Universidade do Rio Grande do Sul

Revista da Faculdade de Direito

de

PÔRTO ALEGRE

NÚMERO COMEMORATIVO DO CINQÜENTENÁRIO

1950

ANO II N.º 1

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
PÔRTO ALEGRE

Reitor Magnífico da Universidade do Rio Grande do Sul:

Prof. Alexandre Martins da Rosa

Diretor da Faculdade de Direito:

Prof. José Salgado Martins

Armando Pereira da Câmara — Catedrático — Introdução à Ciência do Direito (1.º ano). — Filosofia do Direito (5.º ano).

Darcy Pereira de Azambuja — Catedrático — Teoria Geral do Estado (1.º ano). Direito Constitucional (2.º ano).

Mem de Sá — Catedrático — Economia Política (1.º ano).

Elpídio Ferreira Paes — Catedrático — Direito Romano (.º ano).

Edgar Luiz Schneider — Catedrático — Ciência das Finanças (2.º ano).

José Salgado Martins — Catedrático — Direito Penal (2.º ano e 3.º ano).

Oswaldo Caminha — Catedrático — Direito Civil (2.º ano e 3.º ano).

Amadeu Fagundes de Oliveira Freitas — Catedrático — Direito Público Internacional (3.º ano).

Hernani Estrela — Catedrático — Direito Comercial (3.º ano e 4.º ano).

Armando Dias de Azevedo — Catedrático — Direito Civil (4.º ano e 5.º ano).

Carlos Pitta Pinheiro — Catedrático — Medicina Legal (4.º ano).

Celso Cezar Papaleo — Livre-Docente — Medicina Legal (4.º ano).

Dario de Bittencourt — Livre-Docente — Direito Industrial e Legislação do Trabalho (4.º ano).

Eloy José da Rocha (*) — Catedrático — Direito Industrial e Legislação do Trabalho (4.º ano).

Vicente Marques Santiago — Catedrático — Direito Judiciário Civil (4.º e 5.º ano).

Francisco José Simch Junior — Catedrático — Direito Judiciário Penal (5.º ano).

Jão Bonumá — Catedrático — Direito Judiciário Civil (4.º e 5.º ano).

Ney da Silva Wiedemann — Catedrático — Direito Internacional Privado (5.º ano).

Ruy Cirne Lima — Catedrático — Direito Administrativo e Ciência da Administração (5.º ano).

*

Secretário da Faculdade — **Dr. Euclydes Henriques de Castro**

(*) O Professor Catedrático Eloy José da Rocha, se acha afastado da cátedra, exercendo o cargo de Secretário de Educação e Cultura.

Universidade do Rio Grande do Sul

Revista da Faculdade de Direito

de PÔRTO ALEGRE

NÚMERO COMEMORATIVO DO CINQÜENTENÁRIO

1950

ANO II N.º 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE PÔRTO ALEGRE

COMISSÃO DE REDAÇÃO:

Prof. Darcy Azambuja
Prof. Ruy Cirne Lima
Prof. Edgar Schneider

SECRETÁRIO DA REDAÇÃO:

Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto

Tôda a correspondência relativa à "Revista" deve ser dirigida à Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, Av. João Pessôa — Pôrto Alegre
As colaborações são solicitadas.

ÍNDICE

Meio Século dedicado ao Ensino 7

O Centenário do Código Comercial 8

JOSÉ SALGADO MARTINS
Responsabilidade Civil do Estado 16

PLÍNIO CASADO
Anistia ampla e incondicional aos Revolucionários 28

RUY CIRNE LIMA
Primeira lição de um breve curso de Direito Administrativo 48

EDUARDO J. COUTURE
Funcion Privada y Funcion Publica del Proceso 53

DARCY AZAMBUJA
Comentário do § 1.º do Artigo 153 da Constituição 59

SÍLVIO WALACE DUNCAN
Aspectos do Reconhecimento da Filiação Ilegítima 71

FLORÊNCIO DE ABREU
Reforma do Código Comercial 76

HERNANI ESTRELLA
Do Comércio 83

ARMANDO DIAS DE AZEVEDO
Defesa do Executado e Direito de Retenção 93

DARIO DE BITTENCOURT
O Direito Industrial na Vida e na Obra de Ruy Barbosa .. 103

GALENO LACERDA
Extensão da Ação Declaratória 123

RUBENS SANT'ANNA
A Noção Jurídica do Delito 130

MEM DE SÁ
Função Econômica do Transporte 147

PARECERES

CAMILO MARTINS COSTA — Os imóveis situados no Uruguai e a extraterritorialidade do Estatuto Brasileiro referente ao Regime de Bens no Casamento 157

WALTER CARLOS E. BECKER — "Suposta a emissão de ações com ágio — na hipótese de Aumento de Capital de Sociedade Bancária, — deve entender-se a importância do ágio quando destinada e incorporada ao Fundo de Reserva, como sujeita ao Impôsto sôbre a Renda e, por via de conseqüência, ao Impôsto sôbre Lucros Extraordinários?" 167

RUY CIRNE LIMA — Inteligência do Art. 217 da Constituição Sul-rio-grandense 170

NOTÍCIAS UNIVERSITÁRIAS 177

O CINQÜENTENÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO 184

CONGRESSO JURÍDICO 203

MEIO SÉCULO DEDICADO AO ENSINO

Atingiu cinqüenta anos de consagração ao ensino, a Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, que integra hoje a Universidade do Rio Grande do Sul.

Seguros da conveniência geral da iniciativa, seus promotores despertaram, graças ao nobre intuito, que os inspirava, uma corrente viva de simpatia e de cooperação entre os cultores da ciência de Ulpiano.

Deixar que apenas a professassem as escolas doutros Estados, distantes e ainda que portadoras de justificado renome, fôra esquecer que não faltavam ao Rio Grande os mestres do direito, entre os quais depariam as novas gerações seus guias capazes e fiéis.

Convocar e reuni-los foi a decisão, que acudiu aos animadores do empreendimento, e, assim procedendo, não fizeram mais que o amparar nos expoentes da cultura jurídica.

Dispondo de homens dessa formação intelectual, é preciso convir que ao novo instituto de ensino ficava assegurada, entre seus congêneres, uma posição realmente auspiciosa.

É o que, sem dúvida, realça e demonstra, ao cabo de meio século, a rotação da antiga Faculdade que, abrindo o seu tirocínio escolar às verdadeiras vocações, exerceu profunda e duradoura influência em todos os setores, ao serviço da lei, da justiça e da liberdade.

Dentre suas turmas sucessivas saíram os profissionais que, nas lutas pelo direito, souberam enobrecer o grau recebido, e, por certo, foi o que exemplificaram nas esferas da advocacia, da magistratura e do ministério público.

São de apontar, ainda, as múltiplas e variadas contribuições que, como centro de estudos jurídicos, prestou a tradicional instituição de ensino, nas emergências mais diversas, ao govêrno e á legislatura riograndenses, para só falar de seus préstimos dentro do Estado.

Mas, se a existência da escola, em plena metrópole, facilitou aos filhos do Rio Grande, vindos de todos os recantos, o ingresso nos cursos de direito, é igualmente certo que enriqueceu e aprimorou a legislação, assim como difundiu, entre seus aplicadores, as doutrinas e os princípios, cuja voga tinha por si a acolhida e os aplausos de juristas e professôres consagrados.

Outra não foi, por certo, a rota que se propôs, e, tanto a soube seguir e prestigiar, que são de glorificação e de júbilo, nesta altura da jornada, as horas vividas pela Faculdade de Direito, como o demonstraram suas brilhantes solenidades comemorativas.

