Serviço Público.

Raro, pois, o tratadista que, devendo utilizar a consagrada expressão, não se empenhe, preliminarmente, com cautela especial, em obter um conceito próprio para exprimir a realidade proteiforme que as palavras Serviço Público precisam, necessariamente, traduzir.

2. *Importância da obtenção do conceito de Serviço Público*⁸.

Não se pode fazer estudo completo a respeito da Função Pública e da posição do Funcionário Público dentro da má-

4. "O tratamento dos Serviços Públicos apresenta uma dificuldade inicial, de definição e de limites: a falta, na literatura jurídica, de um conceito, não digo preciso, mas, pelo menos, genérico" (ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato* de ORLANDO, Milano, 1930, v. VI, parte I, p. 379). TITO PRATES DA FONSECA escreve: "O conceito de Serviço Público está por demais flutuante" (*Direito Administrativo*, 1939, p. 58).

5. Cf. GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, México, 1952, 5.^a ed., p. 16 e 6.^a ed., 1955, p. 17.

6. "Uma das torturas do Direito Administrativo é definir, com exatidão, o que seja Serviço Público" (ANTÃO DE MORAES, *Problemas e Negócios Jurídicos*, p. 29).

7. RODOLFO BULLRICH, isoladamente aliás, acha que "o conceito de Serviço Público está ao alcance da compreensão da maioria; é muito mais acessível à mentalidade média do que outros conceitos..." (*Noções de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1925, p. 27). Em outra obra, o mesmo autor frisa: "Não é preciso realizar estudos especiais, nem valorizar a capacidade pessoal mediante um título universitário para poder apreciar o verdadeiro significado das palavras serviço público" (*Principios generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 18).

8. ANDRÉ BUTTGENBACH, em dois recentes e importantes trabalhos, salienta de maneira insofismável a importância do esclarecimento da

quina administrativa do Estado, sem que se tenha noção exata do que é o Serviço Público”⁹.

Se não se aclara esta noção, corre-se certamente o risco de incidir, por exemplo, na identificação do Serviço Público com a Função Pública que constituem, no entanto, aspectos bem distintos da mesma realidade, se bem que com alguns necessários pontos de contato ¹⁰.

Além disso, reconhecidas autoridades do Direito Público francês, que timbram em identificar o Serviço Público com o próprio Direito Administrativo ¹¹, merecem tôda a consi-

expressão *Serviço Público*. Cf. *Théorie générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 10 e *Principes Généraux, organisation et moyens d'action des Administrations Publiques*, Bruxelles, 1954, p. 51.

9. “A noção do Serviço Público no Estudo do Direito Administrativo é de grande importância, porque representa uma idéia central no conjunto das atividades da administração” (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio, 1949, v. IV, p. 7).

10. RAFAEL BIELSA elucida de modo completo a questão escrevendo: “Confunde-se com freqüência a idéia de Serviço Público com a de Função Pública: Serviço Público e Função Pública para alguns seriam termos e conceitos equivalentes. Para precisar ou deslindar estes conceitos, tomemos como exemplo a justiça. É um serviço público a administração judicial? É uma função pública? Sem dúvida, o órgão jurisdicional, ao decidir em uma ação ou um recurso promovido por quem reclama justiça, presta um serviço jurídico, mas o fim do ato jurisdicional é restabelecer o império do direito. Nos procedimentos judiciais *de officio* se verifica este princípio. A administração da justiça não é um serviço público no conceito que aqui damos de serviço. O conceito de Serviço Público deve restringir-se à atividade concreta, mediante a qual se realiza essa prestação, geralmente de caráter econômico ou cultural e êle não deve estender-se a essa atividade intermitente e pròpriamente jurisdicional (puramente jurídica) que exerce a magistratura judicial. A jurisdição é uma função pública essencialmente jurídica” (RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 85-86).

11. Para GASTON JÈZE, o Direito Administrativo é o conjunto de regras relativas aos Serviços Públicos (*Les Principes Généraux du Droit Administratif*. trad. argentina de SAN MILAN ALMAGRO, Buenos Aires, 1948, v. I, p. 1 e trad. esp. de GARCIA OVIEDO, Madrid, s/d., p. 29), definição esta ainda seguida em nossos dias por LOUIS ROLLAND, que o

deração da parte do analista, porque em suas obras estudam a maior parte dos problemas de nossa disciplina, embora não lhe perscrutem todos os setores, visto que o Direito Administrativo deve, necessariamente, estudar a organização e o modo por que funcionam os Serviços Públicos, mas precisa ir além, para abranger em seus limites outros aspectos, não incluídos naquele modo obrigatório porém não suficiente, de considerar esta matéria¹².

3. Crise da noção jurídica de Serviço Público¹³

Tão controvertida é a polêmica em tórno da expressão Serviço Público que moderno autor francês — JEAN LOUIS DE CORAIL — fazendo exaustivo estudo das metamorfoses por que passou aquela noção e comparando sempre o resultado

define como o conjunto das regras relativas à organização e ao funcionamento dos serviços públicos e às relações destes com os particulares” (*Précis de Droit Administratif*, 9.^a ed., Paris, 1947, p. 1).

12. “A idéia de Serviço Público não pode faltar na definição de Direito Administrativo, embora o Serviço Público não seja tudo (como parece ser, na concepção de JÉZE); contudo, é elemento essencial” (RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Buenos Aires, 1955, v. I, p. 40).

13. Sôbre a crise desta noção, modernos autores vêm fazendo contínuas referências, como, por exemplo, os seguintes: JEAN LOUIS DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954; GUY MORANGE, *Recueil Dalloz*, 1947, p. 45; MARCEL WALINE, *Vicissitudes récentes de la notion de Service Public*, in *Revue Administrative Française*, n. 5, 1948, p. 23-25 e *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6.^a ed., Paris, 1952, págs. 306-308; AUBY, *Les incertitudes de la théorie du service public*, in *Annuaire de la Faculté de Droit de Bordeaux*, Bordeaux, 1951, p. 3; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 13-14 (*La Crise actuelle de la Théorie du Service Public*: “A noção e a teoria do Serviço Público atravessaram, sem dúvida, uma crise em Direito Administrativo francês”, p. 13) e *Manuel de Droit Administratif*, Bruxelles, 1954 (“Enquanto que a Teoria do Serviço Público parece, sob alguns aspectos, estar regredindo, na França...”, p. 53, nota n.^o 1); ANDRÉ DE LAUBA-

com o que ocorria, paralelamente, no mundo administrativo francês chegou à conclusão que o que se verificava, de fato, era uma verdadeira crise da noção jurídica do Serviço Público, sendo necessário, pois, abandonar de imediato aquela fugidia e inconstante concepção.

Em diferentes alturas de sua monografia, faz o autor francês referências ao assunto, assim resumido no remate da obra:

“as conclusões a que chegamos são uma clara condenação dos postulados sôbre os quais repousava a doutrina do Serviço Público. As crises sucessivas contribuíram para arruinar uma noção jurídica que, desde a época de seu aparecimento, não lograra convencer de maneira satisfatória. No final dêste estudo, cremos poder afirmar que em nosso Direito Administrativo a noção de serviço público não tem mais valor de noção jurídica... A crise da noção do Serviço Público parece confirmar a tradição dos juristas de todos os tempos”¹⁴.

Para chegar a tal conclusão, JEAN LOUIS DE CORAIL tomou como ponto de partida a noção de Serviço Público na época em que se achava em pleno apogeu: “Serviço Público é uma empresa criada pelas autoridades públicas e dotada de meios exorbitantes do direito comum, a fim de satisfazer a uma necessidade de interesse geral”¹⁵.

DÈRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1953, p. 562; GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 6.^a ed., México, 1955, p. 16; CAIO TACITO, *Imposto, Taza e Preço Público*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 44.

14. Cf. *La crise de la notion juridique de Service Public en Droit Administratif français*, Paris, 1954, p. 347.

15. *Idem*, *ibidem*, p. VI-VII (Préface de PAUL COUZINET).

Decompondo-a nos três elementos que a integram, collocando-a em confronto com fenômenos originais surgidos no campo do Direito Administrativo, concluiu CORAIL que os fatores postos em relêvo pelos doutrinadores ao conceituarem o Serviço Público não são essenciais, visto que ora um, ora outro, e, em alguns casos, até mesmo dois dêsses elementos sofreram abalos em diferentes circunstâncias da vida administrativa.

Nessas condições, o caráter móvel, flutuante, instável dum conceito que não resistiria, mercê dos elementos que o constituem, à menor análise, impõe ao cientista um só caminho: o abandono de noção por demais frágil.

De qualquer maneira, porém, o exame atento das transformações sofridas pela noção de Serviço Público serve para mostrar que, mesmo em nossos dias, continuam os estudos e indagações tendentes a esclarecer um dos mais importantes capítulos do Direito Administrativo¹⁶.

4. *Dificuldades da conceituação do Serviço Público.*

Diante de tantas teorias elaboradas para explicar o Serviço Público, não é nada fácil o só trabalho de sistematizá-las para em seguida, eliminando o que há de supérfluo e agrupando o que reúnem de comum, conseguir-se uma noção lapidar que reflita do modo mais objetivo possível a realidade dos fatos.

Há muito tempo, ARNALDO DE VALLES já observara que a dificuldade em compreender a expressão global, Serviço Público, residia no fato de ser essa expressão composta de dois elementos — um substantivo e outro adjetivo — por sua vez carecedores de interpretação.

Escreveu o festejado mestre italiano:

16. GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., 1952, p. 16. Cf. Idem, 6.^a ed., p. 16.

“A expressão Serviço Público é usada, na prática, com um significado global que não corresponde ao significado particular do substantivo e do seu atributo: ao contrário, se há tanta variedade de opiniões sôbre o conceito de Serviço Público, isto se deve ao fato de que, se é incerto o atributo, o substantivo é tomado sucessivamente em todos os seus significados, ocorrendo daí uma noção diferente da idéia integral”¹⁷.

VILLEGAS BASAVILBASO acentua igualmente a dificuldade em conceituar o Serviço Público, assinalando:

“As definições de Serviço Público não podem ser concordantes, visto estarem sujeitas a conceitos, segundo os autores, de ordem político-jurídica ou político-econômica, o que produz, infalivelmente, a maior disparidade de critérios”¹⁸.

Passaremos em revista as teorias mais importantes a fim de dar uma idéia aproximada do estado atual do problema, ao mesmo tempo que prepararemos o terreno para a apresentação de nosso conceito do Serviço Público.

5. *Teorias relativas ao Serviço Público.*

Entre as inúmeras teorias elaboradas para explicar a natureza e o fundamento dos Serviços Públicos com relação ao Estado, cumpre mencionar apenas as mais importantes, reunindo-as numa escala que se estende desde a posição dos autores que negam àquela noção qualquer utilidade, até a colocação extrema de autoridades que julgam ser o Serviço Público o momento culminante, a base do Direito Administrativo moderno.

17. *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1930, vol. VI, Parte I, p. 384.

18. *Derecho Administrativo*, v. III, Buenos Aires, 1951, p. 5.

Numa tentativa cômoda de reunir, para facilidade de estudo, as principais Teorias do Serviço Público, apresentamos o seguinte esquema:

Serviço Público	}	1. Escola negativista	{ BERTHÉLEMY RIVERO
		2. Escola do Serviço Público	{ DUGUIT BONNARD JÈZE ROLLAND
		3. Escola Institucional	{ HAURIUO
		4. Outras definições	

Estudemos nos subseqüentes parágrafos os traços característicos de cada uma dessas Escolas, os méritos e os deméritos de cada uma dessas contribuições.

6. Escola Negativista¹⁹.

Ao contrário da maioria dos autores franceses que, ou esposam a Teoria do Serviço Público de modo absoluto ou, pelo menos, lhe dão em seus trabalhos lugar de merecido relêvo, o clássico H. BERTHÉLEMY, seguido ainda em nossos dias por JEAN RIVERO, nega qualquer importância à noção que estamos analisando.

Para BERTHÉLEMY e seu discípulo RIVERO, convictos defensores da concepção subjetivista e voluntarista do Direito, a teoria do Serviço Público é fonte perene de erros e con-

19. Bibliografia. H. BERTHÉLEMY, *La notion de service public*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, p. 817-820; H. BERTHÉLEMY e JEAN RIVERO, *Cinq ans de réformes administratives* (1833-1838), supplément à la première édition du *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, ROUSSEAU, 1938; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie Générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 13; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, v. III, p. 6.

fusões, devendo ser banida do âmbito do Direito Administrativo.

Razão alguma assiste, entretanto, aos adeptos da posição negativista porque, se por um lado, atribuir à noção que estamos analisando uma importância total, exclusiva, como querem alguns, é colocação passível de crítica, não menos isenta de reparos é a atitude que procura afastar do mundo científico uma conquista tradicional, complexa, é verdade, pela natural dificuldade em ser definida, dificuldade, aliás, fácil de compreender-se quando se pensa que o conjunto dinâmico dos fenômenos do mundo administrativo, por sua própria natureza, só admite temporário enquadramento em expressões às quais os doutrinadores emprestam muitas vezes significação estática.

Meditada e imparcial leitura dos mais modernos autores da França deixa evidente que, se a noção do Serviço Público pode ter perdido um pouco da precisão dos primeiros tempos quando, de modo mais absoluto, abrangia a maior parte dos fatos administrativos, isso não quer dizer que esteja em crise, mas ao contrário, em fase do mais completo apogeu²⁰.

Eis por quê, no âmbito do Direito Administrativo, merece o mais cuidadoso exame a expressão — Serviço Público.

20. ANDRÉ BUTTGENBACH esclarece: “Se a Escola do Serviço Público de Léon Duguit avançou muito e foi muito absoluta no seu esforço de sistematização, a ofensiva levada a térmo, hoje em dia, por alguns contra a noção do Serviço Público e sua utilidade peca sem dúvida pelo mesmo defeito. Sistematizar em excesso esta ofensiva contra uma noção que não poderá desaparecer do Direito e da Jurisprudência, visto corresponder a uma realidade, seria um erro. E, a bem da verdade, cumpre dizer que a leitura atenta de tudo o que se escreveu recentemente na França a respeito do Serviço Público mostra que, se esta noção perdeu um pouco da precisão e utilidade originais, não se deve isso ao fato de que esteja prestes a desaparecer mas, ao contrário, em vias de expandir-se” (*Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 13).

7. Escola do Serviço Público.

Cabe com justa razão a LÉON DUGUIT a primazia de haver elaborado, na França, a Teoria do Serviço Público e de ter sido o primeiro a introduzir tal noção no conceito jurídico de Estado.

Criticando a teoria tradicional individualista que dominara os séculos XVIII e XIX, a posição de DUGUIT e seus seguidores assinala um momento de grande significado para o Direito Público através do rompimento definitivo com a “concepção subjetivista e voluntarista do Direito — considerado como poder de vontade — e que conduzira naturalmente à Teoria do Estado ou da Nação personificados, titulares de vontade superior à dos indivíduos e que, qualificada de Soberania ou de Poder Público, não tinha outro limite senão sua própria determinação”²¹.

Com efeito, propondo a substituição da noção de soberania²² pela de Serviço Público²³, mostrou DUGUIT que “o Estado não é, como se pretendeu fazer crer e se acreditou que era, uma soberania: É ele uma cooperação de Serviços

21. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes des gestions des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 4.

22. Antes de refutar a noção de soberania, LEON DUGUIT faz notável exposição didática do estado da doutrina na época, escrevendo: “Para acabar de edificar e defender nossa doutrina, o melhor é expor a teoria ordinária da soberania e demonstrar tudo o que encerra de artificial, de contraditório e as controvérsias sem fim que desencadeou. Na doutrina ainda dominante em França, a soberania é o poder de mando do Estado. É a vontade da nação; e a nação, sendo organizada em Estado, torna-se ela o poder de mando do Estado ou o direito de formular ordens incondicionais a todos os indivíduos que se acham em seu território” (*Manuel de Droit Constitutionnel*, 2.^a ed., Paris, 1911, p. 79).

23. Para DUGUIT, Serviço Público “é tãda atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque tal atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de natureza tal que não pode ser levada a tãrmo a não ser pela intervenção da fãrça governante” (*Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., v. II, p. 93).

Públicos, organizados e fiscalizados pelos governantes. Esta noção de Serviço Público é capital: em tórno dela gravita todo o Direito Público”²⁴.

Em outra obra, completa e reafirma DUGUIT o princípio dominante de sua teoria, esclarecendo que “a noção de Serviço Público substitui o conceito de soberania, como fundamento do Direito Público. Seguramente esta noção não é nova. No mesmo dia em que sob a ação de causas muito diversas se produziu a distinção entre governantes e governados, a noção de Serviço Público nasceu no espírito dos homens. Com efeito, a partir dêsse momento se compreendeu que certas obrigações se impunham aos governantes para com os governados e que a realização dêsses deveres era ao mesmo tempo a consequência e a justificação de sua maior firmeza. Tal é essencialmente a noção de Serviço Público. A novidade é o lugar de relêvo que a noção ocupa no campo do Direito e a transformação profunda que, por êsse caminho, produz no Direito moderno”²⁵.

Embora profundas divergências tornem bastante características as teorias desenvolvidas por DUGUIT e JÈZE²⁶, dúvida alguma subsiste sôbre o significado indiscutível que

24. *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.^a ed., v. I, p. 223.

25. Cf. LÉON DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho Público*, trad. esp., p. 93-94, apud GARCIA OVIEDO; *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Madrid, 1951, p. 96.

26. Embora em famoso artigo publicado em 1926, na Rumânia, JÈZE tenha declarado expressamente que “tôdas as teorias jurídicas repousam sôbre a noção de Serviço Público” (Cf. *Le Service Public*, in *Revue de Droit Public*, Bucarest, 1926 p. 161 e segs.), de balde se procura em sua obra uma definição da “pedra angular do Direito Administrativo francês”, sendo necessário que nos contentemos com o conceito genérico e discutível seguinte: “Dizer que, em determinada hipótese, existe Serviço Público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos do Direito Público, isto é, um regime especial, e que as leis e regulamentos podem modificar em qualquer momento a organização do Serviço Público, sem que se lhe possa opor qualquer obstáculo insuperável de ordem jurídica. Sempre que se está em presença de um Serviço Pú-

esses mestres tiveram na orientação moderna do Direito Público francês, pois foram os responsáveis diretos pela inauguração de uma nova era no Direito Administrativo: a ruptura com as teorias dos séculos anteriores, relativas à soberania, e a passagem, para primeiro plano, da noção de Serviço Público, com tôdas as conseqüências disso advindas.

Não se afasta, em essência, dos autores citados, o pensamento de ROGER BONNARD, discípulo de DUGUIT, se bem que, nos últimos anos, se tenha distanciado da linha inicial traçada pelo mestre.

As idéias de DUGUIT foram alvo de críticas reiteradas por parte de diversos autores²⁷, pois “não é possível aceitar que a noção de Serviço Público seja a conseqüência da distinção entre governantes e governados e que a noção de soberania seja substituída pela de Serviço Público, convertendo-o no fundamento do Direito Público”²⁸, nem tão pouco imaginar que “a importância da noção de Serviço Público, no direito moderno, tenha nascido da transformação experimentada na maneira de ver o problema do Estado, como pretende DUGUIT. A destruição do conceito da personalidade do Estado, na doutrina do professor de Bordéus, não é a causa do realce que a noção do Serviço Público alcançou no Direito atual. Este realce é coisa estranha à idéia da

blico, pròpriamente dito, se verifica a existência de regras jurídicas especiais, de teorias jurídicas especiais, que, em sua totalidade, têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do Serviço Público, satisfazendo, do modo mais rápido e completo possível, as necessidades de interêsse geral (GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. esp. de SAN MILLAN ALMAGRO, Buenos Aires, 1949, v. III, p. 4).

27. Cf. MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, S. Paulo 1933, p. 23, n.º 10: “...nefasta influência de DUGUIT que, sob a capa de realismo, buscou extinguir os princípios básicos do Direito Público francês”.

28. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, parte I, p. 10.

diferença entre governantes e governados, base do Direito Público, segundo DUGUIT”²⁹.

Não passaram também sem reparos as idéias originais, mas revolucionárias de GASTON JÈZE, às quais, em parte, fizemos pequeno reparo em nossa obra sistemática³⁰.

Além da latíssima extensão dada ao conceito de Serviço Público que, para aquêl autor, é como que o próprio Direito Administrativo, “in integrum”, posição de modo algum sustentável, JÈZE leva a aceitar que a própria Justiça seria um Serviço Público, conclusão que está em choque com o conceito admitido sem discordância por quase todos os juristas: a justiça é uma função do Estado, não um Serviço Público”³¹.

8. *Escola Institucional de Hauriou*³².

Dissentindo das teorias de DUGUIT e JÈZE, surge, na França, o famoso jurista MAURICE HAURIOU que é conhecido pela apreciável contribuição que deu ao Direito Público através da discutida Teoria da Instituição, que expõe, como fundamental, em vários de seus livros.

29. CARLOS GARCÍAS OVIEDO, *La Teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 12.

30. Cf. *Direito Administrativo do Brasil*, v. I.

31. Cf. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 17 e MÁRIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, p. 23, nota 10.

32. Bibliografia. MAURICE HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., Paris, 1907, p. 1 a 37 (*La Théorie de l'Institution*); GARCIA OVIEDO, *La Teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 24-25; ANDRÉ BUTTGEBACH, *Théorie Générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 7; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 20-24; JEAN LOUIS DE CORAIL, *La crise de la notion de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954, p. 10 e segs..

Dotado de raro poder de autocrítica, mas contradizendo-se³³ inúmeras vèzes, o mestre de Toulouse oferece reais dificuldades ao trabalho de síntese que pretenda expor-lhe, com certa coerência, as idéias, quase sempre alteradas no decorrer das sucessivas e freqüentes edições de suas obras.

Resumo excelente da posição de HAURIUO a respeito das relações do serviço Público e do fundamento do Direito Administrativo pode ler-se do Prefácio da décima edição de seu livro *Précis de Droit Administratif*.

As “duas noções mestras” do Direito Administrativo francês são o Poder Público e o Serviço Público, mas HAURIUO declara imediatamente sua preferência pela primeira, que é a noção fundamental: “Os publicistas, que organizaram nosso Direito Administrativo”, escreve CORAIL³⁴, “basearam-no sôbre o poder público. Fizeram essa escolha intuitivamente primeiro, porque o princípio da separação dos poderes proclamado com tanta veemência pelo legislador revolucionário tinha pôsto a descoberto o alicerce do Poder Executivo: depois, visto que obedeciam à tradição dos juristas de todos os tempos, situavam o domínio próprio do Direito não na região dos objetivos perseguidos, mas na dos meios empregados para atingi-los, isto é, na região dos poderes e dos Direitos”.

Assim, fica bem patente o ponto essencial da doutrina de HAURIUO, em Direito Administrativo: a crença em noções fundadas sôbre os processos de Direito empregados e não sôbre os objetivos visados.

33. “É difícil de falar dum sistema, em HAURIUO: comparação alguma é possível com a construção lógica e cerrada de DUGUIT pois que esta última se apresenta de tal maneira que, se um dos elementos do raciocínio é inexato, tôda a construção soçobra. Os ângulos de HAURIUO (Ver: VEDEL, *Cours de Droit Public général professé à la Faculté de Droit de Toulouse*, anné 1945-1946) são mais flexíveis, muito menos sistemáticos, contraditórios não raro, mas, por isso mesmo, suscetíveis de vitalidade prodigiosa” (Cf. CORAIL, *La crise de la notion de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris, 1954, p. 10).

34. Cf. *La crise de la notion juridique de Service Public*, p. 10.

Ao passo que para LÉON DUGUIT e seus seguidores a noção de Serviço Público é essencial, básica, para HAURIU não passa de “subordinada”.

“Para HAURIU”, escreve BUTTGENBACH³⁵ “o conceito de “puissance publique” é a idéia-mestra do Direito Administrativo. HAURIU recusa-se a admitir como fundamento e limitação do poder a regra de Direito objetivo de LÉON DUGUIT. A “puissance publique” assume por si mesma, aos olhos do eminente decano de Toulouse, um poder jurídico, criador de direito e, nesse particular, permanece fiel à teoria tradicional. O estudo do Direito Público será, então, essencialmente o da organização dêsse poder.

HAURIU reconhece, porém, que êste último se foi organizando pouco a pouco, não em função da dominação, mas em função do Serviço. O poder foi-se amoldando à idéia do Serviço Público; subordinou-se a êste.

Trata-se, não há dúvida, de uma autolimitação da vontade dos governantes, mas esta autolimitação não ficou puramente subjetiva: ela objetivou-se pela Instituição”.

“A teoria de HAURIU sôbre o Serviço Público segundo seus últimos desenvolvimentos”, discorre VILLEGAS BASAVILBASO, “apresenta um fundo de caráter mais sociológico que jurídico. Sua definição, deixando de lado as observações de lógica que suscita, visto que o definido tem de ser estranho à definição, embora contenha elementos essenciais da instituição em exame, como o orgânico e o do beneficiário do Serviço (o público), assim como o da regularidade e continuidade — discutíveis na doutrina — deve ser criticada no que diz respeito à substituição do objeto próprio do Serviço que é a satisfação de um interêsse geral ou de uma necessidade pública, por causa de sua criação: a polícia da cidade.