O CENTENÁRIO DO CÓDIGO COMERCIAL

1 — Reveste-se de especial significação a passagem do Centenário do Código Comercial. Acontecimento sem precedente entre nós e só verificado na França, em relação aos dois códigos napoleônicos, está, por isso mesmo, a exigir registro condigno. Se entre os franceses, e em tôda a Europa continental, o transcurso de cem anos de vida daquelas codificações provocou estudos brilhantes e de variado conteúdo, também aqui, embora em proporções òbviamente menores, outro tanto certamente se verificará.

E' verdade que a ressonância suscitada pela efeméride francesa não decorreu da simples vetustez dos dois códigos, fato êste, aliás, sobremodo significativo, como expressão de estabilidade da lei, em face das contínuas mutações do comércio jurídico.

A relevância que o acontecimento assumiu adveio, principalmente, das idéias sob cuja inspiração foram elaborados aquêles estatutos e da projeção que essas mesmas idéias tiveram nas codificações levadas a efeito, posteriormente, por vários países.

2 — Condensando, depurando e inovando, sob muitos respeitos l'ancien droit, *atualizando o direito romano e o direito canônico, o código francês conciliou, em certa medida, a tradição jurídica com as conquistas da Revolução. Nem se prendeu inteiramente àquela, nem se deixou seduzir pelo fascínio desta. Não foi obra de uma escola e muito menos expressão de um sistema de doutrinas.*

Nesse ecletismo, viu MARCEL PLANIOL (1), *ao lhe saudar o Centenário, a razão de seu vigor e longa durabilidade, explicados nestas palavras: "O que fêz a fôrça do código Napoleão foi que seus autores não se aproveitaram da ocasião que se lhes deparava, para introduzirem na lei suas idéias particulares e fazerem um código à imagem de seu espírito: êsse código tem durado porque é impessoal, isento de qualquer idéia preconcebida; pois, nada avelhanta mais precocemente do que os sistemas doutrinários, por isso que a lei não deve ser feita sòmente para uso de uma geração, ou para satisfação intelectual duma escola".*

Em tôrno de um dêsses códigos (o civil), desenvolveu-se a civilística francesa, que durante quase todo o século XIX fêz a glória da

(1) Livre du Centenaire.

escola da exegese, só empanada a partir de 1899, com o advento da corrente chamada científica, chefiada por GENY.

3 — O prestígio alcançado em tôda a Europa continental pelos dois códigos e a longa duração dêles podem explicar-se por diversas razões. No campo político, teriam contribuído para isso as incursões napoleônicas que, se não chegaram a se consolidar, foram, no entanto, poderosos instrumentos de propagação do novo direito. No setor do pensamento, sobretudo entre os latinos, as codificações francesas e a doutrina de seus escritores exerceram, durante muitas décadas, decisiva influência, principalmente porque a Itália, que tivera o primado do direito, jazeu larga parte do século sob domínio estrangeiro, que lhe sufocou o espírito criador.

Esta nação, ao se erigir em Estado politicamente soberano, sob a Casa de Savóia, unifica o direito provincial, tomando o código gaulês por modêlo. E, não apenas a Europa, senão até o asiático Japão, quando, na sua nova fase civilizatória, prepara-se para competir no plano internacional, vai buscar no concurso do jurista francês BOISSANADE o quadro do direito napoleônico, em que moldura sua antiga civilização, nìtidamente oriental.

4 — Essa generalizada e constante transplantação das leis de França para os diversos sistemas legislativos, que foi o critério dominante durante boa parte do século passado, encontrava explicativa não só na origem espiritual comum da maioria dos povos europeus, como também na ausência de sectarismo ou preconceito de escola nos códigos franceses, o que os tornava adatáveis, com ligeiras modificações, às peculiaridades dos vários países. Por esta mesma razão, a doutrina elaborada sob a inspiração dessas leis vinha a ser, a final, a doutrina comum de quase tôda a Europa.

De outra parte, a vida social e política dêsses mesmos países decorreu, a partir da segunda década do século anterior, até à irrupção da Guerra de 1914, sem alterações de monta. Foi aquêle longo período de tranqüilidade, que STEFAN ZWEIG, com muita razão e gôsto literário, denominou "mundo da segurança".

Sòmente após essa conflagração, é que o velho edifício jurídico de arquitetura napoleônica começou a sofrer a pressão de novas formas.

5 — Como se vê, muitos foram os fatôres que contribuíram para tão longa durabilidade dos códigos da França; e muitas foram, também, as razões que concorreram para o realce de seu Centenário.

Entre nós, porém, a sobrevivência do Código de 1850, ainda que já em parte derrogado, parece ter uma outra e bem diversa explicação. E' que, a nosso respeito, nada há de semelhante. Muito diversas foram as condições brasileiras, no tempo, no plano das idéias, como no terreno dos fatos. Nosso Código, entrando a vigorar na segunda metade do século passado, era assaz adiantado para o mofino comércio de então, que tìmidamente começava a sair da fase colonial. Mas, não

UFRGS

apenas no concernente às normas pròpriamente mercantis, senão sob muitos outros aspectos, adiantou-se ao direito civil vigente, vindo a influir na sua posterior renovação.

Em que pese a crítica que se lhe irroga de já ter nascido velho (2), *foi, para o tempo e para o meio, uma lei progressista. No confronto com os três precedentes, que lhe serviram de modêlo, o Código brasileiro revela-se algum tanto melhor. Talvez por isso, contràriamente aos códigos espanhol e português, que envelheceram em menor prazo, pouco mais de cinqüenta anos, o nosso, embora já alterado em vários títulos e acrescido doutros, mesmo assim, em grandíssima parte, resistiu à ação do tempo.*

E' confortador registrar que, a despeito da mudança na estrutura política do país e na sua vida econômica, verificadas no decurso dêsses cem anos, e assim também do apreciável desenvolvimento de seu comércio, o velho Código tem resistido galhardamente. E ao novo estado de coisas se tem prestado admiràvelmente, tanto que jamais entorpeceu a contínua e crescente expansão dos negócios.

De onde lhe vem, então, tamanha vitalidade? Como explicar haja escapado ao vêzo reformista, tão caro à nossa versatilidade e à ânsia de inovação, que fêz a glória de governos ocasionais?

6 — E' realmente de espantar que a vetusta lei mercantil haja vivido tanto, máxime nos últimos tempos, em que, a par dos contínuos pruridos reformistas, vem se votando soberano desprêzo por tudo quanto diz respeito ao passado.

Avulta a estranheza, porque não faltaram vozes autorizadas e tentativas sérias em prol da reforma.

Em condições tais, é quase um milagre essa sobrevivência longeva do Código. Para um país novo, de espírito trêfego, pouco afeito à sábia lentidão que, ao invés de inércia, significa ponderação e senso de oportunidade, o Centenário do Código Comercial merece um registro especial.

Neste breve artigo, basta assinalar o acontecimento, de si só altamente significativo: a 25 de junho dêste ano, o Brasil comemora o Centenário de seu Código do Comércio, promulgado pelo Lei n. 556, de 25 de junho de 1850.

Honra se faça aos notáveis estadistas do Império, aos quais devemos tão sábia Lei! Que a mocidade de hoje saiba lembrar e cultuar o nome dêsses nossos maiores, como preito de justiça e afirmação do sentimento pátrio!

(2) Desta ordem é o reparo de HUGO SIMAS (Compêndio de Direito Marítimo Brasileiro), quando observa ter o Código desconhecido a navegação a vapor, apesar de já existente desde 1788.

DO DIREITO MARÍTIMO (*)

André da Rocha

— Sentido da expressão. 2 — Direito marítimo público ou administrativo. 3 — Direito marítimo internacional. 4 — Direito marítimo privado. 5 — Distinção entre o direito comercial terrestre e marítimo. 6 — Unificação didática e legislativa do direito comercial. 7 — Objeto do direito comercial marítimo. 8 — Do mar como objeto do direito comercial marítimo.

1 — A expressão "Direito Marítimo" tem um significado amplo porque compreende as normas reguladoras de quaisquer relações que surjam do exercício da navegação ou que decorram do uso do navio. Compreende, portanto, no sentido lato, tôdas as normas que se referem exclusivamente à navegação marítima. E como sejam elas pertencentes, em parte, ao direito público, em parte ao internacional e, ainda, ao direito privado, daqui resulta que o direito marítimo pode ser considerado sob cada um dêstes três aspectos e ser, então, classificado em direito marítimo público, ou administrativo, direito marítimo internacional e direito marítimo privado, ou direito comercial marítimo.

2 — O direito marítimo público ou administrativo é aquêle que regula as relações da marinha mercante, ou melhor, da navegação marítima com o Estado, como pessoa jurídica de direito público. Entram na esfera dêste ramo assuntos variadíssimos, entre êles o da nacionalização do navio, a navegação de cabotagem, eis que não são todos os navios que podem fazê-la, as disposições concernentes à polícia marítima e de portos, à matrícula das embarcações, do pessoal que se entrega à vida do mar, aos meios para evitar abalroamentos de navios, às condições de recebimento a bordo de práticos de portos e barras, e, ainda às relativas à segurança das embarcações e sanitárias.

(x) N.R. — Notas de uma aula do saudoso Prof. Des. Manuel André da Rocha, um dos fundadores desta Faculdade, cujos destinos regeu com exemplar dedicação e proficiência durante 30 anos. Nesta data, em que a Instituição completa cinqüenta anos de existência e se comemora, também, o centenário do Código Comercial, pareceu justificada a publicação destas notas sôbre matéria ainda pelo Código disciplinada.

3 — O direito marítimo internacional ocupa-se da liberdade do mar, da navegação de mares, lagos, canais e rios internacionais, do comércio entre os Estados, etc.

4 — O direito marítimo privado ou direito comercial marítimo compreende as normas reguladoras das relações criadas pelo uso do navio e as relações jurídicas que dêsses usos podem surgir entre particulares. Nesta acepção menos lata, o direito marítimo é parte do direito que regula, quase exclusivamente, o comércio que se exerce por meio dos navios.

5 — A divisão geralmente admitida, em direito marítimo e terrestre, não corresponde, perfeitamente, a um necessidade lógica, não obedece a um critério rigorosamente científico.

A circunstância de existirem alguns institutos, tais como o seguro marítimo, o câmbio marítimo, etc., que, particularmente, interessam ao comércio marítimo, não justifica o desprendimento dêste ramo do direito do domínio comum para constituir uma categoria à parte, um direito autônomo em face do direito comercial. Temos o empréstimo terrestre e o empréstimo marítimo, o transporte terrestre e o transporte marítimo, o seguro terrestre e o seguro marítimo. Entretanto, esta distinção se observa nas legislações, apesar de ser o objeto de um o objeto do outro. São tratados, porém, nos respectivos códigos, em disposições separadas, tal como acontece na Itália, na França, em Portugal, etc.

Não é, pois, de admirar que o nosso Código Comercial, como todos os outros que apareceram na segunda metade do século XIX, tenha acompanhado servilmente o Código Comercial francês, que foi o primeiro a estabelecer esta divisão. E' isto o que se observa no direito positivo.

Mas, aquilo que ao legislador era lícito fazer, conservando ou adotando uma classificação ou distinção, de importância meramente histórica, não é admissível num curso sistematizado de direito comercial. Não se pode cientìficamente dizer que o direito comercial marítimo seja autônomo. Não pode ser, porque o conteúdo do direito marítimo privado se reduz ao estudo das pessoas, (armadores, capitães de navios, equipagens) e dos contratos que se formam pelas relações que nascem com o uso do navio. Tais matérias, em estudo sistematizado, podem, certamente, ser encaradas e examinadas na parte relativa ao comércio terrestre, porque o conteúdo do direito comercial terrestre e do direito comercial marítimo ficam compreendidos na ordem dos fatos e das relações que constituem o objeto do direito comercial. Esta é a opinião de ENDEMANN, MARGHIERI, COSACK e outros.

6 — O notável professor de São Paulo, dr. Brasílio Machado, no programa de ensino apresentado à Faculdade de Direito daquela Capital, bem compreende quanto de prejudicial à unidade do ensino tem essa distinção; opina seja o ensino do direito comercial e marítimo ministrado sistemática e paralelamente. Em sua opinião, o estudo do direito comercial, assim em conjunto, corresponde a uma necessidade do ensino e satisfaz as exigências da lei.

Justificando seu programa, aliás aprovado pela Congregação daquela Faculdade, assim se exprime o professor paulista:

> "O curso desta cadeira foi metòdicamente delineado sôbre um programa novo, que bem corresponde às exigências da lei e satisfaz as necessidades do ensino.
>
> Criando duas cadeiras de Direito Comercial no curso de ciências jurídicas, a lei não pretendeu por isso mesmo dividir as matérias, aliás, vastíssimas que aquela disciplina inclui; fêz de uma cadeira a seqüência de outra, sem linhas demarcatórias, sem solução de continuidade no ensino, — distribuiu, como a muitos parece, para o terceiro ano o conjunto de preceitos que afetam mais diretamente ao comércio em geral e ao comércio terrestre, reservando para o quarto ano, seja qual fôr o intervalo deixado no curso anterior, o doutrinamento exclusivo do direito comercial marítimo e do instituto da falência. Seria fragmentar em demasia a unidade da ciência e destarte ministrar um ensino defeituoso e quebrado no seu nexo científico".

A cadeira não está de acôrdo com a opinião do abalizado mestre; pensa que um curso sistematizado do direito comercial deve ser feito, realmente, atendendo-se à desejada unificação da matéria. Como modêlo de um programa para um curso sistemático, êsse, que o professor Machado apresentou e foi aprovado, é aceitável. Mas entende a cadeira que não se deve encarar o assunto de um ponto de vista abstrato; o programa devia obedecer ao regulamento da Faculdade, segundo o qual o ensino do direito comercial marítimo, bem como falência, constitui objeto do quarto ano. Se a lei assim o quis, embora daí resultem inconvenientes, tal como o de quebrar a unidade do ensino, não há fugir ao cumprimento dessa disposição.

O aplicador da lei não pode sobrepor o seu pensamento, à vontade, ao pensamento do legislador. E, evidentemente, não fôra outra cousa o que fêz o dr. BRASÍLIO MACHADO.

Assim, se o seu programa corresponde a uma necessidade do ensino, não é, todavia, aceitável em face da lei. Façamos, porém, votos para que estas disposições da lei MAXIMILIANO desapareçam, cometendo-se às Congregações das Faculdades organizar a distribuição das matérias de ensino, ou então, como disse o professor paulista, pela adotação de um programa que, respeitando as peculiaridades do comércio terrestre e marítimo, combine num só corpo o ensino de um e outro, evitando a sua fragmentação.

Há a notar ainda, entre os nossos escritores, a opinião de CARLOS DE CARVALHO:

> "Não é mais uma questão de substância a distinção entre o direito comercial e o civil. O que diz respeito ao comércio marítimo não pode impedir a reintegração e unificação do direito privado.
>
> As embarcações entram na distinção dos bens; a aquisição e perda da sua nacionalidade não oferecem embaraços. A navegação encontra no mandato, na gestão de negócios, na locação de serviços, no contrato geral de transporte, no mútuo, no penhor, na responsabilidade civil e na satisfação do dano as relações a que dá lugar".
>
> (Nova consolidação das leis, pg. LX).