Esta locução (*police de la cité*), por outro lado, de significado ambíguo, introduz na noção do Serviço Público um

35. *Théorie générale des modes de gestion des Services Publics en Belgique*, p. 8.

elemento perturbador, porquanto não é exato, na opinião do autor, que o Serviço Público seja uma forma de polícia, se bem que contribua para a manutenção indireta da ordem pública. Nem todos os Serviços Públicos têm por finalidade a ordem pública, mas todos devem satisfazer a um interesse coletivo ou a uma necessidade pública.

O Estado (*lato sensu*) ao criar um Serviço Público, realiza um fim próprio, exerce uma função e a causa é sempre o interesse público, interesse que, como acertadamente já se disse, dá vitalidade jurídica ao ato”³⁶.

Não é, pois, uma atividade de polícia, embora no sentido elevado do conceito, como o expressa HAURIOU, a que exerce o Estado ao organizar um Serviço Público não obstante possa éste, em alguns casos, servir para a manutenção da ordem pública.

9. Outras definições.

Seria trabalho extensíssimo e, por certo, supérfluo, expor e criticar tôdas as definições elaboradas pelos autores para elucidar o delicado problema de fixar a noção do Serviço Público.

Como acontece com o conceito do Direito Administrativo, que desafiou e continua a desafiar a argúcia dos doutrinadores, a determinação do que se deve entender por Serviço Público continuará ainda por muito tempo a suscitar repetidas controvérsias.

Todos os autores, com exceção de BERTHÉLEMY e RIVERO, reconhecem a importância maior ou menor da noção do Serviço Público e, por isso, em suas obras, dedicam-lhe particular atenção.

Na França, como vimos, autores da categoria de DUGUIT, JÈZE, BONNARD e HAURIOU colocaram o Serviço Público como um dos pontos básicos do Direito Administrativo.

Autores espanhóis trataram, embora em menor extensão, de determinar o conceito de Serviço Público sem chegar, no

36. *Derecho Administrativo*, v. III, p. 23-24.

entanto, a elaborar, como os franceses, uma teoria harmônica, tendo por base aquela noção.

Assim, VICENTE SANTAMARIA DE PAREDES explica com grande clareza:

“Serviço é ação e efeito de servir; servir é executar algo, exercer uma função, cumprir um fim, satisfazer a uma necessidade e poderia acreditar-se que todo ato, objeto de um contrato celebrado pelo Estado, Província ou Município, tem o caráter de Serviço Público para os efeitos de sua especialidade legal”³⁷

O clássico autor ADOLFO POSADA, que dedica especial atenção ao estudo do Serviço Público, revelando, para a época, conhecimento perfeito das teorias em seu tempo dominantes, assim se expressa:

“A idéia que expusemos é análoga à desenvolvida por DUGUIT com a diferença fundamental, entretanto, que para nós, a noção de Serviço Público se liga diretamente à idéia de serviço em geral, enquanto o serviço expressa o conteúdo imediato de obrigações jurídicas — as prestações (Cf. DUGUIT, *Las transformaciones generales del Servicio Público*, p. 115), ao passo que DUGUIT a relaciona, como já vimos, com a distinção entre governantes e governados, sendo o Serviço Público a obrigação que os governantes se impõem em benefício dos governados”³⁸.

ANTONIO ROYO VILLANOVA julga que os autores complicam demasiado “o problema do conceito de Serviço Público, fácil de ser entendido sem a necessidade dos esforços a que se entrega a generalidade dos autores”.

37. *Curso de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1888, p. 806.

38. Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1923, v. I, p. 271.

Para o autorizado mestre espanhol a atividade administrativa que, do ponto-de-vista subjetivo, pode ser considerada como uma relação do Estado e dos particulares, objetivamente se manifesta como a organização dos Serviços Públicos através dos quais se realiza a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins; à medida que aumentam os fins do Estado se ensanCHA também a atividade administrativa e crescem, por conseguinte, os Serviços Públicos. Por isso, acrescenta ANTONIO ROYO VILLANOVA, consideramos como uma obsessão de DUGUIT opor a idéia do Serviço Público à do Poder do Estado ³⁹.

Grande importância dá ao assunto GASCÓN Y MARIN que, baseando-se na jurisprudência espanhola, considera elemento fundamental da noção do Serviço Público o de ter por “objeto imediato e direto a satisfação de uma necessidade pública”, mas acrescenta o mestre, “para que haja Serviço Público, não basta a satisfação da necessidade pública, porém, que este modo de satisfazê-la seja assegurado de modo regular e contínuo, devendo a regularidade e a continuidade serem notas características do Serviço Público”. A exigência de GASCÓN Y MARIN leva-o ainda a refletir que é necessário um regime jurídico especial e que nem sempre o Serviço é prestado por uma organização pública, podendo ser realizado por particulares e dirigido por uma autoridade pública ⁴⁰.

CARLOS GARCIA OVIEDO, em clássica monografia, bem como em seu conhecido *Derecho Administrativo*, dedica especial atenção ao Serviço Público, chegando às conclusões seguintes:

- 1.^a) que o Serviço Público é uma ordenação de elementos e atividades para um fim;

39. *Elementos de Derecho Administrativo*, 10.^a ed., Valladolid, 1927, p. 662-663.

40. *Tratado de Derecho Administrativo*, 11.^a ed., Madrid, 1950, v. I, p. 226-227.

- 2.^a) que o fim é a satisfação de uma necessidade pública, se bem que haja necessidades de interesse geral, satisfeitas pelo regime do Serviço Privado;
- 3.^a) que o Serviço Público implica na ação de uma personalidade pública, embora nem sempre sejam as pessoas administrativas as que assumem esta empresa;
- 4.^a) que tal ação se cristaliza numa série de relações jurídicas constitutivas de um regime jurídico especial, distinto, pois, do regime jurídico especial dos Serviços Privados ⁴¹.

Os autores italianos, embora não tanto quanto os franceses, dedicaram magníficas páginas a respeito da teoria do Serviço Público, podendo-se, a propósito, fazer menção aos nomes de CAMMEO ⁴², RANELLETTI ⁴³, RAGGI, PRESUTTI e ARNALDO DE VALLES, que resumiram suas investigações em lapidares conceitos.

Na Argentina, como vimos, RODOLFO BULLRICH não vê dificuldade alguma no conceito de Serviço Público, que “está ao alcance da compreensão da maioria” ⁴⁴, servindo aquela expressão “para substituir as palavras Serviço do Rei,

41. *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 22 e *Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1948, p. 89 e 3.^a ed., Madrid, 1951, p. 100.

42. “Em sentido lato e subjetivo”, definiu aquêl autor: “Serviço Público é a satisfação das necessidades coletivas mediante o desdobramento do Estado” (*Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, n.º 83, apud ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato*, de ORLANDO, v. VI, parte I, Milano, 1930, p. 382).

43. “Serviço Público é toda a série das ações e prestações que o Estado ou outro ente público executa para satisfazer a determinada necessidade coletiva” (*Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1916, v. I, p. 345, nota 4).

44. *Nociones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1925, p. 27 e *Principios generales de Derecho Administrativo*.

antigamente, quando o conceito de Estado se confundia com a pessoa do monarca, bastava invocar o nome dêste para que tudo se fizesse. Desaparecida a monarquia de direito divino, seguiu a mesma sorte a noção de Serviço do Rei”⁴⁵.

RAFAEL BIELSA entende por Serviço Público “tôda ação ou prestação realizada pela Administração Pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta de necessidades coletivas e assegurada essa ação ou prestação pelo Poder de Polícia”⁴⁶.

VILLEGAS BASAVILBASO, em estudo exaustivo do assunto, depois de passar em revista tudo o que se escreveu a respeito, conclui que Serviço Público “é tôda atividade direta ou indireta da administração pública, cujo objetivo é a satisfação das necessidades coletivas por um procedimento do Direito Público”⁴⁷.

Em obras recentíssimas, os mais modernos autores fazem a distinção entre os sentidos *formal* e *material* da expressão *serviço público*, definindo-o, na primeira acepção como o *desempenho pela própria administração, conforme certos procedimentos, de atividades que satisfazem a necessidades de interesse geral*⁴⁸ e, na segunda acepção, como o *conjunto de agentes e de meios que uma pessoa pública afeta a uma determinada função*⁴⁹.

10. Conclusões.

Não é necessário alinhar outras definições para demonstrar a divergência dos autores no que se refere à conceituação do Serviço Público.

Em todos os países, nestes últimos cinqüenta anos, a noção de Serviço Público, considerada por quase tôdas as

45. *Nociones de Derecho Administrativo*, 1925, p. 189-190.

46. *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 89.

47. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 49.

48. GEORGES VEDEL, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1964, p. 584.

49. JEAN RIVERO, *Droit administratif*, 3.^a ed. 1965, p. 379.

autoridades como fundamental, continua ainda a desafiar a perspicácia dos tratadistas que lhe dedicam atenção especial em suas obras, mas que, nem por isso, chegam, de maneira uniforme, a uma solução unânime, que ponha fim às controvérsias e que permita, sem extensa preliminar, o prosseguimento imediato de outros problemas ligados a êste com tôdas as respectivas implicações.

Consoante o método a que nos propusemos seguir, dedicaremos o capítulo seguinte à contribuição dos autores brasileiros no que se refere à noção do Serviço Público.

SEGUNDA PARTE.

Contribuição Brasileira para a conceituação do Serviço Público.

SUMÁRIO: 11. A noção de Serviço Público e os tratadistas brasileiros. 12. Autores da época republicana. 13. Conclusões.

11. *A noção de Serviço Público e os tratadistas brasileiros*¹.

Raríssimas as referências à noção de Serviço Público, entre os teóricos brasileiros da Época Imperial, não obstante o progresso da disciplina, no Brasil, do que é prova a existência de obras de indiscutível importância como as de PEREIRA DO RÊGO, VEIGA CABRAL, URUGUAI, FURTADO DE MENDONÇA, CONSELHEIRO RIBAS.

1. Bibliografia. AARÃO REIS, *Direito Administrativo Brasileiro*, Rio, 1923, Oficinas Gráficas Vilas-Boas & C., p. 41. MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de Serviço Público*, São Paulo, 1933, passim e *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, 1960, p. 285; JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, Rio, 1936, v. I, p. 125; RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo Brasi-*

Apenas RIBAS, em seu apreciado livro, adivinha a importância do assunto, oferecendo, de passagem a seguinte noção, aliás não isenta de reparos, de Serviço Público: “É a utilidade que por meio dos seus atos alguém presta à sociedade ou a parte dela”².

É que, naquela época, a noção de serviço Público, embora despertando a atenção dos autores, ainda não se incorporara ao sistema jurídico administrativo, mal se imaginando a importância que iria assumir para o futuro.

12. Autores da época republicana.

O primeiro tratadista da época republicana — VIVEIROS DE CASTRO — não faz a menor referência à noção de Serviço Público³, embora o assunto já fôsse familiar ao mundo jurídico da Europa, divulgado pelas obras conhecidas de LÉON DUGUIT⁴ e MAURICE HAURIOU⁵.

leiro, 2.^a ed., Pôrto Alegre, 1939, p. 68 e 3.^a ed., 1954, p. 82; DJACIR MENEZES, *Direito Administrativo Moderno*, Rio, 1943, p. 225; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio, 1945, p. 217; Idem, *O funcionário público e o seu regime jurídico*, 2.^a ed., 1946 p. 9, Idem, *Curso de Direito Administrativo*, 3.^a ed., Rio, 1954, p. 189; J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.^a ed., Rio, 1950, v. II, p. 224; CELSO BRANT, *Teoria geral do Serviço Público*, Belo Horizonte, 1951, p. 13 a 109.

2. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1866, p. 102.

3. Compreende-se isso, por exemplo, na 1.^a edição, que é de 1906, não na 3.^a, que é de 1914, quando a noção de Serviço Público já estava bem divulgada.

4. *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1907, passim.

5. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., Paris, 1907, p. 56 (“Serviço Público é uma instituição gerada por um órgão da Administração pública para a realização da função administrativa do Estado”) e 11.^a ed., Paris, 1927, p. 16 (“Serviço Público é uma organização pública de poderes, de competências e de costumes cuja função é a de proporcionar ao público, de maneira regular e contínua, um serviço determinado num pensamento de polícia, no sentido elevado do termo”).

Cabe entre nós a primazia de haver consagrado todo um capítulo ao estudo dos Serviços Públicos ao engenheiro AARÃO REIS, catedrático da Escola Politécnica da Universidade do Rio de Janeiro, que, em 1923, publicou seu *Direito Administrativo Brasileiro*.

Depois de AARÃO REIS, quem tratou do assunto com grande conhecimento de causa foi MATOS DE VASCONCELOS.

“A noção de Serviço Público”, escreveu êste último autor⁶, “está ligada, direta e imediatamente, à satisfação das necessidades de ordem pública.

Chega-se, mesmo, a conceituar o Direito Público Administrativo como sendo a disciplina referente à organização e funcionamento dos Serviços Públicos.

A idéia é pouco precisa. Serviços há realizados por pessoas privadas que nem por isso perdem o caráter de Serviço Público. Destarte, o Serviço Público é criado, mantido, desenvolvido e assegurado, tendo em vista fins de interesse coletivo.

Para que os serviços participem dêsse objetivo, é preciso que sejam prestados de forma regular e contínua.

O papel da Administração não se limita, exclusivamente, a prover as necessidades públicas, no tempo e no espaço. É forçoso também prever para bem servir, afirmamos nós.

A essa faculdade de previsão, estão encadeados serviços, por assim dizer, contingenciados por fatores diversos, capazes de, em momento dado, influírem na interrupção total ou parcial dos benefícios por êles prestados, em detrimento ao bem-estar e da própria vida dos administrados.

Merecem citação especial os serviços de fornecimento de água, luz elétrica, esgotos e outros que tais. Organizados para determinada época, em um momento dado, não podem oferecer eternamente a mesma regularidade, que seria de desejar, dada a utilidade que dêles auferem as populações e a premência de seu emprêgo e uso.

6. MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, Rio, 1936, v. I, p. 125 a 147.

Fácil é compreender que a capacidade dágua a fornecer, *per capita*, a uma determinada população; a distribuição de energia elétrica a fazer-se, segundo cálculos preestabelecidos de distribuição; o assentamento de galerias, rêdes de escoamento e vasão de matérias poluídas, em certa fase da vida urbana, não constituem, por si só, requisitos suficientes para assegurarem a perfeição e a continuidade dos correspondentes serviços .

É óbvio que se a população cresce, se o índice demográfico sobe, estarão por terra os cálculos anteriores, feitos para um certo momento da vida social.

As necessidades públicas, pois, aumentam em função daquele acréscimo demográfico, obrigando o poder público, diretamente ou por intermédio do concessionário do serviço, a reforçar o financiamento anterior, para custeio das novas obras e instalações materiais”.

RUY CIRNE LIMA, depois de mostrar a dificuldade em delinear os contornos da categoria jurídica que estamos estudando⁷, passa à definição, resumida nestes termos:

“Serviço Público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”⁸.

Mais adiante, julga aquêlê autor dever esclarecer um dos termos da definição, acrescentando, portanto:

“Determinado, porém, que Serviço Público seja todo serviço existencial, relativamente à sociedade, fica, não obstante, por determinar o que há de entender-se por existencial. A condição de existencial, relativamente à sociedade, pela qual o Serviço Público se caracteriza, filia-lhe a

7. Cf. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 4.^a ed., 1964, p. 82.

8. *Idem*, *ibidem*, p. 84.

noção ao conceito de utilidade pública⁹, no qual se sub-sume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade como bem em si mesma.

No conceito de utilidade pública encontrar-se-á, portanto, implícita, a noção de serviço existencial. Ora, a determinação do conceito de utilidade pública incumbe a ciências não-jurídicas, como a Sociologia, a Política e a Ciência da Administração. Essa determinação, de resto, faz-se relativamente a tal país e a tal momento designados. Trata-se, pois, de conceito essencialmente variável no tempo e no espaço”.

Mais uma vez, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI em vários passos de sua obra, supera os estudos anteriores, analisando o Serviço Público sob os mais variados aspectos.

Depois de assinalar que a noção do Serviço Público, no estudo do Direito Administrativo é de grande importância, porque representa uma idéia central no conjunto das atividades da administração¹⁰, mostra BRANDÃO CAVALCANTI, sempre baseado nos mais autorizados autores, a relatividade daquela noção¹¹, concluindo que a “conceituação do Serviço Público não pode ser compreendida em uma fórmula *a priori* traçada; depende de circunstâncias. Pode o Estado ser acionista de uma empresa e não se considerar aquêle serviço como público (o Banco do Brasil não tem sido considerado como tal) ao mesmo tempo que podem empresas parti-

9. Na edição segunda, CIRNE LIMA escrevera: “Serviço Público e Serviço de Utilidade Pública são expressões que se equivalem” (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro* 2.^a ed., 1939, p. 69). Sobre a afirmação do ilustre catedrático de Pôrto Alegre, ver: DJACIR MENEZES, *Direito Administrativo Moderno*, Rio, 1943 p. 229 e CELSO BRANT, *Teoria Geral do Serviço Público*, Belo Horizonte, 1951 p. 111.

10. *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio, 1949, v. IV, p. 7 e 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 46.

11. *Idem*, ibidem, p. 8: “Daí, também, a relatividade do conceito de Serviço Público, variável de acôrdo com as condições peculiares a cada país, em determinadas condições e épocas.” Cf. 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 47.

culares realizar Serviços Públicos (especialmente as concessões) ”.

“O essencial no Serviço Público”, continua, “é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu contrôle, os benefícios e privilégios de que goza, o interêsse coletivo a que visa servir”¹².

“Dentro da nossa estrutura constitucional”, acrescenta BRANDÃO CAVALCANTI, “é preciso, ainda, colocar em uma posição singular certas atividades do Estado que não se enquadram na categoria geral dos órgãos destinados à execução de Serviços Públicos, pois que se constituem com a finalidade de atender ao funcionamento da própria vida do Estado, em sua expressão constitucional e política.

Assim, a Justiça, a função legislativa, a função executiva, naquilo que elas têm de peculiar e discricionário, as forças armadas, enfim tudo quanto é essencial ao Estado, é indeclinável e indelegável. Compreende-se tudo isso em uma categoria especial que alguns autores chamam de função pública”¹³.

Rematando o resultado de suas observações, BRANDÃO CAVALCANTI conclui:

a) que a noção de Serviço Público varia no tempo de acôrdo com a necessidade da maior ou menor amplitude da intervenção do Estado;

b) que varia ainda de acôrdo com o regime político e as tendências na ordem social e econômica;

c) que o serviço, para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar, fixado pelo Estado, a cujo contrôle deve atender, e destinar-se ao público, em geral, sem visar benefícios e interêsses individuais;

d) que a intervenção do Estado, por meio de seus órgãos, constitui um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos;

12. *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, 1949, v. IV. p. 17-18 e 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 56.

13. *Idem*, *ibidem*, p. 20. Cf. 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 58.

e) que não se deve confundir serviço público com os serviços puramente administrativos que se compreendem numa esfera mais restrita¹⁴.

Dignas de atenção, merecem especial referência as considerações de GUIMARÃES MEENEGALE a respeito do Serviço Público. Assim se exprime aquêlê mestre:

“A atividade administrativa — já o expusemos — visa à realização prática de fins do Estado. Para isso, aduzimos, a Administração tem de ordenar os meios de que dispõe e utilizá-los convenientemente. Em sentido geral, qualificamos, pois, a atividade do Estado para a realização de seus fins como atividade administrativa, que, frisemos, constitui uma coordenação de elementos em relação a um fim. Ora, a idéia de tal coordenação, resumindo-se na atividade, subentende a idéia de serviço, pois que serviço é ato de servir, servir é fazer, executar, exercer uma função.

Por conseguinte, é como já explicamos: a atividade administrativa traduz-se em serviços públicos administrativos, organizações em que o Estado se estrutura. Daí que autores do porte de JÊZE concentrem na instituição dos serviços públicos tôda a matéria do direito administrativo, em reação aos tratadistas que, até então, se circunscreviam a explorar, nesse ramo do direito, a ação do poder do Estado, na realização de seus fins, quase exclusivamente sob o ângulo das regras legais, disciplinadoras dela.

Ao passo que o direito administrativo de outrora se ocupava tão-só da juridicidade estrutural da ação administrativa, a orientação contemporânea tende a ressaír do formalismo jurídico e legal para investigar a atividade funcional do Estado — não sòmente a forma da atividade, portanto, mas também os elementos com que a atividade se coordena, elementos que, sendo técnicos, são paralelamente jurídicos.

14. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 1949, v. IV, p. 21-22, e 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 59. Ver do mesmo autor: volume V, *Suplemento ao Tratado*, 1964, p. 97.

Não obstante, ressalvemos, os serviços públicos não representam tôda a matéria do direito administrativo, embora o direito administrativo seja, em síntese, o direito concernente à realização prática de fins do Estado, visto como envolve a realização de fins do Estado por outros meios, que não os serviços públicos, a saber, as normas jurídicas e os preceitos legais que prescrevem aos cidadãos determinado procedimento, afirmativo ou omissório, em face do interesse geral”¹⁵.

Com a clareza, objetividade e maneira essencialmente didática de tratar os mais áridos temas de nossa disciplina, MÁRIO MASAGÃO simplifica assim o momentoso problema:

“Na realidade, é Serviço Público tôda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins. E, à medida que, através do tempo crescem na prática as incumbências do poder público, aumenta o âmbito dos serviços que êle desempenha.

A atividade do Estado divide-se em duas espécies: a judiciária e a administrativa. Dai a circunstância de o Serviço Público abranger duas províncias.

Essa distinção funda-se diretamente na natureza das coisas. Na esfera administrativa, o Estado exerce operação primária, decidindo sôbre o seu próprio procedimento, ao passo que, na esfera judiciária, desempenha função de terceiro, a apreciar o procedimento das partes tanto no cível, como no crime.

Ainda quando a Fazenda Pública se acha em juízo como parte, o Estado, pelo Poder Judiciário, conserva sua posição de terceiro imparcial, a distribuir justiça.

É preciso, pois, conceituar separadamente o serviço judiciário e o serviço público administrativo, aliás regidos por disciplinas diversas. Como já observamos, entretanto, a maior parte dos autores do Direito Administrativo toma a expressão “serviço público” para significar sômente uma de

15. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.^a ed., Rio, 1950, v. II, p. 224-225 e 3.^a ed., Rio, 1957, p. 411-412.

suas partes, e mesmo na esfera administrativa ainda lhe restringem a compreensão.

Serviço público administrativo é toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária.

A nossa definição abrange também a atividade legislativa que, segundo pensamos, constitui parte da administração pública”¹⁶.

13. Conclusões.

Como se pode inferir da leitura deste capítulo, a noção do Serviço Público tem sido objeto de contínua indagação por parte dos doutrinadores brasileiros que conhecendo a posição do problema nos mais adiantados centros jurídicos estrangeiros, procuram, diante da realidade nossa, um conceito que possa resumi-la do modo mais aproximado possível.

Se bem que, neste setor, não haja contribuição que possamos classificar de original, *sui generis*, não se pode deixar de assinalar a importância que os tratadistas pátrios deram à referida noção e os esforços empreendidos para torná-la clara, precisa, capaz de exprimir os fenômenos objetivos dos quais deve dar idéia exata¹⁷.

No capítulo seguinte, em que apresentaremos nosso conceito do Serviço Público, procuraremos, antes de tudo, pôr em relêvo os elementos característicos e essenciais que o integram, para em seguida, na síntese conceitual, jogar com as notas peculiares àquela noção.

16. *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, 1960, vol. II, págs. 287-288.

17. BRANDÃO CAVALCANTI, no *Suplemento* com que atualizou seu clássico *Tratado*, vol. V, 1964, assim se expressa a páginas 97: “Uma boa estrutura econômica só pode funcionar regularmente com uma adequada organização administrativa, compreendendo esta a generalidade dos chamados serviços públicos. Sob essa denominação deve-se compreender todo o complexo sistema de organismos públicos ou semi-públicos, que funcionam menos na base do lucro do que na da necessidade de atender aos interesses da coletividade”

TERCEIRA PARTE

Método para a obtenção do conceito do Serviço Público.

SUMÁRIO: 14. Critérios para a obtenção do conceito do Serviço Público. 15. Análise dos principais critérios. 16. Classificação dos Serviços Públicos. 17. Método para atingir o conceito do Serviço Público. 18. Termos integrantes da expressão. 19. Serviço Público e Serviço Administrativo. 20. Nossa definição.

14. *Critérios para a obtenção do conceito do Serviço Público.*

Muitíssimos têm sido os critérios seguidos pelos autores para atingir a noção do Serviço Público.

Desde os que lhe deram relevante valor até os que negaram qualquer importância à noção estudada, sem deixar de lado os que adotaram equilibrada posição, todos, sem exceção, de maneira clara ou subentendida, tiveram em mente uma idéia da realidade em questão, resumida numa definição norteadora, na qual um, dois ou mais elementos, considerados básicos, desempenharam papel fundamental¹.

Assim, doutrinadores existem que atribuem à personalidade do Estado relêvo ímpar na caracterização do Serviço Público e, por conseguinte, como não poderia deixar de ser, fazem sobressair na conceituação a entidade estatal.