RODRIGO OTÁVIO, transcrevendo esta lição do mestre, expôs também sua opinião e assim conclui:

> "Não há negar, porém, que històricamente existiu essa autonomia, ou ao menos, uma inteira independência de outros corpos de doutrina e de lei, e não se pode deixar de ver conveniência em que tôdas essas relações que entendem com o navio e a indústria da navegação sejam tratadas no seu conjunto num corpo sistemático, quer como direito positivo, quer como doutrina. (Rev. Jurídica, vol. 17, pg. 170).

E' justamente uma razão de clareza, de método, que aconselha se ponha têrmo à chamada autonomia do direito marítimo.

De fato, o dono do navio pode ser estudado conjuntamente com a pessoa do comerciante. O capitão, os oficiais de bordo e o pessoal da equipagem podem ser, para êsse fim, equiparados aos gerente e prepostos do comerciante. O transporte marítimo pode ser compendiado com o transporte por via férrea. Do mesmo modo, se correspondem o contrato de mútuo e o empréstimo náutico, o seguro de mercadorias a bordo do navio e o seguro de mercadorias depositadas nos armazéns. O navio pode ser equiparado ao estabelecimento comercial e assim por diante.

7 — Constitui objeto do direito comercial marítimo os navios, as avarias, os contratos de seguro e de câmbio marítimo, o fretamento de navios, o transporte de passageiros, os fatos geradores de responsabilidade, decorrentes do exercício da navegação, etc...

Êsse conjunto, integrado por coisas, fatos e atos jurídicos, constitui a matéria que forma o conteúdo do direito comercial marítimo

privado. Foi o pretenso peculiarismo dessa matéria que, no curso da evolução histórica, facilitou a bi-partição do direito comercial, forçando a distinção até agora mantida.

8 — SILVA COSTA considera "o mar como o primeiro e mais vasto objeto do direito comercial marítimo".

Em sua preciosa obra, escreveu êste comercialista:

> "O mar é antes o teatro do que objeto dêste ramo do direito; entretanto, são tão extensas as relações jurídicas que emergem do uso do mar e águas navegáveis e tão proeminente o seu papel nos movimentos rítmicos do comércio, que dêle tira o qualificativo, que em geral é considerado como o primeiro e mais vasto objeto do direito comercial marítimo". (Direito Comercial Marítimo, tomo I, n. 20).

Não parece aceitável a opinião dêste abalizado mestre. Por mais extensas que sejam as relações jurídicas que emergem do uso do mar, por mais proeminente que seja o seu papel no desdobramento das relações comerciais, o mar não pode, por isto, ser considerado objeto do direito comercial marítimo e não pode, da mesma forma, ou pela mesma razão porque a terra, a parte sólida do planêta, não é objeto do direito comercial terrestre.

Não se pode afirmar que o transporte por terra, pelas ferrovias, que atravessam os territórios dos Estados, qué vão cortando continentes, estreitando as relações dos povos, entre os quais existem as mais assinaladas e completas diferenças étnicas, não tenham importância, não prestem grandes serviços ao comércio em geral.

Entretanto, a terra não constitui objeto do direito comercial terrestre, porque ela é, em face do direito, apenas um vasto teatro em que o comércio terrestre se agita e se desenvolve. Tal qual o mar, e nada mais.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

José Salgado Martins

A responsabilidade civil do Estado pode ter origem em um dêstes motivos: ou na culpa do funcionário ou agente do serviço público administrado pelo Estado; ou na infração de um contrato; ou na simples relação de causalidade objetiva entre a prática de um ato pelo representante do Estado e o dano conseqüente a um interêsse jurìdicamente protegido.

Nosso intento é focalizar a matéria delicada e complexa da responsabilidade civil à luz da doutrina e do direito positivo brasileiro.

A responsabilidade civil é um fenômeno ìntimamente ligado a todos os problemas, relações e aspectos da vida social. Ela diz com o comportamento do homem nas múltiplas e multifárias relações com os seus semelhantes, desde a responsabilidade moral que é um conceito puramente subjetivo que se desdobra no âmago da consciência de cada um e cujas sanções se encontram na própria consciência, até a responsabilidade jurídica que passa a ter um prevalente aspecto objetivo e duas faces fundamentais: a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.

A responsabilidade jurídica pressupõe necessàriamente a existência de um prejuízo, de uma lesão de direito. Mas os prejuízos que perturbam a ordem social podem ser de natureza muito diferente. Ora, o dano causado pela ação humana se reflete em interêsse de ordem muito geral, repercutem sôbre tôda a sociedade; ora, assume um carácter predominantemente privado, embora se reflita, indireta ou mediatamente, na esfera do interêsse público.

Cumpre à sociedade defender-se contra todos os fatos que lhe causem um dano, isto é, ameaçam os efetivaemnte lesionam a ordem sôbre a qual ela está edificada.

Para impedir ao autor de semelhante dano que volte a praticar novo ato prejudicial, para evitar que terceiros sejam tentados a imitá-lo e para ressarcir, sempre que possível, o dano, a sociedade através do Estado pune o transgressor, sujeitando-o às sanções de natureza pessoal ou às sanções de natureza patrimonial.

A distinção que extrema os conceitos da responsabilidade penal e da responsabilidade civil, em última análise, remonta à diferença

entre o Direito Penal e o Direito Civil. Enquanto a responsabilidade penal, mercê do carácter punitivo de que não se pôde ainda desprender, assume cada vez mais um sentido subjetivo, a responsabilidade civil se estende extraordinàriamente, independizando-se do fundamento subjetivo da culpa, para decorrer do simples risco produtor do prejuízo causado. "Admitida como base da responsabilidade civil a necessidade ou conveniência de restabelecer o estado anterior ao dano, tem-se, em conseqüência, que ao seu mecanismo não é indispensável que seja culposo o fato de que haja decorrido o prejuízo.

"Precisemos: o fundamento primário da responsabilidade civil é o princípio da restituição, isto é, a contemplação da manutenção do equilíbrio social que se afere de acôrdo com a ordem jurídico-política vigente.

"É êsse o sentido em que deve ser entendida a responsabilidade civil do Estado. Vem ela a ser, pois, a obrigação, a cargo do poder público, de reparar o dano por êle causado, restabelecendo, por meio de indenização adequada, o equilíbrio econômico rompido pelo prejuízo.

"Observação preliminar de profundo interêsse está em que a responsabilidade civil do Estado é instituto cuja compreensão se fixa marcadamente em função do regime político. É conseqüentemente na própria evolução dêste que se encontra o desenvolvimento daquele.

"Assim a irresponsabilidade do Estado perante o particular era um direito aceito no regime absolutista; a responsabilidade com base no conceito da culpa, expressão das idéias individualistas, e sua noção atual, inspirada na doutrina do risco administrativo, resultado das idéias solidaristas que dominam as modernas formas do govêrno democrático". (1)

No nosso Direito essa evolução, como ainda mostra o ilustre autor citado, também se operou. Da noção civilística da responsabilidade do Estado, expressa pelo art. 15 do Código Civil, que transpunha para o âmbito da Administração as noções de culpa *in eligendo* e *in vigilando* do preponente por atos do preposto, evoluiu-se, aos poucos, para a noção moderna da responsabilidade civil do Estado, informada pela teoria do risco, cuja elaboração doutrinária se operou também no Direito brasileiro. O art. 194 da atual Constituição de 1946 abandona o conceito subjetivo de responsabilidade e acolhe a teoria objetiva do risco. O eminente José Duarte que comenta e estuda a atual Constituição, à luz do elemento histórico, mostra-nos que essa, efetivamente, foi a orientação a que os constituintes de 1946 se abeberaram.

(1) José de Aguiar Dias, Resp. Civil do Estado, *in* Rev. For. vol. 115, pág. 355; Saleilles, Accidents de travail, pág. 74; Marton, Les fondements de la resp. civ. pág. 59, n. 1; A. Ernesto Salas, La resp. por los daños causados por las cosas, B. Aires, 1945, pág. 21, 31.