1. “Os autores franceses baseiam na idéia de Serviço Público a própria definição do Direito Administrativo, se bem que hoje já se esboçam duas tendências claramente opostas: a de JÈZE, para quem a idéia de Serviço Público o domina por completo; e a de HAURIU, para quem o Serviço Público, isto é, a prestação de uma atividade ao público, não é tudo, pois é necessário que esse serviço ou essa atividade se regule com certa potestade pública, pelo poder público. Daí, as duas concepções, hoje frente a frente, na doutrina francesa: a de HAURIU, fundada sobre a idéia de Poder Público; a de JÈZE, sobre a de Serviço Público” (RAFAEL BIELSA, *Ciência de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 83).

Teóricos há que concentram sua atenção na finalidade que se tem em mira, outros que procuram definir o Serviço Público em função do conceito do Direito Administrativo², outros, enfim, para quem o Serviço Público não é tudo, sendo muito mais importante a idéia de Poder Público, que é o meio de concretizar as atividades que o Estado desempenha para atingir os fins que lhe justificam a existência.

Outros, desprezando quaisquer notas características, quaisquer elementos encontrados no Serviço Público, julgam que a classificação não deve partir da realidade objetiva que se considera, mas tão-sòmente da intenção do Estado relativamente ao Serviço: Serviço Público é aquêlo que é assim considerado pelo Estado³.

Doutrinadores mais modernos exigem na caracterização do Serviço Público, pelo menos a presença de dois dos elementos acima enumerados, havendo outros que acham deverem concorrer três dêsses requisitos.

Em resumo, os critérios principais para a conceituação do Serviço Público podem ser assim agrupados:

- | | | |
|-----------------|---|--|
| Serviço Público | } | 1.º critério — Execução pelo Estado. |
| | | 2.º critério — Finalidade. |
| | | 3.º critério — Identificação com o Direito Administrativo. |
| | | 4.º critério — Idéia de Poder Público. |
| | | 5.º critério — Regime jurídico determinado pelo Estado. |

2. “Não nos parece, porém, interessante definir o Serviço Público, em função, sòmente da definição do Direito Administrativo. É preciso encarar a questão dentro de outros têrmos” (THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, 1949, 2.ª ed., v. IV, p. 10).

3. Cf. GASTON JÈZE, apud THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito administrativo*, Rio, 1949, 2.ª ed., v. IV, p. 18 e 3.ª ed., Rio, 1956, v. II, p. 56.

15. *Análise dos principais critérios.*

O elemento Estado foi considerado por alguns como requisito indispensável para caracterizar o Serviço Público.

Assim, a nota característica do Serviço Público seria sua execução pelo Estado.

A corrente que espousa tal critério merece ser criticada não porque seja irrelevante a presença do Estado para a caracterização do Serviço Público, mas por que, ressaltando apenas um requisito, vê tão somente parte da realidade.

Eis como se manifestam os autores a respeito do critério que estamos analisando.

CARLOS GARCIA OVIEDO, em preciosa e rara monografia, assim dissertou :

“Também não se pode qualificar de público um serviço, porque seja pública a personalidade que o desenvolve. Este critério é ainda mais insuficiente que o anterior (que se refere à finalidade), pois nem todos os serviços das pessoas públicas (Estado, Província, Município) são Serviços Públicos, nem deixa de ser público um serviço porque seja executado por uma pessoa privada”⁴.

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, tece as seguintes considerações a respeito do tema que estamos analisando:

“A conceituação do Serviço Público não pode ser compreendida em uma fórmula *a priori* traçada; depende de circunstâncias. Pode o Estado ser acionista de uma empresa e não se considerar aquêlê serviço como público (o Banco do Brasil não tem sido considerado como tal), ao mesmo tempo que podem empresas particulares realizar serviços públicos (especialmente as concessões)”⁵.

4. *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 19-20.

5. *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio, 1949, v. IV, p. 17-18 e 3.^a ed., Rio, 1956, v. II, p. 55.

Para outra corrente, não interessa que o serviço seja executado pelo Estado para ser incluído entre os Serviços Públicos, sendo muito mais importante, neste particular, que se atenda ao critério finalidade.

Serviço Público seria, então, o que satisfaz a uma necessidade pública ou necessidade coletiva, isto é, o que provê à satisfação dos interesses de uma coletividade, sem referir-se concreta e determinadamente a um interesse particular ⁶.

Sobre a finalidade do Serviço Público, frisam os autores, é preciso que se saiba tratar-se de necessidade coletiva, que não deve confundir-se com necessidade geral ⁷, visto ser a generalidade conceito muito mais amplo que o de coletivo, diferença aliás, ressaltada por outra ciência — a Economia Política.

Novamente devemos socorrer-nos da autoridade de GARCIA OVIEDO que assim rebate êste critério:

“Uma observação elementar das coisas, não obstante, permite que descubramos a insuficiência dêste critério.

Numerosas são, em qualquer sociedade bem constituída, as necessidades públicas que se satisfazem mediante o procedimento do Serviço Privado. Precisamente por êste procedimento, através dêste procedimento, é que são satisfeitas as necessidades públicas, quiçá mais fundamentais.

O Serviço de abastecimento de artigos de uso e consumo geral (pão, carne, leite), o de farmácia, o de assistência

6. GARCIA OVIEDO, *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 19.

7. Assim, RAFAEL BIELSA: “Necessidade coletiva não é necessidade geral. Em Economia Política, faz-se radical distinção a respeito. A necessidade geral tem um caráter próprio; é uma soma de elementos homogêneos e, aritmeticamente, de quantidades positivas; ao passo que a necessidade coletiva resulta de uma soma algébrica, em que entram elementos não homogêneos” (*Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 91-92); VILLEGAS BASAVILBASO esclarece: “São as necessidades coletivas as que fundamentam a atividade da administração pública. . Necessidade coletiva não é o mesmo que necessidade geral” (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 51).

médica, não são Serviços Públicos e, não obstante, satisfazem a necessidades de interesse coletivo de primeira ordem. Ao revés, há necessidades públicas de interesse menor que dão origem a Serviços Públicos, como, por exemplo, o que acontece com o serviço de transportes urbanos.

Do critério da finalidade o mais que se pode dizer é que não há Serviço Público que não satisfaça a uma necessidade pública, mas não que a satisfação de uma necessidade pública dê origem, forçosamente, a um Serviço Público.

O critério da finalidade é, pois, um critério insuficiente”⁸.

Definir o Serviço Público, em função somente da definição do Direito Administrativo, é critério que não merece a menor atenção, por deixar o estudioso diante de um verdadeiro círculo vicioso⁹.

A respeito do Poder Público, como critério para caracterizar o Serviço Público, escreve VILLEGAS BASAVILBASO:

“Já se disse que o Poder Público é o elemento integrante da noção de Serviço Público, visto que a necessidade coletiva, que é seu objeto, deve ser assegurada. Acontece freqüentemente que a doutrina e a jurisprudência consideram como serviço público tôdas as formas de atividade da administração, sem discriminar os regimes jurídicos que o regulam. Tôdas as formas de atividade da administração pública poderão ser serviços administrativos, mas não serviços públicos. É indispensável delimitar suas notas conceptuais e, neste particular, a doutrina dominante reserva o nome de Serviço Público ao que está sujeito a um procedimento jurídico especial (JÈZE) ou ao que está assegurado pelo Poder Público (BIELSA)”¹⁰.

8. GARCIA OVIEDO, *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 19.

9. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Rio, 1949, v. IV, p. 10.

10. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 43.

Finalmente, neste rápido apanhado a respeito dos diversos critérios, para encerrar êsse capítulo, estudemos o que se refere ao Regime Jurídico Especial a que deve ser submetido o Serviço Público.

Com efeito, “a necessidade de fazer com que o Serviço Público funcione de maneira normal, eficiente, regular, sem interrupções, torna indispensável uma série de atribuições, poderes, faculdades, direitos, por meio dos quais se estabelece um regime distinto que serve para normalizar, regular e, numa palavra, resolver tôdas as questões suscitadas, com a rapidez e efetividade necessárias, para que o Serviço funcione de modo eficiente e contínuo”¹¹.

Sobre êste critério, assim se define o professor mexicano GABINO FRAGA:

“Relativamente ao critério sustentado por JÈZE, em que se toma como base para fixar o conceito de Serviço Público o regime jurídico especial de direito público a que está sujeita, em determinados casos, a atividade dos agentes públicos, convém observar que, como se demonstrará no desenvolvimento posterior desta obra, a natureza especial da atividade do Estado é que impõe um regime jurídico que dê fisionomia particular à atividade dos agentes públicos”¹².

Todos os critérios citados — o que se baseia na presença do Estado, o que leva em conta o fim a alcançar-se, o que se prende à definição da disciplina, o que fica adstrito à idéia do Poder Público e o que fixa sua atenção no Regime Jurídico Especial — pretendem delimitar o âmbito do Serviço Público com a fixação em um só requisito o que é evidentemente pouco para uma realidade tão complexa.

No estudo da noção do Serviço Público, é preciso, antes de tudo, proceder a uma divisão, a uma classificação dos

11. RAFAEL SANTOS JIMENEZ, *Conferências* (Cursos 1942-1943), Habana, 1943, apud, ANTONIO LANCIS, *Derecho Administrativo*, 3.^a ed., La Habana, 1952, p. 85.

12. GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, 6.^a ed., México, 1955, p. 19.

serviços, a fim de que se possa ter o conceito lato e o conceito restrito daquilo que se quer esclarecer.

16. *Classificação dos Serviços Públicos.*

Entre as várias classificações que se fizeram dos Serviços Públicos, uma, dentre tôdas, alcançou unânime aceitação por parte dos doutrinadores, pôsto ajustar-se de maneira perfeita à realidade, além de revestir-se de reconhecida utilidade prática¹³.

Trata-se da classificação dos serviços em Próprios e Impróprios, apresentada pelo professor italiano ARNALDO DE VALLES¹⁴ e divulgada em várias obras pelo professor argentino RAFAEL BIELSA a tal ponto que, na menção dos Serviços Públicos, em próprios e impróprios alguns autores chegam a atribuir a êste último a paternidade daquela divisão.

Dentro do pensamento de ARNALDO DE VALLES, magnificamente desenvolvido e exemplificado pelo mestre argentino BIELSA, Serviços Públicos próprios são aquêles que o Estado executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (regime das concessões).

Serviços Públicos impróprios são os que, atendendo embora às necessidades coletivas, como os anteriores, não

13. "...serviços próprios e impróprios, distinção que não é meramente teórica, mas também de utilidade prática" (RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 88).

14. "Pode-se dar o nome de Serviços Públicos em sentido próprio pois que são públicos também sob o aspecto subjetivo, porque êste é o elemento que determina o caráter público dos vários institutos; Serviços Públicos em sentido impróprio consideram-se os que pelo aspecto subjetivo são atividades privadas e atingem o nome, não a qualidade, de públicos pela tradição e pelo uso comum, em vista de sua função, mas que, todavia, como atividades particulares, são subordinados a um especial regime publicístico, porque pelo direito público podem ser regidas muitas das relações entre seus sujeitos e as pessoas jurídicas públicas, de um lado, e de outro lado os particulares, destinatários do serviço" (ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1930, v. VI, parte I, p. 396.)

são executados pelo Estado, nem direta, nem, indiretamente, se bem que recebam “autorização” ou “permissão” do órgão estatal, a quem incumbe a tarefa de regulamentá-los”¹⁵.

“Em princípio”, esclarece VILLEGAS BASAVILBASO, “é função própria da administração pública satisfazer diretamente às necessidades coletivas pelo procedimento de direito público, mas nada obsta juridicamente a que certas necessidades coletivas — desde que a ordem jurídica constitucional não o proíba — sejam satisfeitas pelo mesmo procedimento por particulares, para o que é absolutamente preciso que a administração pública delegue tal atribuição. Nestes casos, as necessidades coletivas são satisfeitas indiretamente pela administração pública. Essa “delegatio” dá origem à figura jurídica denominada na doutrina concessão de serviço público. Assim, pois, a prestação do serviço público deve ser realizada pela administração pública: diretamente, por seus órgãos, ou indiretamente por concessionários.

As considerações precedentes permitem asseverar que o Serviço Público deve ser prestado direta ou indiretamente pela administração pública; mas como existem necessidades coletivas que constituem verdadeiros serviços, que a administração pública autoriza, ou permite, sujeitando-os a regulamentações de polícia, é mister não confundir os primeiros. A doutrina denomina aos segundos Serviços Públicos Impróprios, que diferem dos serviços prestados pela administração pública, direta ou indiretamente, embora ambos tenham uma nota comum: a satisfação das necessidades coletivas¹⁶.

Explicando a distinção entre próprios e impróprios, no que diz respeito à classificação estabelecida por ARNALDO DE VALLES, assim discorre BIELSA:

15. RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 88.

16. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 47.

“Para determinar quando um serviço público deve considerar-se próprio, isto é, realizado pelo Estado, é necessário considerar o interesse público relativo ao Estado, em seu conceito de necessária organização jurídico-política, e as necessidades dos habitantes, ou seja, a população, que é um elemento essencial do Estado, como já explicamos.

Um serviço público, qualquer que seja, é uma atividade dirigida a satisfazer uma necessidade coletiva; se esta necessidade é do Estado, considerado em sua unidade, ela se satisfaz exercendo um poder; tal é a administração de justiça, os serviços de segurança exterior e interior etc.. Quando a necessidade é de ordem econômica ou social somente, como, por exemplo, os transportes, a provisão de alimentos, o ensino, essa necessidade pode ser provida pela atividade particular, seja organizada ou não, em empresa; o Estado pode limitá-la e até regulá-la por motivos de ordem pública (regime de autorizações e permissões). Assim, por exemplo, o transporte pessoal pode fazer-se diretamente por indivíduos, como na realidade ocorre, com os seus recursos econômicos ou sua preferência, ou por meios mecânicos, “*verbi gratia*”, bicicleta, automóvel, veículos de tração animal etc..

Mas, como tais meios não os possui a maioria da população, são oferecidos, mediante um preço (carruagens, automóveis); mas, como estes são limitados pela oferta e procura, e proporcionais à capacidade econômica dos habitantes, existem outros de caráter coletivo (ônibus, bondes etc.). As duas categorias de transportes são serviços públicos em sentido lato, mas há entre elas uma diferença importante. Os primeiros são individuais e mais caros que os segundos; estes são gerais e satisfazem não já a uma comodidade, mas a uma necessidade vinculada à atividade normal e até indispensável da população, atividade que se vincula à vida econômica, higiênica e cultural do povo.

Sendo assim, essa atividade, como outras análogas, indispensáveis para a coletividade, entra no quadro das funções do Estado, isto é, converte-se em função própria dele

e essa função é que é realizada pelo Estado mediante serviços públicos que, por isso mesmo, recebem o nome de “serviços públicos próprios”. É o grau de intensidade da necessidade pública, pois, o que determina a natureza administrativa do serviço”¹⁷.

Em resumo:

Serviços	{	Próprios	{	Diretos (agentes do Estado)
		(Estado)		Indiretos (concessionários).
Públicos	{	Impróprios (Particular)	{ (mediante)	autorização.
				permissão.
				regulamentação.

17. Método para atingir o conceito do Serviço Público.

Não é fácil, como se vê, a obtenção do conceito do Serviço Público, sem que se faça a distinção entre Serviços Próprios e Impróprios.

Feita tal distinção, ressalta, como nota característica importantíssima, nos Serviços Públicos, a satisfação de uma necessidade coletiva, que tanto ocorre, nos Serviços Públicos próprios, como nos impróprios.

Em segundo lugar, devemos notar a personalidade em jôgo que, nos Serviços Públicos próprios, quer diretos, quer indiretos, está sempre atuando de modo sensível.

Para conseguir uma definição clara, sintética e precisa dos Serviços Públicos, principiaremos por analisar, antes de tudo, os têrmos integrantes da expressão; em segundo lugar, tomaremos como elementos indispensáveis para a construção conceitual o traço “necessidades coletivas” e o fator “Estado” completando o conjunto com elementos de certo modo acessórios, mas que contribuirão para esclarecer o conjunto.

17. RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Buenos Aires, 1955, v. I, 477-478.

18. *Térmos integrantes da expressão.*

Na expressão Serviço Público, ocorrem dois vocábulos que precisam de explicação.

Já SANTAMARIA DE PAREDES, como vimos, escrevia que “serviço é ação e efeito de servir; servir é executar algo, exercer uma função, cumprir um fim, satisfazer a uma necessidade e poderia acreditar-se que todo ato, objeto de um contrato celebrado pelo Estado, Província ou Município, tem o caráter de Serviço Público para os efeitos de sua especialidade legal”¹⁸.

“Com efeito”, acrescenta GARCIA OVIEDO “a idéia de servir engloba a idéia de prestar. Serviço é prestação, realização, atividade que se desenvolve para algo. Se a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins — atividade teleológica — é a atividade administrativa, a ação da Administração Pública, para colocar como obra alguma coisa em relação com a missão do Poder Público, é um serviço. Assim, quando no cumprimento do fim cultural do Estado um professor oficial ensina uma criança, ou em cumprimento da função sanitária um médico titular presta assistência a um enfermo pobre, ambos os agentes públicos servem, realizam um serviço, porque realizam uma prestação, porque desempenham uma atividade, porque fazem, executam alguma coisa”¹⁹.

Entendido dêsse modo, na expressão considerada, *Serviço* leva para a técnica do Direito Público a concepção vulgar, cotidiana, corrente.

Nestas condições, *Serviço* equivale a prestação; prestar um serviço é realizar algo, executar alguma tarefa²⁰.

18. *Curso de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1888, p. 806.

19. *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 15.

20. Cf. TITO PRATES DA FONSECA: “Servir significa atender, ter em vista, ter em mira, pôr fito em alguma coisa, enquanto se exerce uma atividade” (*Lições de Direito Administrativo*, 1943, p. 31).

“Dos dois elementos da locução em exame”, esclarece VILLEGAS BASAVILBASO²¹, explicando o pensamento analítico de ARNALDO DE VALLES, “o de natureza substantiva — Serviço — tem uma acepção determinada: exercer uma função, atingir um fim, satisfazer uma necessidade”.

Passemos agora à segunda parte da expressão: Público.

Ao contrário do substantivo Serviço, que tem um significado unívoco, não dando margem a controvérsia, o atributo Público é equívoco, tendo dois sentidos totalmente diversos, porque tanto pode ser entendido como “serviço executado pela pessoa pública, pelo Estado” (serviço do Público, do Poder Público), como também “serviço usufruído pelo público, pelo povo, pelo usuário, pela coletividade”.

“Resumidamente”, conclui DE VALLES, “Serviço Público outra coisa não é senão Serviço para o público. A questão é ver se a êste conceito prático e vulgar corresponde um conceito científico e jurídico. A mim a resposta parece ser decisivamente afirmativa”²².

“Serviço Público”, portanto, conclui TITO PRATES DA FONSECA, “é aquêle que, visando o bem coletivo ou certa finalidade, o Estado ou a Administração prestam, direta ou indiretamente, ao público. É o serviço prestado pelo Público ao público”²³.

19. *Serviço Público e Serviço Administrativo.*

Segundo a lição do grande clássico ERRICO PRESUTTI²⁴, constituem os Serviços Administrativos uma categoria dos Serviços Públicos, sendo, pois, o Serviço Público gênero de que o Serviço Administrativo é a espécie.

21. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 5.

22. ARNALDO DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato*, v. IV, p. 385-386.

23. *Lições de Direito Administrativo*, 1943, p. 33.

24. *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, Napoli 1905, v. I, p. 198.

Nestas condições, todo Serviço Administrativo é um Serviço Público, se bem que a recíproca não seja verdadeira. Assim, a função jurisdicional constitui um Serviço Público mas, de modo algum, um Serviço Administrativo.

Sòmente se pode falar de Serviço Administrativo, quando a atividade exigida para levá-lo a têrmo seja uma atividade administrativa²⁵.

A respeito da questão — constitui a função jurisdicional um Serviço Público? — costumam os tratadistas dividir-se em dois campos opostos.

Os autores que julgam não dever ser incluída a administração da justiça entre os Serviços Públicos raciocinam como GARCIA OVIEDO ou como RAFAEL BIELSA.

O primeiro dêsses autores expende as seguintes considerações sòbre o problema, ao refutar as idéias de PRESUTTI:

“Nossa opinião não é favorável à doutrina formulada pelo sábio autor. Entre o Serviço Administrativo e o Serviço Público não existe a relação de parte para o todo, como crê PRESUTTI. Não são círculos concêntricos de circunferências desiguais. São esferas diversas, excêntricas, só coincidentes em que ambos os serviços envolvem a ação de uma pessoa pública”²⁶.

O mestre argentino estende-se longamente a respeito do assunto, frisando:

“Para alguns até a chamada administração da justiça é serviço público. E por aqui começa nossa crítica. Na concepção hoje dominante da doutrina francesa, tòda atividade da Administração pública é serviço público e como atividade jurisdicional pode ser também atividade da Administração pública, não se excluiria da idéia de serviço público a ação do Conselho e de outros tribunais administrativos.

25. GARCIA OVIEDO, *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 39-41 e THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., 1949, v. IV, p. 11-12.

26. *La teoria del Servicio Público*, Madrid, 1923, p. 39-40.

JÈZE, por exemplo, define o direito administrativo como o conjunto de regras relativas ao serviço público. Neste conceito, entra todo o direito administrativo e não se exclui a função administrativa jurisdicional, pois, não poderia ficar o contencioso-administrativo, que é o principal, fora do campo do direito administrativo. E acrescenta logo JÈZE, expressamente, que no serviço público se compreende a atividade jurisdicional”²⁷.

Mais abaixo, conclui assim suas considerações: “É um serviço público a administração da justiça? É função pública? Sem dúvida, o órgão jurisdicional, ao decidir no decorrer de ação ou recurso promovido por quem reclama justiça, presta um serviço jurídico, mas o fim do ato jurisdicional é restabelecer o império do direito. Nos procedimentos judiciais de ofício verifica-se êste princípio. A administração da justiça não é um serviço público no conceito que aqui damos de serviço. O conceito de serviço público deve restringir-se à atividade intermitente e própria-mente jurisdicional (puramente jurídica), que exerce a magistratura judicial. A jurisdição é uma função pública essencialmente jurídica. A legislação é também atividade pública de substância jurídica (função criadora de normas)”²⁸.

Há muito H. BERTHÉLEMY, que se situa na corrente oposta, em obra reputada clássica, ensinava:

“Todos os serviços que concorrem para a execução das leis, exceto os serviços de justiça, são serviços públicos, não serviços administrativos”²⁹.

27. RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 82.

28. RAFAEL BIELSA, *idem, ibidem*, p. 85.

29. HENRY BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9.^a ed., Paris, 1920, p. 1.

Entre nós, TITO PRATES DA FONSECA³⁰ e MÁRIO MASAGÃO³¹ seguem, assim como o professor português MARCELO CAETANO³², a lição de PRESUTTI que é também a que acatamos, concluindo: Serviço Público é gênero de que Serviço Administrativo é espécie e a função de administrar a justiça que é feita pelo Poder Público para atender a uma necessidade coletiva não pode deixar de ser Serviço Público, motivo por que distinguimos o Serviço Público Administrativo e o Serviço Público Judiciário.

20. Nossa definição.

Realmente, árdua é a tarefa de definir o Serviço Público.

Na conceituação do Serviço Público “pedra angular do Direito Administrativo”, a despeito do pessimismo de alguns autores franceses, que pretendem demonstrar a crise da noção em jôgo, não é possível deixar de adotar uma atitude de prudente equilíbrio: nem exagerar a importância da noção, nem menosprezá-la.

30. “No exercício de sua atividade, excluídos os atos de legislar e julgar, as operações do Estado formam aquilo que denominamos serviços públicos administrativos” (*Lições de Direito Administrativo*, 1943, p. 42).

31. Assim se desenvolve o raciocínio de MÁRIO MASAGÃO: “como se não se têm de distinguir, na massa do serviço público, os serviços administrativos propriamente ditos? Também aqui os autores estabelecem confusão. Entretanto, o problema não existe. Dentro da massa do serviço público, há atividades que não se consideram administrativas, como, por exemplo, a judiciária. Esta constitui serviço público, mas não serviço administrativo. Serviço administrativo é o serviço público que se desenrola na esfera não contenciosa. Portanto, serviço é gênero e serviço administrativo é espécie”. E define o mesmo mestre: “serviço público administrativo é toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária”. Cf. *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, 1960, v. I, p. 288.

32. “Ocupâmo-nos neste lugar dos serviços administrativos, somente, deixando de lado os judiciais. A categoria dos serviços públicos é comum: há serviços públicos administrativos e serviços públicos judiciais” (MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 4.^a ed., Coimbra, 1956, p. 512, n. 1 e 6.^a ed., 1963, p. 544).

Serviço Público é noção definitivamente incorporada à terminologia do Direito Público e, se flutuante seu conceito, isso se deve à mobilidade extrema de nossa disciplina, sempre dependente da menor ou maior intervenção do Estado em todos os seus setores.