Mário Masagão, discutindo uma emenda de autoria de Aliomar Baleeiro, dizia que o dispositivo do parágrafo único do artigo 194 tinha uma função a preencher, porque muita vez a Fazenda é condenada, *independentemente de culpa,* ou seja, em virtude do *princípio do risco;* mas o funcionário não deve ser condenado se não tiver havido culpa sua, porque a responsabilidade do funcionário se rege por princípio diferente, como responsabilidade individual. (2)

De outro modo também não pensa o ilustre magistrado José de Aguiar Dias, o brilhante autor do notável tratado sôbre a "Responsabilidade Civil", quando afirma que, na Constituição de 1946, o abandono da doutrina subjetiva se manifesta através do artigo 194:

> "As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
>
> Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano quando tiver havido culpa dêstes".

Argumenta o eminente Aguiar Dias:

> "Ora se a ação regressiva só cabe quando tiver ocorrido culpa do funcionário, como claramente se vê no dispositivo, então é que foi iniludìvelmente abandonada a orientação do art. 15 do Código Civil. E se não se ousar dizer que o preceito, conjugado ao da igualdade constitucional, consagra o risco administrativo, pelo menos não será possível negar que adotou a teoria da culpa do serviço.
>
> Quando dissemos que a responsabilidade civil independe do pressuposto da culpa não quisemos eliminá-la como fonte da responsabilidade. É claro que para a resistência oposta por certos espíritos conservadores ao progresso das idéias, sempre soará bem caracterizar essa culpa através da falta dos funcionários.
>
> Aliás, salvo casos especiais, a responsabilidade civil do Estado, quando investigada com maior rigor, como já fizera notar o grande Pedro Lessa, decorre coincidentemente da apreciação do fato danoso sob qualquer das três orientações já referidas.
>
> Diga-se, de passagem, que o Estado, quando contrata ou explora serviço industrial, não é melhor nem pior que qualquer outro contratante. O Estado, quando contrata, não tem melhores títulos que o particular, conforme disse Epitácio Pessôa em notável parecer. Sua responsabilidade contratual decorre, pois, de infração ao estipulado, não sendo necessário insistir sôbre o assunto. O Estado responde sempre pelo dano proveniente das relações contratuais, seja lícito ou ilícito o ato do funcionário que lhe tenha dado causa. (3)

(2) José Duarte, A Constituição Brasileira de 1946, vol. 3.º, pág. 354.

A responsabilidade civil do Estado vem, pois, se firmando em abono da teoria do risco, o que, no entanto, como é óbvio, não exclui a hipótese em que essa responsabilidade decorre de culpa efetiva do funcionário encarregado do serviço, ou de falta de provimento do Estado para que o serviço se realize normalmente, de modo a não sobrevir danos a terceiros. Mas em se tratando de dano causado por culpa dos funcionário, ao prejudicado incumbe a prova da culpa, que não se presume, cabendo ao Estado, em retorsão, o ônus de provar uma das causas liberatórias da responsabiidalde: fôrça maior, caso fortuito ou culpa exclusiva do lesado.

Na responsabilidade proveniente da falta do serviço, não é necessário cogitar da culpa pessoal do funcionário. Só na ação contra êste, movida pelo Estado, deverá ser provada a culpa do funcionário, de acôrdo com as regras consagradas pelo direito civil.

Na culpa administrativa, portanto, decorrendo a responsabilidade da falta anônima do serviço público e não se cogitando de culpa do funcionário, é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional, asserção que é válida também para a doutrina do risco social. No sistema em que a responsabilidade só se configura em face da culpa de determinado agente do poder público essa distinção é

(3) José de Aguiar Dias, Responsabilidade civil do Estado, *in* Rev. For., vol. 115, pág. 357-358.

— Carlos Maximiliano, Com. à Const. Bras. de 1946, vol. III, pág. 254, n. 631 e segts.: Não é clara a lição do ilustre constitucionalista que não chega a afirmar tenha a Lei Máxima adotado a teoria do risco, em tema de responsabilidade civil do Estado.

Ao comentar o art. 194 e seu parágrafo único, Maximiliano se encontra ainda prêso ao conceito civilistico da responsabilidade do Estado, invocando, como causas do ressarcimento do dano causado pelos funcionários do Estado, a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando* ou *in omitendo* (pág. 257, n. 632 *in fine*); e condicionando a responsabilidade do Estado aos requisitos clássicos, hoje despiciendos, frente aos modernos princípios que informam o instituto: a) existir efetivamente o fato ilícito cometido por funcionário em violação do direito de outrem; b) ter aquêle praticado o fato na qualidade de empregado público; c) e no exercício de suas funções; d) excesso de poder ou de atribuições por parte do funcionário; e) dano a terceiro; f) relação de causa e efeito entre a falta do funcionário e o dano sofrido pelo queixoso.

— Pontes de Miranda, Com. à Const. de 1946, vol. IV, páginas 168-169:

O eminente jurista, infelizmente, não se detém na interpretação do dispositivo constitucional. Afirma que "a Constituição de 1946, em vez de adotar o princípio da solidariedade, que vinha de 1934, adotou o princípio da responsabilidade em ação regressiva." "Os interêsses do Estado passaram à segunda plana, — não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal, ou contra outra pessoa jurídica de direito público interno. Há apenas o direito de regresso. Inferior, portanto, às Constituições de 1934 e 1937, nesse ponto, a de 1946".

— Themístocles Calvalcanti, A Constituição Federal Comentada, vol. IV, pág. 191-92: "Não preferiu a Constituição nenhuma das doutrinas existentes sôbre responsabilidade civil do Estado, exigiu apenas que o funcionário tenha agido no exercício de suas funções. A ação regressiva pressupõe a culpa do funcionário, o seu procedimento contrário ao direito, a falta de atenção ou mesmo de cuidado, isto é, a negligência, a imperícia ou o dolo na prática do ato lesivo".

necessária porque a falta pessoal, ainda quando praticada no exercício do cargo, só empenha a responsabilidade do agente, ao passo que a falta do serviço acarreta a responsabilidade do Estado como inerente à função. (4)

De três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultam: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda os fatos conseqüentes à inação administrativa quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira as conseqüências da lentidão administrativa. (Aguiar Dias).

Em brilhante e recente acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, (5) está explanada com segurança a doutrina da responsabilidade civil decorrente da falta anônima do serviço público:

> "A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público Interno está hoje regulada pela Constituição Federal, art. 194 e parágrafo único. A redação dêste parágrafo, como observou perspicazmente ilustrado juiz (Rev. dos Trib. 169/274 — 77) dá ensanchas à conclusão de que, em face do nosso Direito Positivo, a responsabilidade civil daquelas pessoas já se libertou do subjetivismo estreito para se avizinhar bastante, senão penetrar decisivamente na órbita da teoria do risco administrativo, ou pelo menos do chamado princípio da culpa administrativa ou culpa do serviço público, na qual se contêm as culpas anônimas e as exclusivas do serviço em que nenhum ato é imputável ao funcionário.
>
> Efetivamente a cabeça do preceito constitucional já não fala, como no art. 15 do Código Civil, de procedimento contrário ao direito ou de falta a dever prescrito em lei; e o parágrafo, admitindo a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, sòmente quando tiver havido culpa dêles, deixa transparecer claramente que a pessoa jurídica de direito interno responderá perante terceiros prejudicados, mesmo quando não tenha ocorrido culpa dos funcionários. Tudo leva a crer que foi adotada a teoria do risco administrativo.
>
> Verdade é que o caso dos autos antecedeu à vigência da nova Constituição. Mas, para se inferir da responsabilidade civil da Municipalidade apelante, não há mister invocar-se a teoria do risco, pois bastará o princípio da culpa administrativa ou do serviço público que já vinha sendo recomendada e aceita pela doutrina e a jurisprudência mais categorizadas, ao influxo de opiniões mais avançadas, como a de Pedro Lessa, Amaro Calvalcante, Filadelfo Azevedo, Orozimbo Nonato, José de Aguiar Dias e outros (Cf. a obra dêste último "Da Responsabilidade Civil", vol. 2.º, nrs. 202, 203 e 204).
>
> Segundo êsse princípio a responsabilidade decorre da falta anônima do serviço público; não se cogita de culpa do funcionário e é sem utilidade a distinção entre culpa pessoal e culpa profissional. De três ordens são os fatos identificáveis como faltas de serviço público conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço".