Depois dessas considerações, concluímos que, a despeito da apregoada instabilidade, vale a pena insistir na separação de elementos básicos, essenciais, que possam servir para a elaboração do conceito e, nesta altura, a satisfação das necessidades coletivas é elemento que deve estar presente na definição do Serviço Público.

Em segundo lugar, já que nos referimos aos Serviços Públicos próprios, a presença da personalidade do Estado é o segundo elemento obrigatório da definição.

Serviço Público é, portanto, *tôda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas através de procedimentos peculiares ao Direito Público*³³.

Dentro desta definição, sem dúvida genérica, mas essencial para nossa disciplina, cabe a definição mais particular do Serviço Público Administrativo, que é *tôda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas através de procedimentos peculiares ao Direito Público, com exclusão da atividade judiciária, regida por outra disciplina*.

33. Segundo BIELSA, "*Serviço Público é tôda ação ou prestação realizada pela Administração Pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta das necessidades coletivas, assegurada essa ação, ou prestação pelo poder público (de polícia)*" Cf. *Ciencia de la Administración*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1955, p. 100; segundo VILLEGAS BASAVILBASO, "*Serviço Público é tôda atividade direta ou indireta da Administração Pública cujo objeto é a satisfação das necessidades coletivas por um procedimento de direito público*". Cf. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1951, v. III, p. 49 e 228. GEORGES VEDEL: "*desempenho pela própria administração, conforme certos procedimentos de atividades que satisfazem a necessidades de interesse geral*" (*Droit administratif*, 3.^a ed., 1964, p. 584). RIVERO, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1965, p. 379.

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

9.

349 (37)

Interêsse Atual dos Estudos de Direito
Romano*.

Alexandre Augusto de Castro Corrêa

(Catedrático de Direito Romano na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo).

O Direito Romano, em sua essencial estrutura, e abstração feita das condições de tempo e de lugar, sob as quais nasceu e se desenvolveu, constitui, sabêmo-lo, até hoje parte integrante do direito das nações civilizadas do mundo. A conhecida frase de IHERING, "Pelo Direito Romano, além do Direito Romano" bem evidencia, por parte de grande jurista e no afã de ultrapassar a antiga construção a consciência da perenidade e permanente função do sistema de idéias codificado por JUSTINIANO. E com efeito ninguém ignora a trajetória majestosa e brilhante do *Corpus Juris* inspirando na Idade Média os doutores de Bolonha, propondo enigmas históricos e filológicas aos humanistas cujacionos fornecendo, depois, base histórica e doutrinária aos jusnaturalistas e nos séculos XIX e XX contribuindo, ainda de maneira notável e determinante para a elaboração dos dois maiores códigos europeus, o Napoleônico, de 1804 e o Alemão de 1900.

A simples referência a fatos de tamanha magnitude, na história do direito ocidental e na história geral da civilização, bastaria para despertar no ânimo de qualquer jurista medianamente culto, um nobre sentimento de veneração e amor pelo Direito Romano. Pois, com efeito, que somos

* Aula inaugural dos cursos jurídicos proferida a 1 de março de 1966, no salão nobre da Faculdade de Direito da USP.

nós hoje, senão herdeiros e continuadores daquela ciência cujas bases morais e humanas foram pela primeira vêz encontradas, com firmeza inabalável, pelos varões cujo officio diuturno era buscar as regras “do bom e do justo”?

Nenhum jurista digno do nome ignora é certo tal verdade histórica: o Direito Romano, todos o reconhecem, em continua e milenar evolução, acha-se indissolúvelmente ligado ao destino da civilização ocidental, exatamente como o pensamento moderno, em sua história é incompreensível sem o conhecimento da filosofia grega, a matemática não-euclidiana permanece inacessível a quem ignore os teoremas de EUCLIDES, a arte moderna mesma só possa parecer aberração e pesadelo a quem não seja capaz de acompanhá-la em sua história desde a arquitetura da Acrópole ou desde as esculturas de Fídias! Ninguém, repitâmo-lo, contesta semelhante evidência histórica: vimos do passado e sem êle não nos podemos compreender. A crise, entretanto, magistralmente apontada por KOSCHAKER, em seu conhecido e brilhante livro *A Europa e o Direito Romano*, a crise pondo em perigo, hoje em dia, a própria existência dos estudos romanísticos nas Faculdades, justamente, de. Direito provém não tanto da ignorância sôbre as origens romanas do direito atual quanto do desprêso por assim dizer universal estranhamente votado pelos juristas de hoje ao estudo e investigação dos textos do *Corpus Juris*, continuando um trabalho cujo fruto foi a própria edificação da ciência do direito no Ocidente. Ao Direito Romano podemos hoje aplicar os versos de Ovidio, lembrados por KANT a propósito do triste declínio da Metafísica:

“ Modò maxima rerum
Tot generis natisque potens
nunc trahor exul, inops”.

O jurista brasileiro de nossos dias (seguinto neste ponto a moda) timbra em ostentar seu desdém pelos estudos romanísticos, baseados em textos escritos numa língua morta

e desconhecida. . Ler Latim é para os bacharéis de hoje quase tão impraticável quanto ler caracteres egípcios! Situação curiosa: depois de longo período cultural inspirado em substância pela tradição português, encaminha-se cada vez mais o brasileiro para o abandono das letras clássicas. Nunca em nossa terra se aspirou tanto ao modernismo em todos os setores, inclusive o cultural, e nunca, pelos menos entre os bacharéis em direito, foi como hoje, tão pobre o conhecimento, por exemplo, da própria língua materna! São a êste respeito unânimes os juízos: junto com o relativo progresso material e técnico observado numa cidade como a nossa, veio o declínio da instrução, caindo-se num falso pragmatismo, o qual no mundo universitário se resume na seguinte atitude dos estudantes, sintetizada com triste ironia por ilustre professor desta casa: “os estudantes querem, da Faculdade, o diploma e dêste exclusivamente os proventos que porventura proporcione”. A tendência para o desenvolvimento econômico obscureceu no espírito popular o senso dos valores espirituais e culturais. Não admira, em tais condições, sejam disciplinas como o Direito Romano e o Latim, no qual se exprime, alvo não só do geral desdém há pouco mencionado como ainda de campanhas mais ou menos insidiosas visando à sua supressão pura e simples dos cursos jurídicos! Diante de tal situação, ao jurista preocupado com os destinos brasileiros da tradição romanística, incumbe antes de tudo realizar esforço visando compreender com a possível exatidão as causas da crise; fixadas estas, cumpre em seguida apontar os caminhos capazes de debelá-la, tudo em nome daquele valor perene inerente aos estudos de Direito Romano, valor aliás, jamais abertamente negado pelos seus adversários. Lancêmo-nos, pois, em primeiro lugar, à busca das causas. Em nosso meio, uma delas e talvez a principal seja, nestes últimos dez anos, o aumento extraordinário da população, produzindo uma série de problemas conhecidos inclusive o da educação. Assim como de meios de abastecimento e de transporte, carecemos de esco-

las primárias, secundárias, e superiores, tanto em número quanto em qualidade. Em consequência da grande procura e da escassêz de estabelecimentos, o ensino brasileiro fàcilmente se mercantilizou, transformando-se em indústria rendosíssima. Em bom número de escolas particulares *vendem-se* praticamente os diplomas e as universidades recebem estudantes sem condições de empreenderem um estudo sério, capaz de formar cientistas. Sofrendo a pressão da massa, exercida “de baixo para cima”, as escolas superiores, sobretudo as de direito, perdem fatalmente a expressão cultural, convertendo-se em mero instrumento ou em estágio inevitável de cinco anos para o exercício da profissão, que se quer tão fácil e lucrativa quanto possível. Surge, assim, em nossos dias, um tipo novo de profissional liberal, desprovido daquele acervo de idéias fornecido pela meditação e leitura, acervo êste distinguindo, até há bem pouco, o jurista e dêle fazendo verdadeiro guia e mentor da sociedade. Na São Paulo atual um bom “public relations”, ganha mais, nas grandes emprêsas, do que seu colega advogado. . Nas Assembléias Legislativas de hoje não têm mais assento, como outrora, os luminares do direito, pois devido ao aumento vertiginoso da população, o grande industrial, o comerciante, o chefe das organizações sindicais sobrepujaram o homem de boas maneiras, capaz de discutir, em português elegante, os temas principais da vida política. Há exceções sem dúvida mas em geral o quadro parece êste. As Faculdades de Direito não têm mais conseguido fornecer ao País, como até bem pouco tempo, aquêles homens representativos e capazes de presidir, com sabedoria e firmeza, aos destinos culturais e políticos da comunidade!

Poderíamos, neste sentido, falar, com RIPERT, em “declínio”, puro e simples, *do direito* e não apenas em declínio do Direito Romano. Ligada ao fenômeno recente, no Brasil, do urbanismo, outra causa conspira para o desprestígio dos estudos clássico e clássico-jurídicos entre nós. Tal causa, consequência natural da primeira, poderíamos cha-

ma-la sem qualquer intenção demagógica de *questão social*, ou melhor, de questão *ideológica*. Com efeito: por não a terem jamais recebido, ignorando-lhe pois o significado e alcance, muitos estudantes e mestres brasileiros de hoje encaram com horror a cultura clássica e induzidos pela propaganda insidiosa tendem a ver nela a expressão do espírito duma classe burguesa e capitalista fadada ao desaparecimento. Saber algum Latim, para já não falarmos do grego, apreciar os versos de VIRGILIO ou um pensamento de CÍCERO é considerado, por tal mentalidade pseudo-acadêmica, simples anomalia e excentricidade, mera sobrevivência de gôsto passado e morto. E por natural associação as mentes, trabalhadas pelo preconceito, tendem a formular, inapelavelmente, idêntico julgamento em relação ao estudo do Direito Romano. “Suprima-se pura e simplesmente a cadeira”, pedem muitos; “Admitâmo-la, ainda, mas só a título de especialização”, concedem alguns, mais tolerantes. E note-se: o Direito Romano ocupa em nosso curso de bacharelado o modesto período de *um só ano letivo* não podendo pois ser considerado carga excessiva pesando sôbre os ombros do corpo discente. Sob o aspecto social observamos em nosso meio, como de modo geral, no mundo inteiro, a elevação das camadas inferiores da burguesia, e mesmo do proletariado, vendo abrir-se-lhes o acesso às posições sociais mais elevadas, através, inclusive, das profissões liberais outrora exercidas só ou quase só pelos abastados. Ora, pequena burguesia e proletariado, alimentam certa animosidade contra as formas por assim dizer requintadas de cultura e parecem ter mentalidade mais pragmática ou utilitarista. Por isso avoluma-se, em nosso meio, a onda contrária à educação humanística, representada, em sua mais elevada forma, pelos estudos de grego e latim considerados próprios de reduzida “élite” sem qualquer contato com os anseios e objetivos duma sociedade em formação.

Relativamente ao Direito Romano, escrito em Latim e sujeito por isso mesmo à *preliminar de inoportunidade e*

inaturalidade, argumenta-se ainda com a *falta de alcance prático* do seu estudo, por se tratar de Direito morto, substituído a partir de 1804 pelos códigos modernos; dediquêmo-nos, isto sim, de corpo e alma, ao aprofundamento do Direito Civil, direito novo, reclamando todos os nossos esforços científicos e não percamos precioso tempo com um Direito extinto, destinado, naturalmente, a fazer parte da Arqueologia jurídica.

Eis, em síntese, esperamos verdadeira e serena, as grandes linhas do pensamento dominante hoje em dia a respeito do valor e importância dos estudos humanísticos em geral e em particular dos estudos humanístico-jurídicos. Feito assim brevemente, o diagnóstico dos males corroendo, como verdadeiro câncer, as entranhas mesmas da tradição espiritual do Ocidente, tentemos agora, indicar a *terapêutica* desses males, na esperança de encontrarmos a vacina ou antídoto capaz de extirpar o mal jurídico a fim de contribuímos para a restauração nos espíritos daquela confiança no valor integral dos estudos humanísticos, capazes de servir *no presente e na preparação do futuro*, assim como já serviram tão gloriosamente no passado. Em vista, pois, de tão elevados interesses morais e espirituais seja-nos lícito apresentar sugestões, visando preservar e se possível incentivar e aumentar o interesse em nossa terra pelos estudos de Latim e de Direito Romano. Antes de mais nada não parece exagerado afirmar que no Brasil, o descaso pelos estudos clássicos vem mais da geral ignorância do que propriamente de experiência negativa, fazendo-os desaconselhar. Jamais tivemos tradição humanística importante em nosso meio e por isso o público brasileiro não pôde até hoje apreciar os frutos nas letras, na filosofia e nas artes do longo aprendizado pelo qual passou a cultura européia. E' neste ponto significativo, merecendo ser aqui recordado, o pensamento do grande BERGSON defendendo em França o valor dos estudos clássicos, a propósito de leis francesas nefastas, procurando substituí-los por outros, de cunho pretensamente

moderno. As observações do filósofo profundo e estilista incomparável, contemplado em seu tempo com o prêmio Nobel de Literatura, ligam-se tão intimamente ao tema desta dissertação a ponto de nos parecer interessante resumi-las, tais como se acham na *comunicação*, dirigida pelo autor da *Evolução Criadora* à Academia de Ciências Morais e Políticas da qual era membro¹. Observa inicialmente BERGSON: o declínio e o desaparecimento, em França, dos estudos de grego e latim causariam irreparável prejuízo ao prestígio mundial do país. Refere o filósofo sua experiência dos tempos de professor de liceu, no interior da França e na Capital e diz: comparando alunos com aprendizado regular das línguas clássicas aos seus colegas sem tal aprendizado, notou a *superioridade marcante dos primeiros* e concluiu pela existência de conexão evidente *entre a cultura greco-latina e a arte de compôr e de escrever*, bem como entre o conhecimento do latim e a compreensão da língua francesa. Sentimo-nos, diz BERGSON, mais seguros de nós mesmos quando conhecemos a etimologia dos vocábulos modernos; sem tal conhecimento arriscâmo-nos sempre a empregar os termos de maneira imprópria ou então a usá-los com timidez, por falta de notícia dos limites dentro dos quais podemos utilizá-los livremente, pois uma coisa é receber fixados os vários sentidos da palavra e outra assistir ou acompanhar a gênese das mesmas. Objetar-se-á: “Muitos grandes escritores ignoravam latim”. É possível, responde BERGSON, mas os poucos, citados, uns dois ou três, eram escritores de gênio, e o Gênio é divinatório. Os métodos pedagógicos, porém, existem para a média, para quem precisa aprender e não para os que adivinham. Coloquêmo-nos, prudentemente, aconselha BERGSON, na primeira categoria; e estudemos *Latim* se quisermos manejar com segurança a língua francesa. E a literatura? indaga a seguir o grande filósofo. Quanto a esta parece-lhe impossível *compreender e sentir* perfeitamente

1. O artigo de BERGSON acha-se em HENRI BERGSON, *Écrits et Paroles*, P.U.F., 1959, p. 523 e ss..

a literatura francesa sem conhecimentos da literatura latina, sem noções não só da *literatura* como também em parte da *arte grega*. E não apenas pela literatura francesa achar-se *saturada* de antigüidade, cheia de alusões a tudo quanto foi dito e praticado pelos Antigos mas principalmente porque ela dêles herdou *certo espírito*, continuando-lhes a tradição. Quem não apanhar as alusões nem seguir o fio da tradição, perderá muito, arriscando-se a não entender plenamente a literatura francêsa; assemelhar-se-á àquele a quem escapam as harmonias dum som; a nota continua a mesma; o timbre, porém, não é o mesmo. Outro insigne mérito dos estudos clássicos, apontado por BERGSON, consiste em seu dom não só de ensinar a compreender a própria língua materna como também na virtude de *formar e desenvolver a inteligência*: “ordem, proporção, medida (as palavras são do filósofo francês), justeza e flexibilidade da forma adaptando-se exatamente ao que deseja exprimir, plenitude e rigor de composição, tornando o todo imanente a cada parte, e desenhando nitidamente cada parte no todo, eis os traços chamando desde logo a atenção quando consideramos a obra dos gregos; êles caracterizam o chamado *espírito de precisão*. E êste, observa o autor das *Duas fontes da Moral e da Religião* longe de ser *natural* constitui, pelo contrário, autêntica invenção grega, pois o “mais ou menos” basta para as necessidades práticas e correntes da vida. O espírito de precisão, porém, base de tãda *ciência* talvez jamais aparecesse no mundo, se os gregos não tivessem existido. Tal espírito, ainda hoje, é privilégio de determinada parte da humanidade; a inteligência oriental, apesar de brilhante, permanece imprecisa, afirma-se, até entrar em contacto com a nossa. No próprio Ocidente as qualidades d’ ordem, composição e precisão chamam-se geralmente “latinas” e um povo é considerado possuidor delas quando conserva pela *tradição* e mantém pela *cultura* o *espírito latino* continuador do espírito grego. Ao espírito greco-latino devemos o essencial contido na literatura, na arte e na ciência. Sem os gregos, observa BERGSON, teríamos por certo

tido a poesia; teríamos, porém, tido a prosa? Sem os gregos a consciência empírica do mundo no qual vivemos se teria certamente formado; teríamos, porém, tido a ciência? As qualidades da mente grega constituem, reunidas, o espírito clássico. E por elas, conclui BERGSON, se define em grande parte o espírito francês, principal herdeiro e continuador da tradição greco-latina. E conta o filósofo: “um professor alemão dizia outrora a ÉMILE BOUTROUX: “Poderíamos, em rigor, abandonar o ensino do grego e do latim sob a condição, porém, de ensinarmos mais francês em nossas escolas e de vós franceses vos dedicardes mais do que nunca ao estudo do grego e do latim”. Tal depoimento revela de modo inequívoco o aprêço dos alemães cultos pelos valores intrínsecos contidos no estudo de línguas neo-latinas como a francesa, maravilhosa sobretudo pelas qualidades de clareza e elegante precisão, herdadas do grego e do latim.

Lamentamos não podermos acompanhar aqui o filósofo francês em tôdas as suas esplêndidas digressões sôbre os méritos e vantagens dos estudos clássicos, digressões vazadas em estilo fluente e mágicamente belo de verdadeiro humanista. O tema principal de nossa dissertação porém é sempre o Direito Romano.

Seja-nos, entretanto, permitido, como conclusão desta primeira parte, citar ainda os pensamentos finais de BERGSON sôbre o alcance pedagógico reservado hoje ao estudo das línguas de HOMERO e VIRGILIO. “Qual o nosso objetivo? “Que espécie de homens formaremos?” indaga o filósofo. E responde: “esta pergunta comporta sem dúvida resposta a qual é a mesma em todos os tempos e lugares, a saber: “Queremos formar homens de *espírito aberto*, capazes de se desenvolverem em *mais* duma direção. Queremos provê-los dos conhecimentos indispensáveis e dar-lhes os meios de adquirir os demais, ensinando-os também a *aprender a aprender*”. *Devemos obter, termina Bergson, a maior soma possível de conhecimento científico puro e de investigação desinteressada; devemos manter sobretudo o genio francês intensificando sua força luminosa para lhe garantir no mun-*

do o máximo de esplendor. Esta última tarefa não se realizará sem o contacto firmemente reestabelecido com a antiguidade clássica.

Achamos pois nas palavras do mestre francês a resposta cabal à primeira objeção levantada em nosso meio contra o valor dos estudos do grego e do latim: se as ponderações do grande filósofo valem para a França, sua língua e cultura, não valerão também, em medida igual, para a língua e cultura brasileiras irmãs daquelas? Deixemos pois de lado os sofismas, abandonemos as trevas da ignorância e dos raciocínios unilaterais e demos o exemplo da abertura e largueza de espírito, restaurando nesta Academia na medida do possível e de acôrdo com as peculiaridades do ensino jurídico o culto da língua de CÍCERO e de TÁCITO, de CELSO e de ÚLPIANO, língua por excelência do Direito e mãe da nossa, cultivada com amor por VIEIRA, LAFAYETTE e RUY. Ao Português, aliás, CAMÕES não chamou.

“. língua, na qual quando imagina
Com pouca corrupção crê que é a latina?”
(Lus, 1,33).

Passemos, agora, à questão por assim dizer *ideológica*: procura-se hoje desacreditar os estudos de Direito Romano apresentando-o falsamente como tipo do sistema jurídico oriundo de sociedade escravocrata e imperialista, cujos ideais de Justiça não têm universalidade alguma, jungidos como se acham, nos tempos modernos, à sociedade capitalista e burguesa, fadada ao desaparecimento e à substituição pela sociedade sem classes do Comunismo. O valor perene do Direito Romano, enquanto exprime a atitude do homem ocidental, buscando atingir, pela *prudência*, a regra do justo e do injusto, regra esta pairando acima, pela sua pureza, dos interêsses acidentais e transitórios de classe e de dominação é violentamente negado pelo Marxismo, o qual por necessidade pragmática e intuito revolucionário não vê na história da humanidade senão luta de classes e luta cujo desen-

lace, aliás próximo, marcará o fim do humano devir graças à supressão definitiva da última classe, a Burguesia, suplantada afinal pelo *Proletariado Mundial*, cujo advento instaurará a verdadeira fraternidade entre os homens, abolidas as barreiras representadas pela crença em Deus, pela propriedade privada e pelas diversas nações. Tudo isto e ainda mais, sabêmo-lo todos, é pregado com ardor verdadeiramente messiânico e apocalítico no célebre “Manifesto Comunista” de MARX e ENGELS, verdadeiro Evangelho de todos os ateus e adeptos da subversão completa. Naturalmente, uma formação milenar como o Direito Romano, tão unida, pelo Estado e pela Igreja, à própria *alma* da sociedade ocidental só pode ser encarada pelos comunistas como parte integrante e essencial dum mundo tirânico e odiado que se deve lutar por destruir tão completamente quanto possível.

Aspecto curioso da dialética: desfechando tão brutal ataque contra o direito burguês e reclamando sua revolucionária substituição, desperta o Marxismo a atenção dos juristas ocidentais para... a *consciência das bases das instituições* e dessa maneira *revaloriza* indiretamente o próprio Direito Romano!

Nos dias de hoje dedicam-se também a êsse direito os juristas eslavos do mundo comunista, procurando “enquadrá-lo”, por assim dizer, nas malhas da dialética marxista-leninista: buscam demonstrar que o Direito Romano, em sua evolução de mais de doze séculos durante a *Antiguidade* não passa de brilhante ilustração da tese marxista da luta de classes (patrícios-plebeus; senhores-escravos; cidadãos-estrangeiros; cristãos-heréticos). Tal é precisamente o tema do romanista checo MILÁN BARTOZEK, da Universidade de Praga, procurando mostrar, à luz, é claro, do Marxismo-Leninismo, “*Como se deve estudar atualmente o Direito Romano — algumas idéias*”. O ensaio, assim intitulado, apareceu em italiano nos “*Studi in onore di Arangio-Ruiz*”, v. I, (1952), pp. 317-338. Seu conteúdo é amplamente examinado e criticado pelo eminente BIONDO-BIONDI, no primeiro dos

quatro alentados volumes de seus *Scritti Giuridici* publicados em 1965 pela editôra Giuffr  de Milão; a obra vem aliás de ser adquirida pela Biblioteca da nossa Faculdade. Sob o título *O Direito Romano no Mundo Moderno* reúne BIONDI estudos sugestivos e magistrais como *Crise e vicissitudes dos Estudos de Direito Romano*, *As bases romanisticas do Código Civil Italiano de 1946*, *Universalidade e perenidade da jurisprudência romana*, *Aspectos universais e perenes do pensamento jurídico romano*, *Existencialismo jurídico e jurisprudência romana*, *Direito Romano e Marxismo*, *Crise do Direito Romano e Marxismo*. A análise das idéias de BARTOZEK se encontra nos dois últimos dos títulos citados; a êles nos ateremos nesta segunda e última parte de nossa dissertação embora a obra t da de BIONDI,   qual remetemos os interessados, contenha inúmeros estudos do maior significado e alcance para a discussão do assunto aqui ventilado.

Segundo BARTOZEK, “ s noções de direito, apresentadas até agora, falta o elemento essencial, a saber sua substância class stica. Na realidade, o direito   *fen meno histórico*, produzido pela sociedade de classes; não existia antes, assim como não existirá depois.  le é instrumento da supremacia de classes, meio importantíssimo da classe governante empregado para subjugar a massa, a classe governada e explorada”. Porisso, “a tarefa da verdadeira ciência jurídica   realçar antes de tudo o alcance class stico de qualquer instituto bem como de qualquer máxima jurídica” (p. 500).

Trata-se, observa judiciosamente BIONDI, não de afirmação merecendo respeito em homenagem à liberdade de pensamento mas de ofensiva premeditada contra o Direito Romano; trata-se de ataque maciço o qual apesar do louvável intuito de reavivar nossos estudos acaba destruindo-os (p. 500). Eis o vaticínio de BARTOZEK: “grande será de novo a romanística, esplêndido seu futuro quando,   pergunta fundamental de GORKI: “com quem andais, mestres de cultura?” pudermos responder sem exceção *todos os romanis-*

tas: “Com o nosso povo trabalhador, com todos quantos trabalham em paz pelo bem estar do gênero humano, pelo progresso da humanidade” (p. 501). A semelhante lema, próprio mais talvez de partido político retruca BIONDI com razão: “Por que *todos* e *sem exceção*? A unanimidade e o côro exigidos inclusive no domínio científico? Não poderá acaso algum investigador fechar-se na tôrre de marfim da ciência, pensando por conta própria, estudando a ciência *pela ciência* e chegando a resultados científicos enquanto fruto de investigação conduzida sem preconceito de espécie alguma? Qual o valor da ciência, sem liberdade?” (501), Mostra assim, claramente, BIONDI o defeito essencial do Marxismo aplicado à história do Direito Romano: *isolar o fator luta de classes*, ignorando ou afastando os demais é dar prova de visão unilateral e parcial e mutilar assim um conjunto cultural onde ao lado de motivos econômicos atuam outros, de natureza política, moral e espiritual.