(4) Aparicio Mendez, La teoria del organo, Montevideo, 1949, pág. 56: "El juego de coincidencia de la voluntad técnica con la voluntad psicológica encuentra su desarrollo en la teoria de la responsabilidad. La yuxtaposición de una sobre otra libera al funcionario de toda consecuencia de sus actos, como tal. Si hubiera daño, el provendria de la organización misma, de la deficiencia estructural o funcional del órgano y entonces gravitarian los resultados sobre el Estado. Al contrario, si la voluntad psicológica se desborda (excesso de poder) o no se satisface plenamente (omisión), o se desvia con un fin oculto (desviación de poder), recae sobre el titular la obligación de reparar el daño".

Adotada a teoria do risco, para o efeito da responsabilidade civil do Estado, a distinção feita magistralmente pelo ilustre professor uruguayo só produzirá efeitos quanto à responsabilidade do funcionário na ação que lhe mover o Estado. Mas para a responsabilidade dêste, perante o particular lesado, nenhum efeito produzirá a distinção, pois subsistirá aquela responsabilidade, haja ou não coincidência entre a vontade técnica do órgão e a vontade psicológica do titular.

(5) Revista de Direito Administrativo, vol. 15, número de janeiro-março de 1949, pág. 65.

Na responsabilidade civil originada pela infração de um contrato, cumpre ao Estado, como guarda e protetor do direito em geral, mostrar-se mais zeloso que o particular, na observância das cláusulas e das obrigações contratuais. As hipóteses variam extraordinàriamente em função da natureza, modalidades e nuances que podem assumir os contratos, apresentando cada hipótese certas particularidades no tocante à responsabilidade civil.

Se o contrato fôr de transporte, uma das modalidades mais comuns, a cláusula da incolumidade das pessoas é inerente ao contrato, presumindo-se a culpa do Estado ou das emprêsas transportadoras. E êste foi o princípio adotado pela lei n. 2.681 de 7 de dezembro de 1912, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro. (6)

"A cláusula de incolumidade é inerente ao contrato de transporte de pessoas. Quem utiliza um meio de transporte regular celebra com o transportador uma convenção, cujo elemento essencial é a sua incolumidade, isto é, a obrigação para o transportador de levá-lo são e salvo ao lugar do destino".

(6) Eduardo Espinola, Da responsabilidade das estradas de ferro e de outras emprêsas de transporte pelos danos causados aos passageiros e aos transeuntes, *in* Direito, volume III, pág. 9-17.

— O Código Brasileiro do Ar (Dec.-lei 483 de 8 de junho de 1938), em seu Cap. V, — "Da responsabilidade civil" — adotou o principio da culpa *ex contractu*.

Henri Mazeaud e Léon Mazeaud, os eminentes autores de "Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile", estudando a cláusula de segurança pessoal nos contratos de transporte, assim escrevem:

"Le contrat de transport de personnes est, sans conteste, l'un de ceux pour lesquels la question de savoir s'il crée une obligation de sécurité présente les intérêts pratiques les plus considérables. Le problême se pose dans les termes suivants: Le transporteur est-il tenu, par le contrat, d'assurer la sécurité du voyageur? Par suite, en cas d'accident survenu au transporté au cours du transport, le voiturier est-il responsable contractuellement?

Bien entendu, la question ne peut se discuter que si un contrat de transport a été passé. Voici, par exemple, un voyageur qui circule en chemin de fer sans billet. Souvent, ce voyageur n'a pas voulu passer un contrat, mais simplement user frauduleusement d'un mode de transport; en cas d'accident, on ne saurait donc parler de responsabilité contractuelle de la compagnie. Ce serait cependant aller trop loin que de vouloir généraliser et dire que chaque fois qu'un voyageur monte sans billet, il n'y a pas contrat. S'il est d'usage que le billet ne soit délivré qu'en cours de route — et il en est ainsi par exemple dans les transports en tramways et autobus — le contrat est passé dès que le voyageur pénètre dans la voiture. De même il y a contrat lorsque les agents de la compagnie laissent monter sans billet un voyageur qui n'a pas eu le temps de passer au guichet, mais qui a l'intention de payer sa place, soit en cours de route au contrôleur, soit à la gare d'arrivée.

On suppose donc un contrat de transport et un accident survenant au voyageur au cours du transport. Quelle est la nature de la responsabilité du voiturier? Peut-on dire qu'elle est contractuelle? Tout dépend de savoir si le contrat passé a mis à la charge du voiturier une obligation de sécurité relativement à la personne du transporté. Que est donc le contenu du contrat? Certes, ce contrat impose des obligations qui sautent aux yeux parce qu'elles sont essentielles: le transporté a l'obligation de payer le prix; le transporteur a celle de conduire le voyageur de tel endroit à tel autre endroit, et même, bien qu'ici l'obligation soit déjá moins apparente, de le transporter dans le délai fixé par les horaires. Si donc l'une de ces obligations n'est pas remplie et qu'un dommage en résulte, si, par exemple, un préjudice est causé à un voyageur par le retard d'un train, le problème de la responsabilité se

place sur le terrain contractuel. Mais n'y at-il pas d'autres obligations qui naissent du contrat? Le transporteur n'assume-t-il pas, vis-à-vis du voyageur, une obligation de sécurité?

Pendant longtemps, la jurisprudence refusa de trouver pareille obligation dans le contrat; elle affirmait que la responsabilité en cas d'accident ne pouvait être que délictuelle. Mais la Cour de cassation, suivie par toutes les juridictions, s'est ralliée, en 1911, à l'opinion contraire défendue par le procureur général Sarrut. La jurisprudence est unanime aujourd'hui à décider que le contrat de transport oblige le voiturier à assurer la sécurité du voyageur et que, par suite, la responsabilité contractuelle du transporteur peut être engagée en cas d'accident. La solution paraît raisonnable. Le voyageur entend bien que la compagnie assure sa sécurité; il exige même un certain confort, variable d'ailleurs selon la classe choisie; par exemple il veut, en hiver, être chauffé; il sera donc en droit d'intenter contre la compagnie une action en responsabilité contractuelle s'il tombe malade à la suite d'un chauffage insuffisant des voitures; à plus forte raison la responsabilité contractuelle du transporteur sera-t-elle engagée, si le voyageur est broyé dans un tamponnement. La compagnie répondra qu'il n'était pas dans son intention à elle d'assumer parcille obligation; par suite, que le contrat ne s'est pas étendu jusque-là, faute d'un accord de voluntés. Mais l'argumentation n'est pas sérieuse; au moment où elle a délivré le billet, son intention était bien qu'aucune collission ne se produise entre ses convois; ele ne prévoit l'accident que quand il s'est réalisé. C'est bien le cas de rappeler, comme le fait M. Lalou à propos de toutes les obligations de sécurité, que "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que *l'équité*, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" (art. 1135 C. civ.), ce qui ne signifie point d'ailleurs que le juge puisse, au nom de l'équité, aller à l'encontre de la volonté des parties, mais que, au cas de silence des parties, il doit recourir aux règles découlant de l'équité, considérées comme l'expression de leur volonté implicite. Un lien éxiste entre l'obligation de réaliser le transport d'un voyageur et l'obligation de conduire ce voyageur en bon état, assez étroit pour que l'on puisse penser que les deux obligations n'ont pas été séparées dans la volonté des parties." (7)

(7) Ob. cit. pág. 166-170, nrs. 152, 153, 154.