Poder-se-á alegar: mas, os fatores ideais reivindicados não possuem autonomia alguma no curso da história, os conceitos morais de “*humanitas*”, “*caritas*”, “*benignitas*”, “*pietas*”, tão freqüentemente invocados pelos juristas romanos nas suas decisões são, no plano da consciência, meros reflexos ou “supra-estrutura” duma realidade fundamental e determinante, duma “infra-estrutura” representada pelas relações de produção. Para usarmos a terminologia dos psicólogos, a “ideologia” ou “cultura” dum povo, segundo a concepção marxista é mero epifenômeno, mera função das relações materiais econômicas.

A tese, porém, pode ser rejeitada se lembrarmos que o próprio fato econômico tem já seu conteúdo moral enquanto o vencedor impondo ao vencido as condições de trabalho precisa ser mais forte em *todos os sentidos*, respondendo internamente pela sobrevivência da comunidade no plano econômico (através da organização de produção) e também externamente, no plano militar, por exemplo. Sabemos pela história que exércitos mercenários, abundantemente nutridos e equipados cedem a tropas esfaimadas porém aguerridas

e inspiradas pelo ardor patriótico ou pelo magnetismo dum chefe. Na Antiguidade vimos as hordas persas, comandadas pelos soberanos mais ricos e poderosos do Oriente desbaratadas por um punhado de gregos inteligentes, livres e combatendo pela pátria, pela família, pela independência da própria terra; o valor econômico foi claramente suplantado pela coragem e pelo patriotismo.

Em Roma, apesar do valor militar inegável do chefe púnico, as hostes de Hanibal não puderam vencer a resistência heróica do povo rei, lutando não para defender riquezas mas pela própria sobrevivência! Dominados pela mística da liberdade, os soldados da Revolução Francesa, em condições materiais miseráveis, venceram prodigiosamente os exércitos europeus, muito superiores em número e riqueza de provisões! E hoje mesmo o Ocidente unido em vez de transigir com o Comunismo, repartindo pelo número de seus habitantes a riqueza do mundo reage inabalável ao perigo pois não se trata apenas do “toma lá, dá cá” econômico e sim da própria razão de ser moral da existência do homem sôbre a terra, da opção suprema entre liberdade e submissão completa ao Estado; ora, os juristas romanos já diziam “*libertas inaestimabilis res est*” (D. 50,17.106:) “a liberdade é insusceptível de avaliação em dinheiro”, revelando nítida consciência da distinção evidente entre valores espirituais e materiais! Em nome e por causa da Liberdade humana e não apenas em defesa das montanhas de ouro, eventualmente acumuladas em suas arcas, assume o Ocidente o risco duma guerra total e em ponto nenhum do globo recua diante das ameaças da Cortina de Ferro! A própria história parece, pois, demonstrar que os valores éticos, enquanto sentidos e vividos pelo Homem são, em sua essência, diversos das leis meramente naturais! Se assim fôr a utilidade e o interêsse atual dos estudos de Direito Romano não se prenderão às eventuais conveniências da classe Burguesa na luta contra o Proletariado; nem tais estudos, em seu valor intrínseco, poderão jamais desaparecer. Pois, o pró-

prio testemunho das nações cultas prova que atravessando os séculos e servindo de modelo aos sistemas jurídicos modernos, Direito Romano, por causa dos princípios de Justiça que encerra, representa, apesar da mácula da escravidão, a mais eficaz armadura forjada pela experiência prática dum grande povo em defesa e proteção da liberdade e dignidade humanas bem entendidas!

O fenômeno da expansão mundial do Direito Romano, influndo até no Extremo Oriente, onde o Japão, por exemplo remodelou suas instituições, dando-lhes, com o Código Civil de 1890 feição civilística (vale dizer romanística) atesta a perenidade e atemporalidade dos valores éticos informando a jurisprudência de Roma, tornada porisso tão vital para a compreensão da história do Direito Ocidental assim como o conhecimento da filosofia, da arte e da geometria gregas são indispensáveis para quem queira entender o destino da cultura européia e mundial, na Idade Média e nos tempo modernos! Os estudos de Direito Romano são pois úteis em qualquer tempo. Oiçamos de novo ao eminente BIONDI resumindo magistralmente a questão: “O Direito Romano, diz êle, ensina várias e importantes coisas. Senso realístico da *Vida* em todos os seus aspectos enquanto interessantes para o jurista; negação prática, senão teórica, da imortalidade dos princípios, demolidos quando necessário; rigor lógico, temperado por elevado sentimento de justiça, atuando mediante “*aequitas*” *benignitas*”, “*humanitas*”; repugnância pelas abstrações não condizentes com a vida do direito; nenhuma improvisação mas adesão constante às exigências da existência, em sua mutável realidade, exigências permitindo distinguir entre Ideologia e consciência social; esta última, por sua vez, não é para os romanos fórmula vazia nem fachada escondendo arbitrariedades legislativas” (p. 538).

“Na milenária história política e jurídica de Roma, continua o mestre italiano, jamais se impõem programas e axiomas tão caros à mentalidade moderna, é certo, sujeitos

porém à substituição e ao abandono tão facilmente como se adotam. O único programa instintivo dos romanos é a *afirmação da coexistência necessária de todo o corpo social, bem como a de seu infinito desenvolvimento*. Para os romanos a direção da vida social em determinado sentido é fixada não por sábios ou videntes *mas a vida mesma estabelece diretivas e orientações*, que através de dúvidas e discussão se traduzem em norma jurídica mediante a técnica aperfeiçoada pela ciência do direito” (p. 539).

As palavras solenes e estimulantes do romanista italiano devem ser meditadas por todo jurista contemporâneo preocupado com o destino moral da humanidade, destino êsse tão majestosamente revelado pelo Direito: através das idades marcha, luta, sofre mas triunfa sempre, afinal, o sentimento da liberdade e da dignidade humanas!

Cultivar o humanismo, mantendo vivo o amor pela arte do pensar e falar corretamente, contribui de maneira notável para o aperfeiçoamento moral pois a linguagem existe para exprimir o pensamento, fazendo possível a comunicação entre as pessoas. Ora a linguagem jurídica é técnica e nos foi transmitida pelo Direito Romano. Apliquemos ao ensino do direito a observação sábia de BERGSON: uma coisa é utilizar sem segurança conceitos já elaborados e outra, muito mais valiosa, assistir-lhes à gênese e evolução até nossos dias. A leitura e o comentário dos textos do “Digesto” permitem incomparável aprendizado: o estudioso, concentrado na exegese sempre difícil dum fragmento de PAPINIANO, por exemplo, recebe as águas lustrais da ciência e, assimilando o pensamento estudado, refaz intuitivamente o longo caminho percorrido pelo saber desde seu bêrço em Roma até hoje. A formação romanística, propiciando o domínio da *linguagem jurídica* alarga de maneira singular a visão do estudioso, dá-lhe perspectiva histórica ao raciocínio e lhe amplia o espírito crítico e científico, tornando-o *capaz de se desenvolver em mais dum sentido* como cumpre ao verdadeiro homem culto, como incumbe ao cultor viril da Jurisprudência!

Para a consecução de finalidade tão alta, vale bem a pena procurar revigorar nas escolas de direito a estima pelos conhecimentos de latim! Que tesouros inesgotáveis de sabedoria encerram para homens de tôdas as idades, profissões, condições sociais e... ideologias os textos históricos de TITO LIVIO ou TÁCITO e os filosóficos e políticos de CÍCERO, SALUSTIO ou CESAR! Na Idade Média e nos tempos modernos quantos autores clássicos de direito, filosofia, política escreveram em Latim! E os autores lusos continuadores da tradição romanística? Quando, para a boa compreensão de nosso direito, poderemos abordar sem conhecimentos de latim, o texto não traduzido dum MELO FREIRE, por exemplo, o príncipe seguramente dos juristas portugueses? Já não falamos do *Corpus Juris* vertido defeituosamente em francês e em espanhol mas não em português!

No tocante, depois, ao saber em seu *conteúdo* o trato com a jurisprudência romana prepara em primeiro lugar o advogado, pois os textos apresentam sempre casos concretos reais ou imaginários e sôbre êles discutem, com penetração, os juristas guiados sempre, como observou BIONDI, não por teorias pre-concebidas mas por agudo e infalível senso das exigências verdadeiras da justiça; o mesmo caso é muitas vêzes esquadrihado em todos os aspectos e as diversas soluções parciais são aduzidas pelos vários juristas citados. Que melhor escola de discussão serena e objetiva se poderá achar para o causídico? Tal método dos juriconsultos romanos, apegados à realidade, assemelha-se notavelmente ao do direito anglo-americano o único nos tempos modernos a rivalizar, como sabemos, com o sistema civilístico, de base romanística.

Também os ramos mais elevados e especulativos da ciência do direito recebem do Direito Romano precioso subsídio.

Para GIRARDI, grande romanista francês dêste século, os estudos de Direito Romano “são antes de tudo instrumento incomparável de educação histórica”. Sentimos aqui a

impossibilidade imposta pelos limites duma preleção de nos estendermos pelos inúmeros pontos conexos com o tema escolhido. À guisa, pois, de epílogo, pedimos venia aos benévolo ouvintes para lembrar: 1.º) os estudos clássico-jurídicos conservam hoje, como no passado, para homens de tôdas as idades e condições sociais alto valor educativo pois êles resumem por assim dizer, graças à tradição ininter-rúpta, a consciência cultural do Ocidente; 2.º) a crise dos estudos de Direito Romano provém não da pretensa conexão de espírito gerado por êsse direito com os interêsses duma classe dominante e em vias de disparição (como quer o marxismo), e sim como assinala, dentre outros KOSCHAKER, em seu clássico *A Europa e o Direito Romano* do exagerado cunho histórico e arqueológico imprimido desde MOMMSEN à nossa disciplina e agravado, na Alemanha, pela promulgação em 1900 do Código Civil Alemão, co-roando e ao mesmo tempo encerrando a obra dos Pandectistas, verdadeiros êmulos, durante o século XIX, dos glosadores medievais de Bolonha. Encerrando-se em investigações especialíssimas esqueceram muitos romanistas germânicos a conexão necessária de seus estudos com as exigências da prática e dessa maneira comprometeram o ensino do Direito Romano nas Faculdades de Direito; 3.º) urge, pois, retomar o caminho dos Pandectistas não para repetir o trabalho por êles realizado mas para, *revivendo pelos textos a experiência moral e jurídica dos romanos, sobretudo no campo do direito privado* podermos julgar com conhecimento de causa quais as concepções e conclusões dos antigos ainda válidas para nós modernos, na teoria e na prática; prefaciando a 17.ª edição alemã das *Instituições de Direito Privado Romano* de SOHM-MITTEIS-WENGER, o romanista alemão contemporâneo JOSEPH PARTSCH,² escreveu: “A teoria das pessoas jurídicas, a das coisas e suas classificações; a teoria do negócio jurídico e a da declaração de von-

2. Citado por CARLOS LOPEZ NUNEZ, in *Concepto y Situación Actual del Derecho Romano*, p. 75.

tade, a da nulidade dos negócios jurídicos, a da condição e mesmo a da representação se desenvolveram baseadas em princípios romanos. Tôda a nossa teoria moderna do Direito das Obrigações se constituiu com pensamento do Direito Romano e seus princípios muitas vêzes se tornaram hoje carne e sangue de nosso sangue e de nossa carne. *No mundo inteiro os conceitos do Direito Romano* são hoje o pressuposto da maneira de pensar, da linguagem comum dos povos.

Ousamos, pois, esperar que tão douta corporação de mestres de Direito, juntamente com o cultivo do Direito Romano, considere oportuno reintegrar os estudos de Latim no lugar que lhes cabe como elemento necessário à formação de mentalidade jurídica elevada, concorrendo como queria acertadamente BERGSON para desenvolver *em mais duma direção* o espírito de nossos juristas.

Si assim proceder, a gloriosa Faculdade de Direito da qual nos honramos de participar estará contribuindo para o bem da pátria e o progresso comum da Humanidade!

Novos Professôres Catedráticos.

Em sessão solene da Congregação, realizada a 10 de março do corrente ano, recebeu a Faculdade de Direito quatro novos professôres catedráticos.

Classificados em primeiro lugar em concursos efetivados em novembro de 1965, tomaram posse de suas cátedras Dr. Ruy Barbosa Nogueira, primeiro titular da Cadeira de Direito Financeiro; Dr. Philomeno Joaquim da Costa, de Direito Comercial; Dr. Antônio Chaves, de Direito Civil e Dr. Vicente Marotta Rangel, de Direito Internacional Público.

Presidiu à solenidade o Exm.^o Sr. Diretor da Faculdade, Prof. Dr. Luis Eulalio de Bueno Vidigal, que saudou os novos professôres, evocando a brilhante e operosa vida profissional de cada um. A título de complemento, publicam-se outros dados biobibliográficos dos homenageados e os respectivos discursos.

Discurso de saudação do Exm.^o Sr. Prof. Dr. Luis Eulalio de Bueno Vidigal.

A Faculdade de Direito recebe hoje quatro novos professôres catedráticos. E seu Diretor, cheio de orgulho, tem a honra de lhes dirigir as palavras de saudação e os votos de boas vindas.

Consagrados todos, à boa moda da casa centenária, por, pelo menos, dois concursos, estou certo de que trazem dêsses embates mais fortalecido o ânimo e o espírito. É assim que vem a escola, há mais de cinqüenta anos, preen-

chendo tôdas as suas cátedras. Não faltam, às vêzes, enamorados de nosso doutoral, e desconhecedores de nossa psicologia, que, por um instante, alimentam o sonho de ocupá-las sem a obrigatória escalada das provas. Logo, porém, cedem à firme e serena reação dos que defendem o velho baluarte da tradição e enquadram-se no sistema que vem assegurando, para nossa escola, apesar de tão detraída e malsinada, a preferência dos estudantes, o acatamento dos juristas, e a reverência das autoridades.

Não faltam igualmente os espíritos que, ausentes da ciência do direito, ignorantes de nossos métodos, invejosos de nossa independência, pregam, presumidos de originalidade e incôscios de seu primarismo, a abolição dos concursos de títulos e provas.

A admitir-lhes boa fé — e custa-nos fazê-lo — que pretendem êsses bitolados reformadores, servis propagandistas de idéias exóticas? Que o príncipe nomeie livremente os mestres? Já não lhes basta, então, o malôgro perpétuo de nossos orçamentos, afogados nas vagas do empreguismo, que é a causa primeira de quase tôdas as falhas de nossa administração e o maior obstáculo ao saneamento de nossa moeda? Que a carreira se faça dentro da escola, ao abrigo das influências do poder? Seria apenas deslocar a fonte da proteção e do filhotismo da alta administração do Estado para o círculo mais estreito das congregações. Pois ainda não vemos — para felicidade nossa não nesta Faculdade — apesar do regime de concursos uniformes para todos os institutos, cátedras inacessíveis aos elementos não oriundos da política dominante nas congregações?

Nas escolas oficiais de paizes, como o Brasil, minados pelo empreguismo e politicagem, é o concurso de títulos e provas a máxima garantia de seriedade e eficiência no recrutamento dos mestres. Praza aos céus que êle aqui se mantenha por muitos anos, para que possamos sempre contar, para ocuparem as nossas cátedras, mestres de valor, abnegação e saber como os quatro que hoje recebemos.

A Philomeno Joaquim da Costa me ligam laços da mais velha camaradagem. É o único, dentre os novos investidos, que, estudante, foi meu contemporâneo. Era, porém, estudante incomum, já bacharel pela Escola de Comércio Álvares Penteado. Antes de brilhar nas lides forenses, salientava-se nos meios contábeis. Em 1936 foi Presidente do Instituto Paulista de Contabilidade.

Como jurista, apresenta-se-nos sob vários aspectos bem distintos. O cientista revela seus pendores já em 1931, quando frequênta o Curso de Doutorado em nossa escola. Segue-se ininterrupta atividade, espelhada em artigos de doutrina, comentários a decisões do Tribunal de Justiça, críticas bibliográficas, teses apresentadas a congressos de direito e de contabilidade, e duas magistrais monografias de concurso: *A Unificação do Direito Privado e Operações da Anônima com Ações de seu Capital*.

Como advogado, talvez sòmente Noé de Azevedo, nesta Congregação, possa comparar-se-lhe em títulos e atividades. Desde 1945, vem repetidamente figurando no Conselho da Ordem, onde, por vêzes, fui seu colega. Participante ativo dos trabalhos e debates, impõe-se decisivamente, por seu espírito claro e lógico, ao respeito e consideração de seus pares. Vice-Presidente do Instituto dos Advogados, membro da Comissão Examinadora dos candidatos à magistratura e do Concurso de Trabalhos Jurídicos do Instituto. Presidente da Comissão de Direito Comercial do Instituto dos Advogados, onde quer que se apresente, ocupa logo os primeiros postos.

Como publicista, é, desde 1932, redator, e desde 1937, diretor da *Revista dos Tribunais*. Desde 1944, Diretor-responsável do *Times of Brazil*. Diretor, desde 1956, da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie*. Redator desde 1951, da *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*,

Finalmente, o nosso mestre é também incansável representante do Brasil em congressos internacionais. Foi, em 1945, delegado do Instituto dos Advogados de São Paulo à IV Conferência Inter-Americana de Advogados, realizada em Santiago do Chile. Em 1947, delegado do Instituto dos Advogados de São Paulo, em Lisboa, onde entregou o diploma de sócio honorário a Luis da Cunha Gonçalves. Em 1950, membro estrangeiro da “Société de Legislation Comparée” de Paris, e da Sub-Secção de Direito Comparado da Secção de Ciências Jurídicas da Unesco.

Está em boas mãos a cátedra de Direito Comercial que Honório Monteiro dignificou.

Antonio Chaves, novo catedrático de Direito Civil, aparece, nos meios jurídicos brasileiros, com a monumental monografia *Os Súditos Inimigos e o Direito de Guerra Brasileiro*, publicada em 1945, laureada com o 1.º prêmio do Instituto dos Advogados de São Paulo. Seguem-se-lhe a conferência *Liberção dos bens dos Súditos Inimigos*, os artigos *Condição Jurídica dos Estrangeiros no Brasil* e *Direitos dos Artistas Intérpretes em Matéria de Rádio-difusão* e a monografia *Normas Nacionalizadoras do Direito Brasileiro*.

Em resposta a um inquérito da Unesco, publicou *O Direito de Autor no Brasil*, seguido da monografia magistral *Direito Autoral de Rádio-Difusão*, que se tornou clássica na matéria, obrigatória fonte de informações para a doutrina e a jurisprudência, reiteradamente citada pelos mais notáveis juristas brasileiros.

Além de inúmeros artigos de doutrina, publicou Antonio Chaves as monografias de concurso *Segundas Núpcias e Adoção e Legitimação Adotiva*.

O que à primeira vista ressalta de sua obra é sua paciente capacidade de investigador e pesquisador, o gosto pelos assuntos novos e difíceis, a coragem de desbravar terreno desconhecido e o indefesso amor ao trabalho. Da magistratura, nobre profissão que abraçou, e que tão har-

moniosamente se coaduna com o magistério, em que agora se integra, lhe vieram com a rara virtude da serenidade, a circunspecção e o comedimento, autênticos atributos dos homens de ciência e meditação.

Ruy Barbosa Nogueira, que será o primeiro titular da cadeira de Direito Financeiro na Faculdade, teve tóda a sua vida de estudioso voltada para os problemas de sua disciplina. Desde quando teve a ventura de figurar entre os alunos de Tullio Ascarelli, que o distinguiu com sua preferência, estava talhado a vir ocupar a cadeira que hoje inaugura. Advogado-chefe do Departamento Jurídico da Federação das Indústrias, membro do Conselho Municipal de Impostos e Taxas, Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, Diretor Técnico da *Revista Fiscal de São Paulo*, redator da *Revista Fiscal e de Legislação de Fazenda*, é sócio fundador do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro e membro da “International Fiscal Association”, de Haia.

Já publicou inumeros livros e artigos de caráter didático sôbre os assuntos de sua especialidade.

Em 1964, já docente livre de Direito Tributário, frequentou os cursos de Balanço Fiscal, do Prof. Von Wallis e de Direito Tributário, do Prof. Spamer, da Universidade de Munique, e manteve, com os ministros da Suprema Côrte Financeira e vários autores alemães de Direito Financeiro, reuniões e discussões sôbre o ensino e os problemas tributários.

Ruy Barbosa Nogueira, discípulo de Ascarelli, representa, no Direito Financeiro, o brilhante papel que a Alfredo Buzaid, discípulo de Liebman, coube no Direito Processual: elemento de ligação entre a cultura européia atual e a cultura brasileira.

Finalmente, Vicente Marotta Rangel, o mais moço dos quatro, que sucede, na cátedra de Direito Internacional Público, ao bom, bravo e cavalheiresco Braz de Souza Arruda. É o primeiro aluno que recebo como colega na Congregação.

Salientava-se na turma do 1.º ano em 1942, pela seriedade e compostura, que precocemente apresentava então, e que se espelha hoje na sua prematura dignidade professoral. Distinguido pela mais pura das lãureas, a que advém dos próprios colegas, orador oficial do Centro Acadêmico XI de Agosto e orador de sua turma na colação solene de grau, duas dignidades dificilmente reunidas na mesma pessoa, prometia já a carreira que, iniciada há doze anos, hoje se afirma com a investidura na cátedra.

Ainda estudante de primeiro ano, recebeu o primeiro prêmio em concurso da Associação dos Antigos Alunos, com o trabalho *Teixeira de Freitas, Clovis Bevilacqua* e o *Código Civil Brasileiro*.

Em 1946 recebeu o diploma de Orientador Educacional e fez o curso de Educador Social. Titular de bolsa de estudos do governo francês obteve os certificados da Secção Internacional de “Economie et Humanisme”, da “Académie, de Droit International” de Haia, do “Institut de Droit Comparé” de Paris, o diploma de Estudos Superiores, de Paris, e foi aceito como participante da “International Youth Conference”, de Londres, 1948, do Congresso “France-Amérique Latine” 1949, “Association des Anciens Auditeurs”, de Haia, e “Association pour le Développement du Droit International”.

Em 1950, recebeu, da Universidade de Paris, o grau de doutor em direito, ao defender a tese *Le fédéralisme américain à la Conférence de Bogota*.

Publicou inúmeros trabalhos em sua especialidade e as duas monografias de concurso: *Do Conflito entre a Carta das Nações Unidas e os demais acôrdos internacionais* e *Natureza jurídica e Delimitação do Mar Territorial*.

Inteligência, argúcia, eloquência e imaginação, palavra fácil e fluente, são qualidades raras e preciosas. Possuindo-as em alto grau, nosso jovem colega não se deixa dominar pelo orgulho e pela jactância. Simples, afável e modesto,

passa da livre docência para a cátedra com a naturalidade de um verdadeiro mestre.

São êsses, meus caros colegas, minhas senhoras e meus senhores, os novos catedráticos, que doravante passarão a ter lugar permanente em nosso doutoral. Do mais moço ao mais idoso medeia talvez uma geração. Todos, no entanto, alegres e confiantes, possuídos da determinação dos jovens, anseiam por nos apresentarem suas vibrantes profissões de fé. Ouçâmo-los. A palavra dos novos estará sempre a nos advertir para que não nos deixemos estiar na rotina e na mediocridade e para que nossa escola, tão ciosa de seu glorioso passado, possa também orgulhar-se de sua capacidade de renovar-se, e de aceitar e pregar os métodos e técnicas próprios de nosso tempo.

Discurso de agradecimento do Prof. Dr. Ruy Barbosa Nogueira.

Vir a ser professor na minha querida Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, cujos bancos acadêmicos ocupei desde o seu Colégio Universitário e onde ainda venho encontrar mais de uma dezena dos mestres que, com bondade e sabedoria me ensinaram, é o maior prêmio acadêmico que Deus e os mestres me concedem.

Ao mesmo tempo que eu freqüentava esta Faculdade, já me entregava não só ao estudo, mas também ao trabalho, no campo tributário e sonhava com a criação da respectiva cátedra, almejando um dia a ela concorrer.

Entretanto, somente quando já se avizinha o vigésimo aniversário de minha formatura nesta Faculdade — vinte anos passados através intensa advocacia fiscal — que por proposta do eminente Mestre José Pinto Antunes, esta Congregação resolve criar a cadeira de Direito Tributário, ao depois denominada Direito Financeiro.