Não é outra a lição de Eduardo Espinola ao ensinar que a apreciação da responsabilidade do transportador entre nós sempre obedeceu ao princípio do "receptum" consagrado no édito pretoriano, princípio êste pelo qual se orientaram tôdas as legislações modernas como base das obrigações resultantes do contrato de transporte em geral, compreendendo na sua extensão atual a incolumidade da pessoa como obrigação imposta ao condutor. (8)

Como observa o ilustre Aguiar Dias,

> "A doutrina repele uma definição estreita dessa garantia, conforme a qual a obrigação do transportador se limitaria a assegurar que agiu de acôrdo com o padrão do homem prudente e diligente para estabelecer que o dever de incolumidade é obrigação determinada de não causar acidentes e não simples obrigação geral de prudência e diligência. Mazeaud et Mazeaud explicam muito bem: "O transportado pretende que o transporte não seja para êle causa de acidentes; não só exige que o transportador aja com diligência, para evitar atrasos, mas também que se empenhe em conduzir-se com prudência para evitar acidentes".

É, pois, indubitável, face à teoria do risco, adotada pela Constituição Federal vigente, que basta que se comprove a existência do contrato de transporte e que o sinistro dêle resultou. Sòmente excluirão a responsabilidade do transportador o caso fortuito, a fôrça maior, a culpa exclusiva do passageiro.

A responsabilidade do Estado e a sua obrigação de indenizar o dano decorre, então, do inadimplemento do contrato de transporte.

O eminente professor Ruy Cirne Lima, com a segurança que caracteriza tôdas as suas lições, escreve a respeito da responsabilidade da Administração:

> "A responsabilidade da pessoa administrativa funda-se, nesse caso, em uma falta — não atribuível a um agente determinado, — mas à organização e funcionamento do serviço. É o que se denomina a falta do serviço.
>
> A noção de falta do serviço implica, entretanto, certa imputabilidade do serviço público, que não é, sem dúvida, considerado pessoa distinta da Administração, mas que, sob êsse aspecto, é havido como se fôra uma pessoa. Bem é de ver-se, realmente, que a responsabilidade não decorre de um fato do serviço (como se êste fôra uma cousa), mas de uma falta do serviço (como se êste fôra uma pessoa). No caso do dano produzido pelo jôrro dágua, saído de um cano de abastecimento rompido, o fato da cousa poderia talvez atribuir-se a caso fortuito. A falta do serviço determinou, porém, a responsabilidade da administração. Exige, com efeito, a conceituação de falta do serviço que se veja, no Serviço Público, essa imanência de personalidade, tão sensível nas próprias filiais e sucursais das corporações privadas, que a sua organização especializada, de alguma forma, limita e circunscreve, dando-lhe quase expressão objetiva". (9)

(8) Responsabilidade civil das estradas de ferro e de outras emprêsas, *in* Direito, vol. III, pág. 10.

Como já se ressaltou, é o princípio do risco que domina atualmente a doutrina da responsabilidade civil do Estado.

Orozimbo Nonato, em brilhante conferência proferida no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 27 de setembro de 1930, já acentuava o sentido moderno da teoria do risco no problema da responsabilidade. Dizia êle: "A velha noção romana e escolástica de culpa não basta mais às exigências da vida moderna e o direito deve e tem de procurar outros critérios, sem preocupações de ordem psicológica e tendentes a manter o equilíbrio das atividades e a segurança do comércio jurídico".

"As questões de culpa e de imputabilidade estão fora do quadro que deve traçar o legislador civil e, por isso, leis modernas consagram, em certos casos, um princípio digno de se generalizar a tôdas as relações civis: — deve pagar o dano o seu autor, bastando a causalidade objetiva que une o fato ao prejuízo." (10)

A civilização moderna, determinando relações sociais cada vez mais complexas, e sujeitando as pessoas a uma amplitude de riscos, sem paralelo em outro momento histórico, exige princípios mais eficientes para regular a indenização do dano causado pelos instrumentos que ela criou.

A fórmula civilística da responsabilidade, baseada na noção subjetiva da culpa, não corresponde às exigências dos tempos atuais.

Marton, em passagem recordada pelo brilhante A. Ernesto Salas, ressalta exemplificativamente as dificuldades de prova com que, não raro, se depara o prejudicado, que não consegue determinar a verdadeira causa do dano que sofrera e menos ainda identificar o seu autor pessoal, frente à complexidade de fatôres concorrentes e a organização técnica dos serviços, caso em que, na expressão de Josserand, o acidente deve considerar-sse anônimo.

(9) Princípios de Direito Administrativo, pág. 193.
(10) Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva, *in* Pandectas Brasileiras, vol. 8.º, pág. 181.

É que a técnica mecânica e industrial moderna tem tornado cada vez mais vacilante a segurança da pessoa e mais difícil a prova da culpabilidade daquele que deu causa ao acidente. Josserand disse com muita justeza que "esta prova se torna cada vez mais difícil à medida em que o acidente se realiza de maneira mais mecânica e mais anônima: seria irrisório pedir à vítima de um descarrilamento, de uma colisão de trens, de um barco a propulsão mecânica, de uma electrocução, que provasse a culpa da companhia ferroviária ou do empresário. O axioma tradicional — *"pas de responsabilité sans faute prouvée"* — terminava de fato e na maioria dos casos por suprimir tôda a responsabilidade: a regra de direito era neutralizada por sua falta de praticabilidade. (11)

A transformação que se opera nesse terreno, "permite conciliar, entre o sistema da responsabilidade moral e o sistema do risco, sob o signo do bem comum, interêsses diversos que merecem consideração."

A culpa e o risco criado pela atividade humana envolvem problemas e noções que se harmonizam e se completam. A culpa envolve uma atitude moral da pessoa que, por agir com imprudência, negligência ou imperícia, se torna autora de danos e prejuízos ao direito do próximo. O risco criado, gerando também a obrigação de indenizar, se produz em conseqüência de atividade lícita da pessoa, na qual não se chega a identificar a falta ao dever de prudência e diligência a que está obrigado o homem no meio social. O conceito da culpa e do risco estão intimamente ligados ao mesmo mundo natural que cerca a pessoa. Relativamente à culpa se pressupõe que os fenômenos que se produzem como efeito da ação humana, encontram-se numa zona ao alcance da inteligência e da previsão do homem, cujas relações e leis êle conhece, podendo, de certo modo, evitar as conseqüências prejudiciais. Relativamente ao risco, em que está inteiramente ausente a noção de culpa, o evento danoso pertence ao mundo de fenômenos naturais, cuja causalidade não foi ainda desvendada e fixada completamente pela inteligência do homem, o que impede a sua previsibilidade.

Na culpa, é o princípio moral que preside a obrigação de indenizar; na teoria do risco, são os efeitos sociais da ação que determinam o dever jurídico do ressarcimento. Através da teoria do risco, o direito protege o interêsse lícito lesado pela ação involuntária do homem, porque ao lucro que êste persegue pela atividade que o meio social proporciona, deve corresponder a obrigação de indenizar os danos causados no curso daquela atividade.