A inclusão dessa cadeira no currículo do bacharelado vinha de há muito sendo solicitada. Os próprios alunos,

com apoio da direção desta Casa promoviam cursos de Direito Tributário em que por várias vezes tivemos a honra de lecionar, convidado por êsses mesmos alunos. Igualmente os advogados, através suas associações e patrocínio da Reitoria, aqui promoveram cursos isolados, em que também lecionamos. Mas o que se desejava era a criação do curso regular, até que, com a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Comissão de Ensino Superior do Conselho Federal de Educação, pelo parecer 215, justificando a autonomia da cadeira, incluiu-a no currículo mínimo do bacharelado, com a denominação mais ampla de Direito Financeiro, em consonância com o art.º 5.º, item XV, letra b da Constituição Federal, que reconheceu essa autonomia, ao se referir às normas gerais de Direito Financeiro.

O ensino da problemática fiscal, no curso de bacharelado, vem assim ao encontro do desejo várias vezes manifestado pelos alunos e pelos advogados e se inaugura quando o fenômeno da tributação, em nosso país, está passando pela mais ampla reformulação de sua história. A criação da cadeira, nos estabelecimentos de ensino jurídico do Brasil vem, portanto, atender a um verdadeiro estado de necessidade e do ponto de vista profissional vem abrir para a advocacia mais um vasto campo que, por falta de estudos universitários, ficava reservado apenas àqueles que, por dever de ofício, eram obrigados ao conhecimento autodidático da legislação tributária.

Agora o estudante dos cursos jurídicos poderá não só ir adquirindo um conhecimento sistematizado da legislação fiscal, mas também através trabalhos de exegese e comparação, poderá, com os métodos da hermenêutica, obter os necessários conhecimentos científicos para a melhor interpretação e aplicação desse importante ramo. Mas a ciência do direito não compreende só o conhecimento e a interpretação. É ainda a ciência da crítica e da elaboração da lei e assim se irão preparando os futuros legisladores.

Quem quer que percorra os textos das leis fiscais de nosso país poderá verificar que, dia a dia, elas mais se avolumam e se complicam. Não é demais ressaltar que, um dos maiores gravames da legislação fiscal, não está no que ela exige de tributos — pois éstes são rendas para o bem comum — mas sim no aspecto negativo dos defeitos que ela apresenta e que tolhem a liberdade do cidadão e dificultam ou mesmo chegam até a impedir, as legítimas atividades particulares e portanto, produtoras, da Nação. Pode-se verificar mesmo que muitas são as hipóteses em que o cidadão não cumpre a lei fiscal, porque não consegue entender ou saber as obrigações que ela lhe impõe. Eis porque o Direito Financeiro é um campo que precisa ser estudado, no interêsse dos particulares e da Nação.

Foi nesta Faculdade que ouvi as primeiras lições mais ligadas à futura disciplina, na cadeira de Ciência das Finanças, dadas pelo meu querido professor e amigo Theotônio Monteiro de Barros Filho.

Mas, ao mesmo tempo que recebia as lições de Finanças, trabalhava eu no Departamento Jurídico da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, de que vim a ser advogado-chefe por muitos anos e tive ali um campo da mais vasta casuística tributária. Também a experiência no Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, onde ao lado de outros juizes figuravam professôres desta casa, como Luís Antonio da Gama e Silva, que foi meu professor, companheiro de tantos anos e que sempre foi entusiasta da criação desta cadeira e afinal, como Magnífico Reitor, a criou e José Luis de Almeida Nogueira Porto, meu saudoso parente e amigo, que foi grande estudioso dos problemas tributários de nosso país.

Também não posso deixar de fazer neste momento uma referência especial à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde, levado pelas mãos de outro jurista de escol, também Professor desta Academia, José Frederico Marques, recebi da douda Congregação da-



Prof. Dr. RUY BARBOSA NOGUEIRA, primeiro titular da Cátedra
de Direito Financeiro.

quela Faculdade, desde 1954, a regência da cadeira de Ciência das Finanças, hoje de Direito Financeiro e Ciência das Finanças. Há mais de doze anos venho assim lecionando naquele estabelecimento e recebendo incontáveis provas de amizade e carinho de alunos e professores, que muito contribuíram para os meus estudos e o meu amor e dedicação ao ensino da mocidade acadêmica.

Por isso, quando em 1963 a minha “velha e sempre nova academia” incluiu em seu currículo de ensino esta cadeira, vi chegado o momento para o qual há tanto tempo vinha trabalhando. Senti no íntimo de meu coração que tinha um compromisso com a minha Faculdade, e que poderia trazer aos alunos de minha escola, em curso regular, a modesta contribuição de meu aprendizado e experiência.

Com esta resolução vim à Faculdade e foi nesse dia, Senhor Diretor, que ao entrar em seu Gabinete, recebi de V. Excia. palavras de boas vindas e de entusiasmo. Devo confessar a V. Excia. que, juntamente com as suas bondosas palavras de hoje, jamais sairá de meu coração aquela acolhida tão carinhosa e festiva que V. Excia. fez, ao então candidato. E qual não foi o meu contentamento quando, naqueles dias que precedem ao primeiro concurso, mistos de apreensão e expectativa, recebia eu de cada professor, catedrático ou livre docente, palavras de estímulo e de aprêço à minha pessoa. Senti que a minha academia continuava habitada pelos mesmos corações bondosos de meus queridos mestres, pois mesmo aqueles que já não viviam, continuavam presentes no espírito universitário desta casa.

E foi assim que bati às portas do concurso para livre docência e finalmente para a catedra — que na verdade consomem um pouco da nossa existência — mas que fazer, se a nossa vida também pertence à mocidade e a esta Faculdade, que tanto amamos?

Eu quero declarar, neste momento feliz de minha posse, que a receptividade e apoio que desde o início recebi dos professores desta casa foi o meu primeiro e mais acalen-

tador prêmio. O calor desta afeição, quero assegurar a cada um de meus colegas de hoje, acendeu mais uma chama a aquecer a amizade e a admiração que lhes dedico.

Se a conquista da Cátedra, além das duras provas dos concursos, exige tôda uma longa vida de abdições, o momento alegre de a receber deve ser partilhado com aquêles que também souberam dividir conosco êstes anseios.

Êste momento é para mim de grande emoção e felicidade e por isso quero dividi-lo com minha esposa, meus filhos, meus parentes e amigos, pois que a todos êle pertence. À minha mulher, que ainda menina casou-se com o jovem estudante de vinte anos, para sempre ajudá-lo com amôr e devotamento, expresso aqui tôda a minha gratidão. Não posso deixar de lembrar-me com saudades de meu pai, que foi o primeiro a me inculcar o amor pelo Direito e especialmente por esta Academia, onde antepassados seus foram mestres. E também na verdade eu tivera a felicidade de ter sido criado num tabernáculo de paz, amor e fraternidade, onde os conselhos e exemplos de meu pai e a extrema bondade de minha santa mãe, souberam criar e preparar, com todo êxito para a vida, seus doze filhos, a que carinhosamente papai chamava de seus doze apóstolos.

É triste para mim que meu pai não esteja hoje aqui para esta festa. Mas peço-lhe que lá do alto para onde Deus o levou, continui a infundir-me o mesmo amor e devotamento à causa do Direito e da Justiça — que é a desta Academia — e que na terra êle me ensinou.

Notas biobibliográficas.

O prof. Dr. Ruy Barbosa Nogueira, filho de José de Anchieta Nogueira, já falecido, e de D. Maria Augusta de Magalhães Nogueira, nasceu em Jardinópolis, Estado de São Paulo, a 19 de setembro de 1919. Casou-se em 9 de junho de 1940 com D. Zoé de Mattos Cabral Nogueira, sendo

seus filhos o advogado Paulo Roberto Cabral Nogueira e o universitário Rubens Cabral Nogueira.

Fêz o curso primário no Grupo Escolar Dr. Washington Luís de Batatais e o secundário parte no Ginásio São José de Batatais, quando, em 1935, mudando-se para esta Capital, veio concluí-lo no Ginásio Oswaldo Cruz. A seguir fêz o Colégio Universitário da Faculdade de Direito da USP, ingressando em 1941 no curso de bacharelado da mesma Faculdade onde, sempre colocado entre os melhores alunos, bacharelou-se em 1945.

Em substituição ao Prof. Carvalho Pinto, desde 1954, está na regência da Cátedra de Ciência das Finanças, agora de Direito Financeiro e Finanças, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo é atualmente o Presidente da sua Comissão de Direito Tributário.

Em 1963 prestou concurso à livre docência da Cátedra de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, obtendo-a com elevada média, sendo nomeado livre docente por ato de 5 de dezembro de 1963, quando colou grau de doutor em direito. Em 1964 foi indicado para reger o curso noturno da cadeira de Ciência das Finanças da Faculdade de Direito da USP e em 1965, com a inauguração da Cátedra de Direito Financeiro, foi como livre docente indicado para regê-la. Nesse mesmo ano apresentou-se ao concurso para a Cátedra de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP que obteve com brilhantismo.

É a seguinte a bibliografia jurídica do Prof. Dr. Ruy Barbosa Nogueira:

Trabalhos Didáticos.

✓ *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias.* Ed. "Rev. dos Tribs.", S. Paulo, 1963, 2.^a ed., 1965.

✓ *Direito Financeiro. Curso de Direito Tributário.* Ed. José Bushatzky, S. Paulo, 1964.

- ✓ *O Ensino do Direito Tributário. Relações entre a Teoria e a Prática. A Teoria do "Fato Gerador" e a sua Aplicação na Prática.* "Rev. dos Tribs.", v. 344, p. 7/20.
- ✓ *Princípios, Institutos e Sistemática do Direito Tributário.* "Estudos Jurídicos"; coletânea comemorativa do cinquentenário da "Rev. dos Tribs.", 1962, págs. 572/586, "Rev. dos Tribs.", v. 315, p. 572 e segs. e Separata.
- ✓ *As Fontes do Direito Tributário.* "Rev. dos Tribs.", v. 239, p. 13 e segs..
- ✓ *Relações do Direito Tributário com outras disciplinas.* "Rev. dos Tribs.", v. 228, p. 30 e segs.
- ✓ *Criação e Formalização do Débito Fiscal: A Lei, o Fato Gerador e o Lançamento. Natureza do Lançamento e os seus Efeitos. Espécies de Lançamentos.* "Rev. dos Tribs.", v. 273, p. 48 e segs. e Separata. "Rev. Forense", v. 175, p. 44 e segs.
- ✓ *O Poder de Fiscalizar. Ilicito Tributário: Direito Tributário Penal (Infrações Fiscais, Sanções Administrativas). Direito Penal Tributário (Delitos Fiscais. Sanções Judiciárias). Classificação das Infrações. Tipos de Sanções Fiscais.* "Rev. dos Tribs.", v. 269, p. 28 e segs. e Separata.
- ✓ *O Processo Administrativo Tributário: O Lançamento, o Auto de Infração e o Procedimento Contencioso. A Consulta. As Instâncias Administrativas Fiscais.* "Rev. dos Tribs.", v. 230, p. 3 e segs. e Separata. "Rev. Forense", v. 156, p. 41 e segs.
- ✓ *Poder Tributário, Conceito de Direito Tributário. Autonomia. Relações com outros Ramos do Direito.* Aula inaugural do Curso de Direito Tributário (extensão universitária) promovido pelo Instituto de Direito Público e Reitoria da Universidade de S. Paulo, na Faculdade do Largo de São Francisco, S. Paulo, 1965.
- ✓ *Teoria do Lançamento Tributário, São Paulo, 1965.*

Conferências e Artigos.

- ✓ *Problemática do Direito Tributário no Brasil.* "Rev. dos Tribs.", v. 395, p. 18 e segs. e Separata. "Rev. Forense", v. 194, p. 451 e segs. "Rev. Fiscal e de Legislação da Fazenda", Ano 32, 1961, p. 1 e segs. "Rev. Fisco e Contribuinte", 1960, p. 628 e segs.
- ✓ *Panorama do Direito Tributário Brasileiro e as Elaboraões Germânicas.* Trabalho elaborado a pedido do Prof. Ottmar Bühler de München e publicado pela "Rev. dos Tribunais", v. 303, p. 34 e segs. e Separata. Deutsche Nachrichten, 27 e 28/8/63 — Übersicht Über das brasilianische Steuerrecht und die deutsche Formulierung.

- ✓ *Aspectos do Direito Tributário na Profissão do Contabilista e alguns Problemas Tributários da Atualidade.* “Rev. dos Tribs.”, v. 313, p. 20 e segs. “Mensário do Contabilista”, Junho de 1961, n.º 63.
- ✓ *Problemas do Imposto de Consumo.* “Rev. de Dir. Administrativo”, v. 16, p. 351 e segs. “Rev. de Estudos Fiscais”, janeiro de 1949, p. 11 e segs.
- ✓ *A Consulta como meio de Harmonia Fiscal.* “Rev. Industrial de São Paulo”, dezembro, 1944, p. 60 e segs.
- ✓ *A Expressão “Fins Mercantis” na Lei do Sêlo.* “Revista Industrial de São Paulo”, março, 1945, p. 40 e segs.
- ✓ *Estará a Escrita Comercial Sujeita a Devassas por Fiscais dos Institutos ou Caixas de Aposentadorias?* “Rev. Industrial de São Paulo”, Janeiro, 1946, p. 41 e segs.
- ✓ *O Conceito de “Beneficiamento” na Legislação do Imposto de Consumo.* “Revista Fiscal e de Legislação da Fazenda”, 1951, p. 306 e segs.
- ✓ *A Teoria do “Fato Gerador” e a Bitributação no Sentido Jurídico.* “Revista Fisco e Contribuinte”, fev. de 1964, p. 69 e segs.
- ✓ *Processo Tributário Administrativo e Judiciário.* “Revista Fisco e Contribuinte”, março de 1965, p. 155 e segs.

Pareceres

- ✓ *Imposto de Renda.* Pessoas Jurídicas domiciliadas no Brasil e no exterior. Distinção entre atividade Jurídica e funcional. A conceituação de “royalties” e sua classificação para os efeitos tributários. “Rev. dos Tribs.”, v. 200, p. 56 e segs. e Separata. “Rev. Forense”, v. 155, p. 93 e segs. “Rev. de Dir. Administrativo”, v. 27, p. 412 e segs. Adotado e transcrito em acórdão, encontra-se em inglês na obra dos Professores Katz and Brewster da Harvard University, p. 245 e segs. “The Law of International Transactions. Cases and Material”. The Foundation Press, 1960.
- ✓ *Ilegitimidade da Cobrança do Imposto de Vendas e Consignações sobre a parcela do Imposto de Consumo.* “Rev. dos Tribs.”, v. 285, p. 48 e segs. e Separata.
- ✓ *Imposto de Consumo.* Tributação sobre serviços e sobre mercadorias. Aspectos constitucionais e legais. “Rev. dos Tribs.”, v. 329, p. 48 e segs.
- ✓ *Imposto de Indústrias e Profissões.* Publicado em edição suplementar do “Diário do Comércio” de agosto de 1962, juntamente com conferência do Prof. Dr. Alfredo Buzaid e parecer do Ministro Orozimbo Nonato, sobre o mesmo tema. “Rev. dos Tribs.”, v. 323, p. 48 e segs. “Rev. Forense”, vol. 201, p. 50 e segs..

- ✓ *Imposto de Consumo*. Técnica da classificação dos produtos, “Rev. dos Tribs.”, v. 326, p. 68 e segs.
- ✓ *Contribuições Parafiscais*. Qual sua natureza jurídico-tributária. “Rev. dos Tribs.”, v. 321, p. 38 e segs..
- ✓ *Fato Gerador e Imposto de Indústrias e Profissões*. “Rev. dos Tribs.”, v. 346, p. 54 e 67 e Separatas.
- ✓ *Regime Jurídico do Imposto Único*. Parecer publicado em conjunto com parecer do Prof. Dr. Miguel Reale. Empresa Gráfica da “Rev. dos Tribs.”, S.A., São Paulo, 1965 “Rev. dos Tribs.”, v. 354, p. 50 e segs.

Diversos.

- ✓ *O Código Tributário da Alemanha e sua Tradução*. Prefácio à tradução do Prof. Souza Diniz, Códigos Tributários, Edições Financeiras, 1965, p. II/XV, o qual foi publicado separadamente pela “Revista Fisco e Contribuinte”, fevereiro de 1965, p. 84 e segs. e “Rev. dos Tribs.”, vol. 352, p. 17 e segs.
- ✓ *Estudos de Direito Financeiro*, obra em curso de impressão na Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais” S.A.

Discurso de agradecimento do Prof. Dr. Philomeno Joaquim da Costa.

“Quem vem ocupar esta tribuna, para declarar que se empossa numa cátedra desta Faculdade de Direito, tem a obrigação comezinha ou singela de fazer voto de humildade. Isto pode parecer contraditório. Pode parecer contraditório, porque não se nega que se está alcançando uma posição, que costuma ser respeitada pelas pessoas de bem. E então, se é assim, quem oficializa a condição de professor deveria planar, deveria situar-se nas alturas, transbordando de alegria contagiante e mesmo barulhenta. Foguetes, espoucando no ar, simbolizariam melhor a realização de festa.

Todavia no nosso sentir, exatamente na hora em que se veem coroados os esforços de muitos anos a fio, é que devemos compreender as responsabilidades queridas e alcançadas; precisamente neste momento de coroamento de um

trabalho persistente é que necessitamos de nos encher de muita humildade, sentindo enfim as limitações de nossa capacidade.

Por quê fazemos esta afirmação no momento exato em que os doutos senhores professôres desta “velha sempre nova Academia” abrem os seus braços, para nos receberem como um dos seus pares, como um dos seus componentes?

Insistimos com a devida venia na pergunta: como conseguimos encontrar uma explicação para a conveniência de fazermos um voto de humildade, quando penetramos as portas definitivas da confraria ambicionada dêste Convento que foi da Ordem de São Francisco?

Entendemos que a razão é simples. Vamos nos fixar no ensino de uma ciência de conceitos aos rapazes que representam o que há de melhor de cultura em nosso meio; para esta Casa convergem os moços que detêm o melhor teôr de preparo da geração respectiva. Ensinando-os, falamos não aos seus olhos como ocorre com as denominadas ciências exatas; ensinando-os, falamos às suas mentes, falamos às suas inteligências. É uma espécie de geometria no espaço, que parte do cérebro do mestre e precisa encontrar receptividade e guarida na compreensão dos alunos. Isto tem facetas de dificuldade.

Ora, além de um conhecimento solidificado da sua disciplina, deve o professor revestir as suas explicações de uma brisa de simpatia, impregnando as suas aulas com enfeites carismáticos, revestindo as suas lições com o poder de convicção. Isto só se alcança com muita humildade; isto só se obtém com muita singeleza. O homem é muito mais levado pela sensibilidade do que pela autoridade; é por isto, por exemplo, que o bacharel, com todos os defeitos que se lhe dá sem muita razão, convence muito mais do que pretende convencer o militar. Êste só pode servir como instrumento transitório daquele.

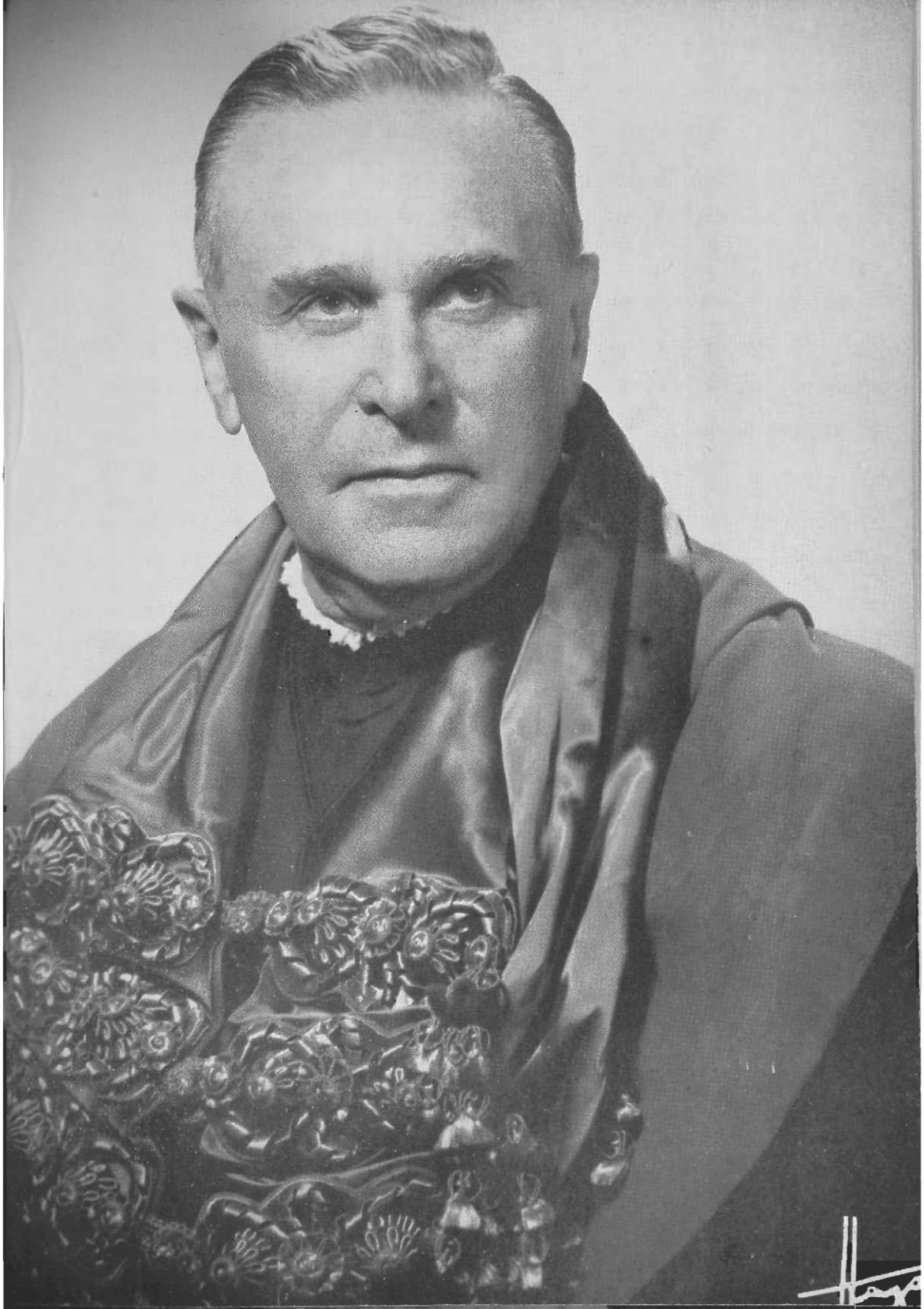
Assim, num momento solene, como é êste realmente para nós, ao vestirmos definitivamente a beca de professor

com a sua faixa inteiramente vermelha, devemos insistir em que o exercício da cátedra, constituindo uma atividade religiosa pela crença na eternidade do Direito, impõe-nos simplicidade, ordena a humildade enfim. Pensamos que isto representa o caminho melhor para impregnarmos as gerações novas dos conceitos jurídicos, que recebemos dos nossos maiores e que procuramos cultuar sempre com marcada devoção.

A nossa humildade não decorre porém apenas de uma conveniência maior de ensino melhor. A humildade é como que um estado de graça a que chega quem, estudando sempre, verifica que tem mais, muito mais que aprender. Nenhum mestre é insincero quando diz que é apenas um estudioso¹. Ousaríamos fazer uma comparação algo bizarra, se não ridícula; o infinito é na nossa vida como a prenda que se coloca no alto de um pau-de-sêbo nas festas populares: conseguindo-se chegar ao seu alto, pega-se o seu prêmio e . . . o divertimento acaba-se. O nosso pensamento é este: o estudioso deve mesmo ter sempre o que estudar; enquanto estuda, alimenta a atividade e instiga, aguça ou estimula a que outros também procurem subir no pau-de-sêbo da sua ciência. Portanto, quem tem na verdade a noção exata de que sempre tem muito mais que aprender, deve ter muita humildade. É o modo pelo qual convence os seus alunos que sabe um pouco e como eles tem bastante que aprender.

É assim sob o símbolo da humildade que entramos em definitivo para a nossa dileta Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

1. "Un giorno lontano, all'Università di Montevideo, io paragonai il sapere, como complesso di nozioni acquisite in un dato momento del tempo, a una sfera librata nell'atmosfera del non sapere; e mi è stato facile soggiungere che *quanto più cresce il volume della sfera, tanto più si moltiplicano i punti de contatto tra il sapere e il non sapere*" (FRANCESCO CARNELUTTI no seu último escrito na *Riv. Dir. Processuale*, 1965, I, p. 8 "Verità, Dubbio, Certezza").



Prof. Dr. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA, novo titular de Cátedra
de Direito Comercial.

E, além dessa nossa idéia central, que é a de proclamarmos a necessidade de sermos humildes, desejamos nos referir a uma outra condição de que deve revestir-se o magistério nesta Casa querida: *o professor deve ser autêntico.*

O Brasil procura-se a si mesmo. Agita-se periodicamente. Fazem-se até leis aos montes. Surgem toneladas de novos dispositivos. Conforme a oscilação do pêndulo político, uma demagogia insuportável mostra o desequilíbrio da direção. Conforme outro movimento do pêndulo político, uma reação condenável revela uma topologia errônea ainda que impregnada do propósito de acertar. O Brasil não se moraliza com promessas aos pobres e o Brasil não se conserta só com leis.

Parece à primeira vista estranho que é aqui que, depois de um voto de humildade, se afirme que as leis não endireitam o País. Não endireitam mesmo. E não endireitam porque são elas instrumentos de conduta,² que valem pelo seu condicionamento à realidade ambiente. A sanção que acompanha a norma não é taumaturga, ou seja, com o emprêgo de expressões mais simples, o poder de coação da lei não pode fazer milagres. Está claro que existem leis boas e que há más. Se as primeiras resolvessem os problemas de uma nação, nós não continuaríamos a ter grandes porções subdesenvolvidas da nossa gente. O cultor do Direito ama a sua ciência, mas sabe que não pode confundi-la com a literatura; o Direito tem que ter os pés no chão muito bem fincados.

Resulta daí que, apesar das normas jurídicas poderem ser regras de conduta, impõe considerarmos até onde elas conseguem refletir-se. É por isto que alguém, que possa

2. “...a lei não tem o poder de regulamentar a consciência dos homens, e tudo depende da probidade dos indivíduos, do meio em que exercem a sua atividade... etc.” (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA. *Trat. Dir. Comerc. Brasil.*, v. III, 2.^a edição, 1933, n. 876, p. 276).

imaginar-se jurista como nós, pode afirmar sem pudor falso que o nosso querido Brasil não se conserta só com leis.

Conserta-se como?

O nosso anedotário registra que o Brasil tem oitenta milhões de habitantes em que 79.999.999 dêles são presidentes da república; só aquêlê que é o presidente é que não seria realmente segundo a afirmativa causticante da pilhéria. Isto quer dizer, como percebemos logo, que a nossa Pátria está plétórica de seus salvadores, enquanto ela geme num subdesenvolvimento inadmissível.

No fundo temos que convir que não existem fórmula de redenção. Enquanto o brasileiro não fôr autêntico, a farmacopéia salvadora há de esbarrar com o doente que não aceita nenhum remédio.

Procurando então esclarecer as nossas meias-palavras, reafirmamos também que devemos ser autênticos. Isto é mais do que ser sincero. A sinceridade representa um sentimento verdadeiro. Sentir no entanto só as coisas, não basta. Guardar a sinceridade consigo é pouco. Ela tem que atuar no mundo objetivo, sair do campo íntimo para refletir numa atividade útil. Sinceridade mais atuação é igual a autenticidade.

Aos lentes desta academia incumbe espantarem como-dismos pessoais e compreenderem a sua condição de forjadores ou laminadores de elites. Nas escolas de Direito passam constantemente aquêles que, no futuro, se projetam nas posições de comando. Se os mestres demonstrarem que conseguem comunicar um pouco do que sabem, se os professôres demonstrarem pelo seu comportamento que atuam segundo os ditâmes do bem comum, farão jús ao respeito dos bons cidadãos, servindo à Pátria com acrisolada utilidade.

Em síntese, pensamos poder afirmar que, além de humildes, necessitamos de ser autênticos. Todos sabem que em tese uma Faculdade de Direito não entrega sòmente di-

plomas a advogados; em t ermos de estatística, dos bacharéis, apenas cinco por cento exercem efetivamente essa profissão. Na realidade as escolas das ciências jurídicas marcam os seus habitantes quinq enais de um sentimento valiosíssimo, que constitui um misto de amor ao Direito com um bem-querer pelo Brasil. O antigo aluno quasi sempre pensa duas vêzes quando se vê tentado a revelar que desprezita os ensinamentos bebidos na sua academia; o antigo aluno sempre se sente capaz de tomar posições de mando e de responsabilidade política, porque esta Casa Franciscana, por exemplo, é um marco na estrada da sua vida para isso.

Onde se pode melhorar a têmpera d esses combatentes do Direito e da Pátria senão com apuração impositiva do preparo aqui dos estudantes?

Se tivermos bastante humildade e se a autenticidade incentivar e alimentar os nossos passos, contribuiremos para o engrandecimento do Brasil!

Senhor Doutor Diretor, Eminentes Professôres Catedráticos, Distintos e Promissores Livres-Docentes, oxalá que nós nesta nossa cara Escola não abandonemos a humildade e nossos passos se inspirem na autenticidade. E como s a o estribilho do hino acad mico: “Trabalhem por ergu la de p ”

Notas biobibliográficas.

Prof. Dr. Philomeno Joaquim da Costa, filho do capitão José Joaquim da Costa e de D. Melania Pinelli da Costa, nasceu em Piracicaba aos 10 de outubro de 1904.

Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da USP em 1929.

Além de todos os cargos ocupados brilhantemente e já lembrados pelo Sr. Diretor em seu discurso de saudação, foi também, em 1950, designado Consultor Jurídico do Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo

e, em 1951, delegado do Instituto dos Advogados de São Paulo da Associação dos Advogados, à VII Conferência Interamericana de Advogados, em Montevideo.

Em 1953 foi Presidente do Conselho Consultivo do Sindicato dos Contabilistas de São Paulo.

Em 1954 fêz parte da Comissão Executiva das IV Jornadas Franco Latino-Americanas de Direito realizadas em São Paulo, sendo relator brasileiro da tese: *Regime das Sociedades Financeiras*. Nesse mesmo ano fêz parte da Comissão de Revisão da Legislação Comercial do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e, em 1955, da Comissão Executiva do VI Congresso Jurídico Nacional em São Paulo.

É atualmente catedrático de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, tendo sido seu diretor em 1964, resignando em abril de 1965. Foi também professor de Direito Industrial na Faculdade de Direito da Universidade de Campinas.

Extensa é a bibliografia do novo professor, que apresentamos a seguir.

Trabalhos jurídicos em geral:

- ✓ *Prescrição — Pacto encurtando seu prazo — Validade*; (publicado na “Revista dos Tribunais” v. 71, p. 146 e segs.), 1929.
- ✓ *Do Contrato de Conta Corrente na Contabilidade*; (tese apresentada no IV Congr. Brasileiro de Contabilidade, no Rio de Janeiro), 1937.
- ✓ *Dos Crimes contra as Marcas de Indústria e Comércio*; (Trabalho apresentado no I Congr. Nac. do Ministério Público, publicado nos seus “Anais” v. IV, 199/233, e reproduzido na “Rev. Tribs”. — 144/3 e “Rev. For.” 99/8), 1942.
- ✓ *Da Abolição da Enfiteuse no nosso Direito*, publicado nos “Arqs. do Min. da Just. e Negs. Interiores” — n.º 8, p. 48 e segs., 1944.
- ✓ *Propriedade Industrial — Medidas Administrativas recomendáveis para o amparo do exercício dos direitos que correspondem ao proprietário de uma patente de invenção, de um privilégio de modelo industrial, ou de marca comercial, e a possibilidade de uniformizar as legislações a respeito*, na “Rev. Tribs.” 158/531 e na “Rev. For.” 106/575 (Trabalho apresentado à IV Conf. Interam. de Advogados).

- ✓ *Discurso de recepção dos novos membros do Tribunal de Ética Profissional do Conselho Regional de São Paulo, da Ordem dos Advogados do Brasil, no "Boletim Oficial da Secção de São Paulo" n.º 43, p. 80 e segs. 1945.*
- ✓ *Debates sobre: Filiação ilegítima — Reconhecimento — Posição do problema em face da expansão dos Soviets na Europa Oriental, na Faculdade de Direito da Universidade de Paris (Soc. de Legisl. Comparada), 1947.*
- ✓ *Sociedade por ações — Conselho Fiscal — Seu inteiro descrédito — Substituição das funções pela revisão de contas — Legislação comparada. (Trabalho apresentado à III Convenção Nacional de Contabilistas e publicado na "Rev. Tribs." 178/3 e segs. e na "Rev. For." 121/344 e segs.), 1949.*
- ✓ *Presidencialismo e Parlamentarismo — Exame da emenda constitucional parlamentarista. (Trabalho apresentado ao Congr. de Dir. Constituc. da Bahia, no centenário do nascimento de Rui Barbosa e reproduzido na "Rev. Tribs." 183/36 e segs. na "Rev. For." 128/5 e segs. e n.º "O Estado de São Paulo", ed. de 19, 22 e 28 de outubro e 2 e 5 de novembro de 1950).*
- ✓ *As Vendas com a Cláusula Cif — Antecedentes históricos que determinaram a sua formação — Princípios jurídicos que a governam — Definição, evolução e complexidade criada com o instituto — Uniformização da matéria com o estabelecimento das regras de Varsóvia-Oxford — Regulamentação uniforme legislativa da mesma. (Trabalho apresentado à VII Conf. Interam. de Advogados e reproduzido na "Rev. Dir. Merc." 1952/21; "Rev. Tribs." 197/3; — "Rev. For." 141/35 e "Rev. Fac. Der." de Montevideu 1952/825), 1952.*
- ✓ *Discurso de homenagem à memória do dr. Pelágio Lobo, publicado na "Rev. Ordem dos Advog. do Brasil" Seção de S. Paulo, n.º 61, p. 4 e segs., 1952.*
- ✓ *Relatório na Com. Dir. Comercial do Inst. Advogados de São Paulo sobre "Estudo dos Proj. de Lei que fixam Responsabilidades dos Incorporadores e Limitam as Reservas das Sociedades por ação", na "Rev. Dir. Merc." 1953, p. 61.*
- ✓ *Sociedades Anônimas — Contrôle das Assembléias Gerais das Sociedades anônimas. (Trabalho apresentado à VIII Conf. Interam. de Advogados e reproduzido na "Rev. Dir. Merc." 1954/268 e na "Rev. For." 153/519, 1954).*
- ✓ *Saudação à Faculdade de Direito da Universidade — na instalação da I Convenção Nacional dos Advogados, nos respectivos "Anais", p. 8 e segs., 1955.*

- ✓ *Debates no VI Congr. Jurídico Nacional*, em São Paulo, sôbre: *Elaboração do Conceito de Empresa para Extensão do Âmbito do Direito Comercial*. (Rev. Dir. Merc., 1955/21) e sôbre o *Estabelecimento de cláusula de Escala Móvel nas Obrigações em Dinheiro* — nos respectivos “Anais”, 1955.
- ✓ *Sociedades Financeiras*, na “Rev. Tribs.” 251/3 e “Socied. Anons de Montevidéu e na “Rev. Dir. Merc.” (Desenvolvimento da tese debatida nas IV Jornadas Franco-Latino-Americanas de Direito de 1954), 1956.
- ✓ *Autonomia do Direito Comercial*, Tese de concurso 1956.
- ✓ *Algumas novidades jurídicas sôbre sociedades anônimas* e publicado na “Revista dos Tribunais” v. 282/7/39 e na Rev. Forense, 1959.
- ✓ *O silêncio nos Negócios Jurídicos*, em comemoração ao 50.^o aniversário da “Revista dos Tribunais” na mesma, v. 315, p. 495-519, 1962.
- ✓ *O direito de preferência dos acionistas no aumento do capital das sociedades anônimas*, na “Rev. Tribs.” 338/7/26 e na “Revista Jurídica” de Pôrto Alegre 62/37, 1963.
- ✓ *As Partes Beneficiárias*, em homenagem à memória de Tullio Ascarelli, 1965.

Pareceres e trabalhos forenses:

- ✓ *Locação — Estabelecimento comercial — Renovação — Aplicação da “Lei de Luvás” aos contratos em curso quando da sua publicação — Contrato antigo com o prazo de três anos com a faculdade de prorrogação por outro tanto verificada — Cláusula contratual que previa concorrência pública para a renovação do arrendamento e preferência do equilíbrio em igualdade de condições (Parecer)*, na mesma “Rev. Tribs.”, 128/428, 1940.
- ✓ *Provas — Instrumento particular — Da data em que começa a ter valor — Reconhecimento das firmas — Aplicação do art. 135 do Cód. Civil — Terceiro — Qualidade — Inexistência — Herdeiro que pleiteia qualidade não por direito próprio (Parecer)*, na “Rev. Tribs.” 139/24 (em colaboração com o prof. Noé Azevedo), 1942.
- ✓ *Prova — Solicitação em documento não assinado — Carência completa de valor — Sociedade por cotas — Da sua natureza de sociedade de pessoas ou de sociedades de interesses — Alteração do contrato social pela maioria, antes do termo do prazo contratual — Expulsão da minoria (Parecer)*, na mesma “Revista” — 139/507, 1942.

- ✓ Privilégio de Invenção — Contrafação pròpriamente dita — Defesa fundada em boa fé do acusado — Inadmissibilidade atualmente — Inteligência do art. 187 do Cód. Penal — Da repressão dos crimes dessa espécie — Da nossa sistemática legal sôbre o assunto — Imperfeição — Da patenteabilidade dos melhoramentos em outro produto já patenteado — Da necessidade da novidade extrínseca e intrínseca — Quebra da primeira com visita de vizinhos às experiências — Inexistência — Do conceito restrito de coisa julgada em matéria da propriedade industrial (Parecer), na “Rev. Tribs.” 144/452 (em colaboração com o prof. Noé Azevedo), 1943.
- ✓ Locação — Estabelecimento comercial — Falta de renovação pelo locatário — Caducidade do seu eventual direito — Posição do proprietário e do inquilino com o silêncio de ambos — Direito de retomada pelo proprietário — Compreensão da matéria — Inteligência do art. 26 do Decr. n.º 24.150, de 20 de abril de 1934 (Parecer), na mesma “Revista dos Tribunais” 148/21 (em colaboração com o prof. Noé Azevedo), 1944.
- ✓ Locação — Propriedade agrícola — Aluguel pago anualmente — Arrendatários que incorreram em mora por culpa do arrendador — Malícia dêste — Moeda Nacional — Contrato de arrendamento que previra sua mudança — Interpretação da expressão “Mudança da moeda corrente do país” — Se, além da mutação legal do sistema monetário, abrange a transformação econômica do dinheiro (Parecer), na “Rev. Tribs.” 154/7 (em colaboração com o prof. Noé Azevedo).
- ✓ Pedido de inscrição secundária de advogado — Falta de requisitos do art. 13 n.º IV do Regulamento da Ordem — Se o indulto das penas criminais acessórias determina automaticamente a extinção das penas disciplinares (Parecer), no “Boletim Oficial da Seção de São Paulo” n.º 48, p. 153 e segs. 1946.
- ✓ Diplomas de bacharéis expedidos por validações — Carência de valor, (parecer) no “Bol. Of. da Seç. S. Paulo” n.º 48, p. 158 e segs. 1946.
- ✓ Pesquisa de jazida — Cassação de licença pelo poder competente — Indenização devida ao titular da autorização — Se compreende perdas e danos (Parecer), na “Rev. Tribs.” 157/51 (em colaboração com o prof. Noé Azevedo), 1947.
- ✓ Compra e Venda Mercantil — Não cumprimento sob alegação de força maior, ou caso fortuito — Safra algodoeira prejudicada por mau tempo — Contrato — Cláusula “rebus sic stantibus” — Se é implícita nos contratos — Riscos assumidos por ven-

dedor — Aplicação do art. 1.058 do Cód. Civil (Parecer), na mesma “Revista”, 168/28 (em colaboração com o prof. Noé Azevedo), e na “Rev. For.” 95/393, 1947.

Vitaliciedade das provisões dos solicitadores e provisionados e da sua extensibilidade a todo o território do Estado, na “Rev. da Ordem dos advogados”, Seç. S. Paulo — V. I, n.º 4, p. 65 e segs., 1947.

O Exercício da advocacia pelo provisionado; (Parecer), na mesma “Revista”, v. II, n.º 5, p. 33 e segs., 1947.

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada — Duração indeterminada — Dissolução e liquidação pretendida por um sócio contra a vontade da minoria — Inadmissibilidade — Retirada do sócio, apurados os seus haveres mediante balanço ao tempo da propositura da ação (Parecer), na “Rev. Tribs.” e na “Rev. For.” 144/291, 1952.

A dissociabilidade dos elementos do preço na cláusula Cif., (Comentário a Acórdão), na “Rev. Dir. Merc.” 1952/776, 1952.

A prescrição da ação de nulidade de companhias e os poderes da assembleia geral, (Comentário a Acórdão), na “Rev. Dir. Merc.” 1953/581.

A nacionalidade brasileira da sociedade constituída no Brasil por estrangeiros, (Comentário a Acórdão), na “Rev. Dir. Merc.” 1954/964, 1954.

A legitimidade de marca de comércio idêntica a outra registrada para produto diverso, mas da mesma classe legal, (Comentário a Acórdão), na Revista de Direito Mercantil 1956/916-30, 1956.

O abuso da razão social nas sociedades limitadas, (Comentário a Acórdão), para a “Rev. Dir. Mercantil” (Inédito), 1960.

Partilha em vida — Origem e evolução — Contornos do Instituto no direito positivo brasileiro — Distinção da doação comum — Aplicação do art. 1.776 do Cód. Civil — Exclusão da legítima de ações de sociedade anônima, (Parecer) na “Rev. Tribs.” 300/53-70, 1960.

Propriedade Literária em Domínio Comum Apesar da Sobrevivência de Filhos do Autor? (Trabalho Forense) 1962.

Direitos autorais — Quando ocorre no Brasil — A caída no domínio comum — Obras de Eça de Queirós — Existência de filhos vivos do escritor — Proteção — Cessão de Direitos — Busca de apreensão — Recurso extraordinário conhecido e provido — Aplicação da lei federal n.º 3.447, de 23 de outubro de 1958, que modificou o art. 649 do Código Civil, (Trabalho Forense) na Rev. Tribs. 349/568-75, 1964.

Resenhas bibliográficas:

- Compêndio de Direito Marítimo Brasileiro, de Hugo Símas, na "Rev. Tribs." 122/348, 1939.
- Conflito entre a Propr. Imob. e a Prop. Mobiliária Comercial e Industrial, de Eduardo Theiller, na mesma "Revista" 123/729, 1940.
- Direito Administrativo e Ciência da Administração de J. Guimarães Menegale, na mesma "revista" 124/750 e na "Revista Forense" 90/271, 1940.
- Inovações e Obscuridades no Cód. Proc. Civil Brasileiro de Ataliba Viana, publicado na mesma revista, 1940.
- Conflito de Vizinhança e sua Composição do prof. San Tiago Dantas, na mesma Revista dos Tribunais, 125/711, 1940.
- Direito Público Aéreo, de José Dalmo F. Belfort de Mattos na mesma revista 127/323, 1940.
- Ensino e o Estudo do Direito Internac. Privado no Velho e Nôvo Mundo do prof. Haroldo Valladão, na mesma revista 129/361, 1941.
- Cód. Proc. Civil Brasileiro Comentado, de Herotides da Silva Lima, na mesma revista 129/789, 1941.
- Fundamentos do Direito do prof. Miguel Reale, na mesma revista 130/204, 1941.
- Tributação e a imunidade da Dívida Pública, do prof. Aliomar Baleeiro na mesma revista — 130/755, 1941.
- Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública, do prof. Luís Anhaia Mello, na mesma revista 131/368, 1941.
- Teoria do Direito e do Estado do prof. Miguel Reale, na mesma revista 132/363, 1941.
- Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública do prof. Bilac Pinto, na mesma revista 132/790, 1941.
- Comentário do Cód. Proc. Civil, v. I, de Pedro Batista Martins, na mesma revista 133/740, 1941.
- Patrimônio Separato de Augusto Pino, na "Rev. Dir. Merc." 1951/118, 1951.
- Trat. de Societads. de Respons. Limitada — v. I de Felipe de Solá Cañizares, na mesma revista 1952/595, 1951.
- História do Direito Brasileiro, v. I e II, do prof. Waldemar Ferreira, na "Rev. Tribs." 223/652, ou na "Rev. Dir. Merc." — 1954/570, 1954.
- Tratado de Direito Comercial de Joseph Hamel & Gaston Lagarde na "Rev. Fac. Direito", S. Paulo 1961 — I — 328/38, 1961.

**Discurso de agradecimento do Prof. Dr.
Antônio Chaves**

Não creio que possais avaliar a emoção que me domina, ao receber das mãos puras de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, após sua saudação cálida e confortadora, as insígnias e as dignidades de Catedrático desta Casa.

É o momento culminante da minha vida, é o instante sem igual e que não terá jamais outro sequer semelhante, é o término de uma caminhada ingrata de três lustros de sonhos e de sacrifícios, abrindo para a clareira luminosa de um ideal finalmente realizado.

Não poderia, em tais condições, deixar de penetrar nestes umbrais sacrossantos com a unção religiosa de quem vê finalmente alcançado o objetivo que constituiu o roteiro de toda a sua existência: compartilhar convosco, meus caros colegas, a tarefa da orientação espiritual dos jovens que, todos os anos, acodem para a nossa Faculdade.

A responsabilidade, de relevante que sempre tem sido, pois esta Academia é a perene inspiradora da maior parte dos movimentos que edificaram a própria nacionalidade, passa a ser imensa hoje em dia, quando percorre a Nação o sôpro estimulador do espírito revolucionário, numa época em que tanto se fala em alimpadura política, em saneamento econômico, em moralização administrativa.

Mas é preciso que nos convençamos de que, nesta obra ciclópica de redenção nacional, não é possível contar com manancial mais salutar, com veio mais precioso, com energias mais límpidas do que as da mocidade brasileira.

Não haverá reforma definitiva dos nossos costumes, e, portanto, do destino da nacionalidade, enquanto a ela não se abrirem amplas, dignas, verdadeiras oportunidades para que alcance seu nobre destino.

A imagem de alguém, a arrancar-se de um pântano, puxando a si mesmo pelos cabelos, será cômica entre as

patuscadas de um Barão de Münchhausen, mas é uma trágica irrisão quando retrata a perspectiva da juventude da nossa terra, ao tentar, exclusivamente pelo próprio esforço, liberar-se do lodaçal da mediocridade que procura tragá-la.

Assistir, impassivelmente, por uma questão de comodismo, quando não de vaidade pessoal, ao desolador espetáculo de quem exaure inútilmente suas últimas energias contra as asperezas de um destino adverso, sem estender-lhe a mão salvadora, já há muito deixou de ser falta de compreensão, não é apenas descaridade, não é simplesmente crime de omissão de socorro: é crime de lesa-pátria, é crime de lesa-cristandade, é crime de lesa-humanidade.

Sob outro aspecto ainda avulta em importância, principalmente no presente momento, a responsabilidade dos Mestres desta Casa.

Nos caminhos cruzados do seu destino, defronta a Nação com o problema da atualização dos seus Códigos.

E dentre todos, o que mais preocupa é o projeto do Código Civil.

Merecerá, sem embargo de elaborado em momento e sob inspirações tão diferentes das atuais, ser aprovado? Deverão ser acatadas as modificações profundas que propõe, principalmente em matéria de Direito de Família?

Não é certamente possível pretender que prevaleça ainda hoje grande número das idéias consubstanciadas no projeto CLÓVIS BEVILÁQUA, se bem que fôsse extraordinariamente lúcida, avançada para a época, precursora, mesmo, a visão do Codificador.

Mas quando sua estrutura orgânica resistiu ao impacto da evolução dos últimos decênios, quando soube, de maneira tão adequada, estabelecer uma média salutar das tendências dominantes no começo do século, quando, na opinião unânime dos especialistas nacionais e estrangeiros, é considerado um dos monumentos culminantes da elabo-

ração jurídica universal, torna-se patente a necessidade do maior desvêlo na análise de qualquer proposta de modificação, de uma cuidadosa e exaustiva discussão pública de tôdas as novas idéias.

Eis aí um setor em que o mestre não poderá deixar de proporcionar a sua contribuição, perlustrando os possíveis erros e desvios, perscrutando as tendências, estabelecendo confronto com as soluções promulgadas em outros países, sem todavia adotá-las quando não se coadunem completamente à índole e às tradições do nosso povo.

Dará, assim, desempenho cabal à sua missão que é a de ministrar um ensino atualizado, vibrante, útil, pois suas preleções não podem ser a mera repetição, sem espírito especulativo, de opiniões alheias, ou o acompanhamento subserviente da jurisprudência.

É a crítica oportuna, aprofundada, percuciente, que vivifica e impulsiona o progresso do direito, descortina novos horizontes, sugere, estimula, cria.

Imbuído dêstes ideais, no templo mais sagrado do Direito pátrio, não me limito ao solene compromisso da minha investidura.

Destas Arcadas, que são a miniatura do que a Nação tem de mais sublime e de mais nobre na sua história e na sua cultura, lanço meu juramento.

Juro que darei o melhor dos meus esforços para o cabal desempenho da mais ambicionada das missões que o destino possa reservar a um brasileiro: lecionar Direito na Academia do Largo de São Francisco.

Juro que me consagrarei, com tôdas as veras da minha alma, ao prestígio desta Casa, legatário que também passo a ser do patrimônio inigualável que foi acumulado pelos seus manes tutelares.

Juro que, a par dos ensinamentos indispensáveis, procurarei despertar nos discípulos o espírito de análise, de



Prof. Dr. ANTONIO CHAVES, nôvo titular de Cátedra de Direito Civil.

comparação, de crítica, sem o qual não se formam personalidades e não se realiza o progresso da ciência.

Juro que combaterei modificações que contrariem o espírito e a índole das nossas melhores tradições, consubstanciadas no Código Civil e já condenadas pela imprensa, pela tribuna, em artigos doutrinários, e, agora, pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Juro, resumindo tudo numa frase, que dedicarei minha vida à mocidade estudiosa desta Academia e ao progresso da ciência do direito.

Agrava a responsabilidade dêste sacramento suceder à figura quasi lendária de VICENTE RÁO.

Foi o encantamento de suas aulas magistrais, a magia da sua exposição brilhante, profunda e segura, o fascínio de sua inteligência versátil, que me atraiu para o seu exemplo, muito embora, nem mesmo no mais ousado dos devaneios, pudesse sonhar vir um dia a suceder-lhe na cátedra que tanto dignificou e honrou, como professor, como publicista, como orador, como conferencista, como Ministro da Justiça, como Ministro das Relações Exteriores, como Delegado do Brasil à Assembléia Geral das Nações Unidas e como Presidente da Delegação do Brasil ao X Congresso Interamericano.

Ao encerrár estas palavras, volto meu pensamento grato e comovido àqueles que me assistiram e confortaram em minha luta dramática, extensa, implacável, que não teria sido bem sucedida sem o apoio que nunca me faltou de minha magnífica esposa e de meus filhos extremados, além de um pugilo de amigos que me acompanharam lance por lance nesta empreitada por vêzes patética.

A todos apresento meus agradecimentos pelas suas presenças confortadoras, e ao prof. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL as expressões renovadas do meu penhor de gratidão pela fidalguia e pela benevolência de suas palavras de acolhida.

Queira Deus dar-me valimento para que, correspondendo à sua confiança e à dos seus nobres colegas e queridos amigos, possa eu realizar a minha parcela no ideal comum que é o de, bem servindo a esta Faculdade, bem servir à Pátria!

Notas biobibliográficas.

O Prof. Dr. Antônio Chaves nasceu em São Paulo (Capital) aos 3 de dezembro de 1914.

Fêz o curso primário e secundário no então “Instituto Médio Dante Alighieri” e bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1937.

Depois de ter advogado durante alguns anos, ao mesmo tempo em que desenvolvia atividade jornalística, prestou concurso para ingresso na magistratura e, classificado em primeiro lugar, foi nomeado Juiz Substituto aos 14 de janeiro de 1947.

Promovido sucessivamente para Apiaí, Atibaia, Lins e Santos, veio removido para São Paulo, tendo sido titular da 2.º Vara Civil e da 7.ª Vara da Família e Sucessões. É atualmente Juiz Substituto de Segunda Instância.

Mediante concursos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, obteve as livres-docências das Cadeiras de Direito Internacional Privado em 1953, e de Direito Civil, duas vêzes, em 1960 e 1962, e, finalmente em novembro de 1965, a Cadeira de Direito Civil, vaga com a aposentadoria do Prof. Vicente Rao.

Colaborou ativamente, em matéria de Direito Autoral, com a seção especializada da Unesco (O.N.U.), e com a Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos da América do Norte.

É ainda colaborador de *A Tribuna*, de Santos, órgão em que mantém, desde 1958, a coluna “Bibliografia Jurídica” e membro do Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado.

Possui as seguintes Comendas: São Paulo Apóstolo, Ordem de São Francisco, Imperatriz Leopoldina, Ordem do Mérito Rural e Medalha do Mérito Jornalístico.

Publicou, além dos já citados pelo Sr. Diretor, os seguintes trabalhos:

- ✓ *Sur le Droit D'Auteur en matière de cinématographie au Brésil*, na revista "Le Droit d'Auteur", de Berne, Suíça, 1951.
- ✓ *Casamento das quinquagenárias e dos sexagenários*, na "Revista dos Tribunais", v. 315.
- ✓ *Brazil's Legislation on Broadcasting*, no "Bulletin" da "Union Européenne de Radiodiffusion", 1951.
- ✓ *Lei Determinadora do Fôro Competente para o Inventário e Partilha dos Bens Deixados no Brasil por Estrangeiro Falecido no Exterior*, na "Revista da Faculdade de Direito" da USP, 1960.
- ✓ *Proteção Legal das Obras Fotográficas*, na "Revista Forense", v. 180.

Conferências:

- ✓ *A Missão do Advogado no Mundo Contemporâneo*, oração de paraninfo aos bacharelados de 1960, da Faculdade de Direito de Santos, na "Revista dos Tribunais", v. 307.
- ✓ *Legislação Eleitoral e Modificações que se Fazem Necessárias*, na Câmara Municipal de Santos, no dia 25 de julho de 1963.
- ✓ *Direitos Autorais em Matéria de Fotografia*, na Sede do Santos Cine Foto Clube, em Santos no dia 16 de outubro de 1961.
- ✓ *A Legitimação Adotiva, Forma mais Avançada de Integração de Crianças Abandonadas ou Expostas, em Lares Substitutos. Diferenças, Inconvenientes, e Vantagens com Referência à Adoção*, aula inaugural do ano letivo da Faculdade de Direito de Santos, proferida em 4 de março de 1966.

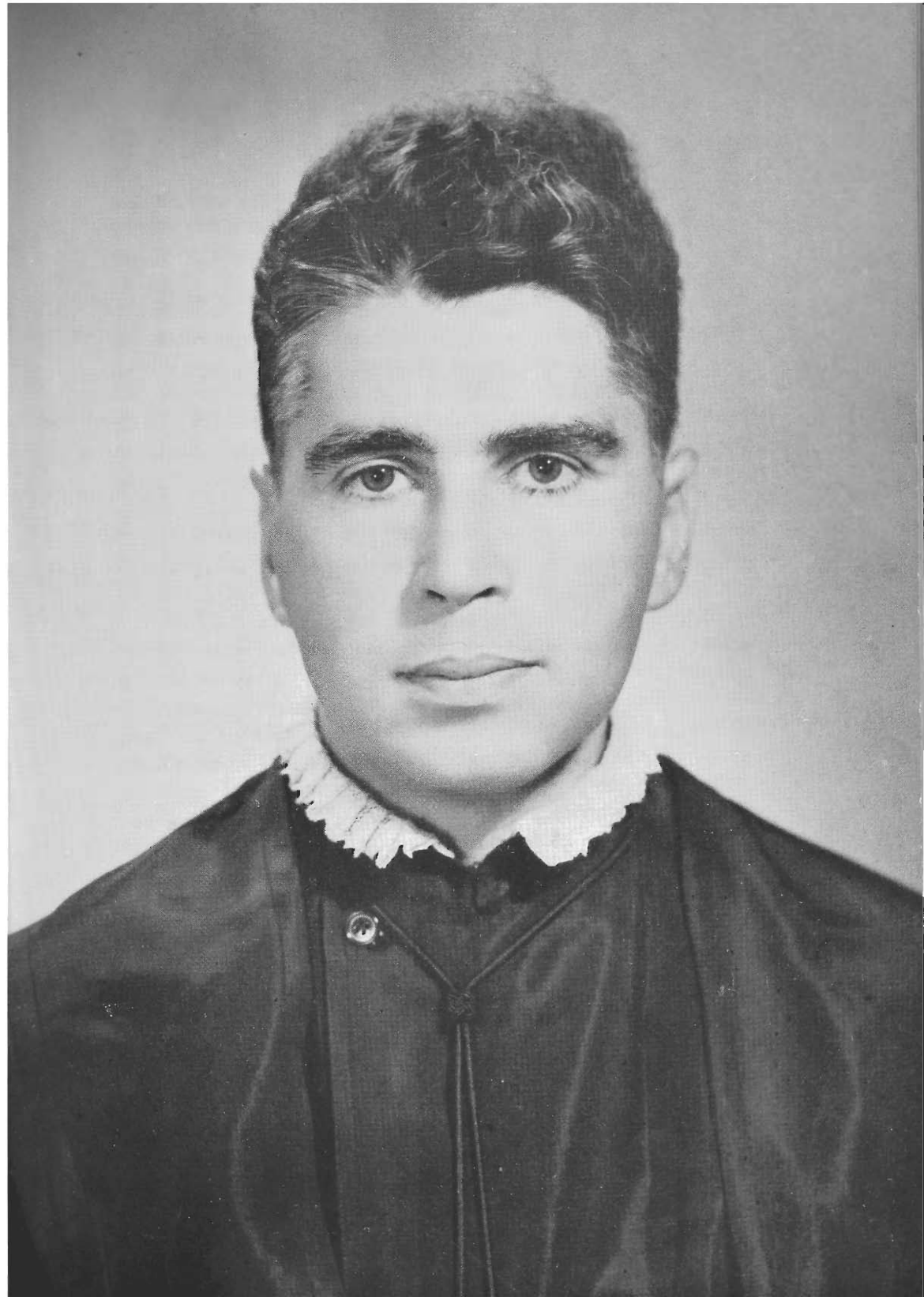
Discurso de posse do Prof. Dr. Vicente Marotta Rangel.

Ao assomar ao vértice da vertente universitária, que passo a passo galgamos, teima o olhar, ainda embaciado pelo influxo da emoção e do esforço, a contemplar as escarpadas encostas. Subi-las de quebrada em quebrada, do bacharelado ao doutoramento, do doutoramento à assistência, da assistência à docência livre, da docência livre à in-

terinidade na cátedra, antes enfim de transpor o lanço derraideiro e superno, — eis a dantesca escalada que confere a quem a traspassa a sensação de comovido deslumbramento, que seria pleno e definitivo, se não o nublasse a sombra pervicaz de responsabilidades, as que o ritual desta solenidade explicita, impõe e proclama.

Tantos sacrifícios e renúncias tantas postula a integração definitiva nas Arcadas, que o estímulo para vencê-los parece advir sòmente de chamamento irresistível para o magistério e da convicção de ser portador de mensagem que não pode tombar. Chamamento e convicção que, mercê de Deus, cresceram dentro de nós a partir do noviciado de estudante, alentados, de resto, pelos requintes de confiança com que mestres e colegas, desde então, nos distinguiram. Formou-se, destarte, de modo gradual e irresistível, sentimento de afeição a esta Casa, em que passámos a ver tanto o perfil austero de templo da Justiça como a imagem desvanecedora de morada do encantamento. Sensível a seus fascínios, não poderia deixar de a ela retornar o antigo estudante enamorado e pleitear, num gesto audaz, a troca da veste de acadêmico pela beca do professor, sobretudo por aquela de que mais se encantara, cujas insígnias enriqueceram o ensinamento de VITORIA, de SUAREZ, de GROCIO, de VATTEL, e cujo feitio se amoldara à cátedra, de onde nesta Casa, têm prelecionado mestres do porte de AVELLAR BROTERO, de AMARAL GURGEL, de FERREIRA FRANÇA, de OLIVEIRA COUTINHO, de JOSÉ MENDES e, por último, daquele cuja presença permanece — através do milagre do devotamento — assídua e dominante nos páteos, nos corredores, nas salas de aula, na Biblioteca, na majestade dêste recinto, BRAZ DE SOUZA ARRUDA, a quem nos vinculam a fôrça da amizade, a fecundidade do trabalho comum e o mistério da sucessão.

Permanece nesta Faculdade quem muito a amou; quem a ela esteve prêso pelas raízes mais profundas, e que em parte se confundem com as que imergiam do tronco paterno; quem nela demonstrou precocemente o talento e erudição que o trânsito dos anos confirmou e robusteceu.



“Prof. Dr. VICENTE MAROTTA RANGEL, nôvo titular da Cátedra
de Direito Internacional Público.

De BRAZ DE SOUZA ARRUDA, o perpassar do tempo não retirou jamais êsse traço de juventude que lhe iluminava os primeiros estudos, e que o conduzira a uma atitude de incessante curiosidade, de indagação inquieta e inquietante com os fastos do pretérito e sobretudo do porvir, dêsse porvir que seus olhos escrutavam, ininterruptamente, adivinhando-lhe as formas nascentes, com sobressaltos no coração generoso e com firmeza na intuição de profeta e de sábio, que o foi. Inconformado com tôdas as formas de miséria humana, de injustiça social, de prepotência no âmbito interno e internacional, era de ver o zêlo que punha no trato das questões mais candentes e a energia que consagrava — enquanto a saúde o permitira — ao pensamento e à ação.

Do mesmo zêlo e da mesma energia, é a contribuição que cumpre esperar de quem o sucede. A contribuição que se deve pleitear nos tempos decisivos em que vivemos.

Não é a cátedra prêmio final outorgado a quem vence revezes, mas fortaleza em que se armam cavaleiros de novos e bons combates. Dos que se travam em prol da educação do povo, da erradicação dos males, da análise dos problemas, do aprimoramento da cultura, do desabrochar e florescimento da juventude. Não há tergiversar com tais deveres. Descumprí-los importa — tal a eminência e transcendência da cátedra — não apenas em incompreensão senão também em desvio e traição, que ninguém exculpa, nem os que a regem, nem os que se propõem a conquistá-la, nem a juventude e o país a que ela se endereça e a que deve servir.

Eriçado de dificuldades, assediado de inimigos tenazes é o terreno em que a nossa cátedra se assenta. Importa conhecê-lo em tôdas as direções e vencer as adversidades. Evitar os escolhos dos particularismos que impeçam a visão ecumênica dos problemas. Conhecer o fluxo da realidade social, a energia dos valores que iluminam concomitantemente o homem e a humanidade, a substância das normas que ordenam e consolidam a trama dinâmica das relações internacionais. Tornar o ensino e a pesquisa sensíveis às

necessidades do mundo atual. Mensurar a influência dos fatores tecnológicos, científicos, econômicos, espirituais, geográficos, psicológicos. Atentar para o fenômeno da multiplicidade dos Estados contemporâneos, o condicionamento do perigo nuclear, a importância tanto das organizações inter-estatais como da pessoa humana, o impacto da era sideral em que penetramos. Apartar a cátedra do eco inútil dos destroços do mundo e convertê-la no centro de reflexão dos dados do passado e do presente e de pronúncia daqueles do porvir, capaz não apenas de prever os rumos da história senão também, eventualmente, de antecipá-los. Não constituir a cátedra, dêsse modo, o âmbito distanciado, onde os problemas e idéias — tal como os granadeiros de OFFENBACH — surgiriam demasiado tarde, mas definir-se como o centro irradiador dessas idéias, onde não apenas se resolvem mas se propõem problemas, onde não apenas se recebem mas também se fecundam as soluções. Ser a cátedra, em suma êsse ponto sólido de apoio com que se poderá — se já não tanto, erguer o mundo, como o desejaria Arquimedes — pelo menos ajudar a elevá-lo, difundindo idéias, pregando a verdade, semeando palavras de bem e de justiça.

Eis, pois, o fruto dos esforços que o aperfeiçoamento do direito das gentes atualmente reclama, e o significado da contribuição que se espera, nesse setor, da Faculdade de Direito de São Paulo. Eis a visão de beleza que da cumie-da dessa cátedra se divisa, a missão superior que se lhe destina, tal como a inscrevem os livros do profeta Daniel: a de ensinar a justiça a grande número e brilhar, como estrela, na eternidade sem fim. A de luzir nêsse firmamento em que o gênio do poeta medieval fêz figurar o vulto magistral de JUSTINIANO.

Na perspectiva dêsse largo e fascinante roteiro, que a nova jornada propicia, sejam palavras nossas finais, as de agradecimento.

Aos queridos pais e irmãos, a quem tanto devemos. Aos que nos honram com a amizade, e vieram até aqui, seguindo roteiros tão diversos, trazer o bálsamo de vida e imortalidade, que o *Eclesiástico* expressa e apregôa. Aos companheiros da turma de bacharéis, a que pertencemos. Aos colegas de livre-docência, constelação de primeira grandeza no cenário jurídico do país. Aos funcionários desta Casa, diligentes e dedicados. Aos professores catedráticos, pontífices do pensamento jurídico, que nos têm distinguido com provas de deferência reiteradas, como as que ressaltam das palavras repassadas de delicadeza e carinho, de LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL, diretor, mestre, amigo. A juventude acadêmica do Largo de São Francisco, tesouro de esperanças, manancial de patriotismo, celeiro de independência e cultura.

Ao assumir cadeira de suma responsabilidade, possa Deus nos assistir, é o que pedimos, na imensa tarefa que nos aguarda, capaz de consumir, mercê de sua magnitude e beleza, tôda uma existência, que é posta — permita-se dizê-lo — a serviço da juventude, do país, da humanidade.

Notas biobibliográficas.

O Prof. Dr. Vicente Marotta Rangel nasceu em São Paulo aos 14 de março de 1924, filho de Manoel Cordeiro Rangel e de D. Olinda Marotta Rangel.

Depois de ter freqüentado o Liceu Rio Branco e o Colégio Universitário da USP, ingressou nesta Faculdade onde colou grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais em 1946.

Aprimorados seus estudos em Universidades do Exterior e em Congressos Internacionais, tornou-se professor, em 1950, da Escola de Sociologia e Política de São Paulo, onde é titular da cadeira de Ciência Política. Acatado por seus

alunos foi escolhido paraninfo da turma de bacharéis de 1958 e patrono da turma de 1962.

É também professor da Universidade Católica de São Paulo e da Universidade Mackenzie.

Em 1954 submeteu-se a concurso para a livre docência de Direito Internacional Público, nesta Faculdade, de cuja cátedra é agora titular, tendo regido a cadeira de Organização Internacional do curso de especialização.

É membro da Sociedade Brasileira de Sociologia; do Conselho do Instituto de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo; do Conselho do Instituto dos Advogados; membro e secretário geral adjunto do Instituto Hispano Luso Americano de Direito Internacional.

Além das monografias e teses referidas no discurso de saudação, publicou o jovem professor os seguintes trabalhos:

- ✓ *La Procédure de Conclusion des Accords Internationaux au Brésil*, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 55, p. 253/271, 1960.
- ✓ *Questões Metodológicas em Direito Internacional Público*, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 55, p. 272/278, 1960.
- ✓ *Le Conflit des Accords Internationaux*, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 58, p. 231/272, 1963.
- ✓ *A Soberania dos Povos na Era Astronáutica* na "Revista dos Tribunais", n. 49, v. 291, p. 28-35, 1960.

BIBLIOGRAFIA.

PHILIP C. JESSUP, *Direito Transnacional*, Editôra Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1966. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva.

Para mim, o ponto mais sugestivo, que ressalta dêsse curioso estudo de PHILIP C. JESSUP, sôbre Direito Transnacional⁽¹⁾, é o referente à universalidade de todos os problemas humanos. Com isso, evidentemente, o tratadista norte-americano põe à mostra, de maneira admirável, um aspecto fundamental dêsse ramo do direito. Mas não é só isso. Põe também à mostra um pressuposto fundamental, que lhe serve de fundamento. Dificilmente poderá alguém, após efetuar a leitura das páginas dêsse curioso livro, ter dúvidas quanto a constituir qualquer comunidade humana, seja ela de que densidade fôr, complexa ou simples que seja, um trecho da humanidade inteira. E por assim ser é que os problemas que a preocupam, essencialmente, são problemas de que tôda a humanidade compartilha. Há uma co-participação essencial, um entrelaçamento básico, uma correlação fundamental, entre os vários povos, não só no que diz respeito às atividades produtivas, às atividades econômicas, mas também no que se refere aos problemas, que tomam primeiramente uma feição econômica, sociológica, e depois assumem expressão jurídica. Essa maneira de ver as coisas, ôbviamente, dá uma perspectiva inteiramente nova para o exame e a caracterização da natureza do Direito Internacional.

Aquelas conceituações tradicionais, vistas do ângulo que acabamos de apresentar, se tornam totalmente insuficientes e mesmo inadequadas. Poderiam servir, certamente, para um mundo em que o isolamento dos indivíduos e das nações predominava, em que os problemas de cada povo eram seu, e exclusivamente seu, não afetando em nada o vizinho. Mas o mundo mudou de feição, completamente. As relações entre os povos se estreitaram. O isolamento deixou de existir. Cada indivíduo passou a viver, praticamente, em dois planos, um nacional e outro internacional. Ficou sendo cidadão de dois mundos, ou de um mundo só, pois cada dia a sua situação pessoal fica mais na dependência dos problemas universais. Essa nova dimensão, que dia a dia se torna mais sensível, está introduzindo, como não podia deixar de ser, modificações profundas na vida individual e na vida coletiva. E os reflexos dessas novas circunstâncias começam a se fazer sentir de maneira mais intensa e imediata. Até mesmo nos fatos mais corriqueiros, naqueles que decorrem na vida doméstica, no setor do trabalho. E também o mesmo se dá no plano político, em que a vida política de uma nação, a sua maneira de atuar, não pode ôbviamente, ficar indiferente para

as demais. Nossa época, mais do que qualquer outra, estabeleceu, se não de direito, pelo menos de fato, uma comunidade internacional. E não são poucas as organizações que se formam, tendo em vista dar estrutura jurídica a essa mesma situação.

Que conseqüências, porém, daí derivam para o direito? Não haverá também nesse setor reflexos profundos? Não se poderá, talvez, cogitar de uma consciência jurídica internacional, que se imporá, a muitos respeito, à consciência nacional? Até que ponto a solução dos problemas jurídicos nacionais ficará na dependência das implicações internacionais? São essas questões, que, expressa ou implicitamente, ressaltam desse pequeno, mas inegavelmente sugestivo livro de JESSUP. Indiscutivelmente, poucos terão percebido, com tanta agudeza como êle, a moderna, a atual dimensão internacional humana da estrutura jurídica. É bem possível — não será demais acentuar — que estejamos agora, sem o perceber, envolvidos pelas primeiras ondas de uma revolução jurídica de grande porte, que permitirá a passagem do plano nacional para o plano internacional. E isso, note-se bem, não apenas no campo do Direito Internacional, mas também dos demais ramos do Direito. A crescente preocupação pelo Direito Comparado não seria uma antevisão desse fato?

TEÓFILO CAVALCANTI FILHO

ÍNDICE

Prof. Dr. Teotônio Monteiro de Barros Filho	9	X
Emancipação e Paridade de Direitos da Mulher Casada no Brasil e nos outros Países do Sistema Jurídico Francês — Rudolf Moser	14	X
Venda de Ascendente a Descendente — Washington de Barros Monteiro	39	X
Caso Fortuito ou de Fôrça Maior — Antônio Chaves	56	X
Comentários ao Anteprojeto de Código de Obrigações — Oscar Barreto Filho	67	X
Pluralidade e Singularidade na Teoria dos Atos Administrativos — Fernando Henrique Mendes de Almeida	128	X
A Assistência no Código de Processo Civil — Moacyr Lobo da Costa	140	X
Os Substitutos Eventuais de Mandatários Políticos — Dalmo de Abreu Dallari	154	X
Conceito Moderno de Serviço Público — José Cretella Junior	190	X

AULA INAUGURAL.

Interêsse Atual dos Estudos de Direito Romano — Alexandre Augusto de Castro Correia	237	X
--	-----	---

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.

Novos Professôres Catedráticos	257	X
BIBLIOGRAFIA	294	X

INDEX

Mr. le Professeur Theotônio Monteiro de Barros Filho	9
Emancipation et Parité de Droits de la Femme Mariée au Brésil et dans les Pays Appartenant au système Juridique Français — Rudolf Moser	14
Vente D'Ascendant à Son Descendant — Washington de Barros Monteiro	39
Les Cas Fortuit ou de Force Majeure — Antônio Chaves	56
Commentaires sur le Projet Préliminaire du Cône d'Obligations — Oscar Barreto Filho	67
La Pluralité et la Singularité dans la Théorie des Actes Administratifs — Fernando Henrique Mendes de Almeida	128
L'Assistance dans le Cône de Procédure Civile — Moacyr Lobo da Costa	140
Les Substituts éventuels des Mandataires Politiques — Dalmo de Abreu Dallari	154
Le Concept Moderne de Service Public — José Cretella Júnior	190

LA CLASSE INAUGURALE.

L'Intérêt Actuel des Études de Droit Romain — Alexandre Augusto de Castro Correa	237
---	-----

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

Nouveaux Professeurs	257
BIBLIOGRAPHIE	294

TABLE OF CONTENTS

Professor doctor Theotônio Monteiro de Barros Filho	9
Emancipation and Equality of Rights of Married Woman in Brazil and in Other Countries of The French Juridical System — Rudolf Moser	14
The Selling of Property From the Ascendant to his Legal Heir — Washington de Barros Monteiro	39
Fortuity and «Force Majeure» — Antônio Chaves	56
Commentaries on the Ante-Project of the Code of Obligations — Oscar Barreto Filho	67
Plurality and Singularity in the Theory of Administrative Acts — Fernando Henrique Mendes de Almeida	128
The Assistance in the Code of Civil Procedure — Moacyr Lobo da Costa	140
The Eventual Substitutes of Political Mandataries — Dalmo de Abreu Dallari	154
Modern Concept of Public Services — José Cretella Junior	190

INAUGURAL CLASS.

The Present-day Interest of Roman Law Studies — Alexandre Augusto de Castro Correa	237
---	-----

UNIVERSITY CHRONICLE

The News Professors of the Faculty of Law	257
---	-----

BIBLIOGRAPHY	294
---------------------------	-----

FAC. DIR. U. S. P.
BIBLIOTÉCA CENTRAL

9.



15/8/68

ESTA REVISTA FOI COMPOSTA E IMPRESSA NAS OFICINAS DA
EMPRESA GRÁFICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAIS" S.A., NA RUA
CONDE DE SARZEDAS, 38, SÃO PAULO, BRASIL, EM 1966.



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).