(11) Acdeel Ernesto Salas, La Responsabilidad por los daños causados por las cosas, Buenos Aires, 1945, pág. 23-24; Marton, Les fondements de la responsabilité civil, pág. 15; Ripert, Le regime democratique, pág. 331; Louis Josserand, Cours, t. 2, n. 530; Saleilles, Accidents de travail, pág 74. Antonio Cammmarota, Resp. extracontractual, Buenos Aires, 1947, t. 1.º, pág. 17. Louis Josserand, Evolução da Resp. Civil, in Rev. Forense, vol. 86, pág. 548.

A responsabilidade constitui uma espécie de ônus que se liga ao benefício da livre atividade do indivíduo. Em se tratando do Estado, mais justo é o princípio do risco, determinando a sua responsabilidade civil, porque, como realizador do direito e protetor da pessoa, deve sempre ser obrigado a indenizar os danos causados pelos seus prepostos, na atividade a que se propõe.

Como acentua Jean Dabin, (12) encarando o problema da responsabilidade civil na moral e no direito,

> "C'est que les points de vue sont différents: tandis que la morale cesserait d'être elle-même si elle se désintéressait de l'élément volontaire, qui est l'élément humain par excellence, l'organisation juridique est tenue d'envisager d'abord les effets sociaux de l'action. Or l'ennemi, ici, c'est le dommage, facteur de déperdition et d'insécurité; contre ce péril, il s'agit de mener la lutte par tous les moyens préventifs et répressifs que peut suggérer l'expérience, sauf à ne pas décourager l'action utile et modérée, source de progrès. Tel est le rôle de conciliation et d'équilibre de tout système juridique de responsabilité. Étant donné la fin poursuivie, à savoir le bien commun, et puisque, dans le domainé des intérêts purement temporels, l'État est en droit d'exiger, de la part des citoyens, certains sacrifices, pareille politique est aussi légitime aux yeux de la morale — la morale *politique* — que parfaitement conforme à la règle suprême de l'ordre juridique".

A responsabilidade pelo risco deve ser, no entanto, a exceção; e, por isso, para que ela se constitua, será necessário que a lei o tenha previsto, como decorrência do fato, como uma espécie de culpa presumida. O que hoje está na área do risco, amanhã situar-se-á na esfera da culpa.

(12) *in* "La Philophie de l'ordre juridique positif", Paris, 1929, pag. 554-55.

ANISTIA AMPLA E INCONDICIONAL AOS REVOLUCIONÁRIOS

Plínio Casado

N. da R. — Êstes discursos foram proferidos na Câmara dos Deputados, nas sessões de 8 e 9 de junho de 1928, pelo então deputado Plínio Casado, que durante mais de um quarto-de-século lecionara nesta Faculdade, da qual foi também fundador. O venerando jurista da cátedra passou à tribuna parlamentar e desta, após um breve estágio na administração, ilustrou o egrégio Supremo Tribunal Federal. Convidado a colaborar na Revista da sua Escola, o antigo professor e tribuno renomado escolheu "êsses discursos, a fim de que a nova geração do Rio Grande fique sabendo que sempre tive a preocupação de erguer bem alto, nos grandes debates do Parlamento Nacional, a cátedra de Direito Público e Constitucional da Faculdade de Pôrto Alegre e também a tradição de civismo da nossa querida terra natal".

O SR. PLÍNIO CASADO — Sr. Presidente, além da impressão de temor que me salteia o espírito ao assomar a esta tribuna, depois das orações notáveis do meu eminente chefe, Sr. Assis Brasil, e do nobre representante de S. Paulo, Sr. Francisco Morato, e ao arrostar a tarefa ingente de discutir, depois dêles, sob os seus mais relevantes aspectos, o magno problema nacional, a questão suprema da anistia, confesso que ainda me tole a palavra, contendo os estos de um legítima expansão patriótica, a preocupação de manter uma atitude de cordialidade, de fraternidade e de respeito para com V. Ex. e a Câmara.

Não vai nessa minha conduta um ato de fraqueza, incompatível com a altivez de meu carácter e com os brios de minha terra, para captar a generosidade da Câmara, mas um ato de coragem cívica, de fidelidade às idéias daqueles que sofreram e ainda sofrem nos cárceres e dos nossos queridos irmãos exilados; de coerência com a própria

tese que vou defender, de compreensão do presente histórico e de devotamento à causa santa da paz, da concórdia e da confraternização dos brasileiros!

Não venho suplicar um favor, mas defender um direito; não imploro a piedade, a misericórdia do poder: bato-me, diante dêle, por uma medida de moral, de justiça, de eqüidade, de utilidade social, de necessidade prática e de alta sabedoria política!

Não apelo para os sentimentos humanitários da Câmara; invoco motivos de ordem moral, de ordem jurídica, de ordem política e razões de Estado. Pleiteando, porém, a anistia, o esquecimento dos fatos, dos agravos, das ofensas de uma luta fratricida, eu não posso vir, neste instante, reviver ódios, reacender paixões, relembrar faltas, erros e crimes que se praticaram à sombra da lei e sob a capa da ordem.

Mais alto e persuasivo do que a minha palavra, há de falar, aqui, o meu exemplo de tolerância e respeito para com os adversários.

Sei que o respeito é, algumas vêzes, manifestação de simplicidade, de ignorância e de covardia; outras vêzes, é a expressão de aplauso, de solidariedade, de reverência, de veneração, mas é, quase sempre, o índice de cultura, de boa educação, de prudência e de sabedoria.

Falo com sinceridade à Câmara, porque defendo uma causa para mim sagrada. Não há na minha palavra aquela dubiedade, aquêle convencionalismo do respeito pintado pela pena do heresiarca Renan. O grande estilista, numa página sugestiva de beleza e de ironia, afirmava que a condição essencial de um espetáculo de bonifrates, é a de não se perceber o fio. Os simples tomam a cousa ao sério, como se aquelas figurinhas de papelão fôssem pessoas reais; os hábeis divertem-se com o espetáculo, ainda que vejam um pouco do fio, por saberem, afinal de contas, que ali há realmente um. Os semi-hábeis, quando têm a desgraça de perceber o fio, não perdem tempo para galhofar do espetáculo, para mostrar que não são tolos. Acrescenta o primoroso estilista: assim é também com o respeito.

É natural nos simples, os superficiais defendem-se dêle com fatuidade muito cômica. O respeito renasce nos judiciosos sob um ponto de vista superior.

Os homens discretos sabem que há, realmente, um fio sôbre tudo isso, mas que não vale a pena tanta bulha por uma descoberta tão simples.

Ao contrário, os superficiais gritam, esbravejam que é preciso, a todo custo, livrar a humanidade dêsses preconceitos.

Sr. Presidente, ainda que haja um fio nesta questão da anistia — e eu não acredito — mas, ainda quando houvesse, ainda quando eu pudesse perceber êsse fio, o respeito pela Câmara renasceria em mim, sob o ponto de vista superior da esperança de vê-la reconciliada com a opinião nacional e de vê-la restituída aos sentimentos de suas graves responsabilidades diante da nação e diante da história.

Êste assunto deve ser encarado com extraordinária superioridade moral, com serenidade, distribuindo-se a cada um as responsabilidades com a mais rigorosa justiça. Para descarregar sôbre os ombros do Presidente da República tôda a responsabilidade da demora e da procrastinação da anistia, seria preciso que o Congresso não existisse, não tivesse opinião, fôsse uma peça inservível do aparelho político, fôsse um órgão rudimentar, sem função no organismo político constitucional.

Eu pouparei ao Congresso êsse menoscabo; acho que é grande a responsabilidade do Presidente da República, mas que ainda é maior a responsabilidade do Congresso.

Grande verdade dizia, o ano passado, desta tribuna, o eloqüente Deputado baiano, Sr. João Mangabeira: "a nossa iniciativa é superior a do Presidente da República, desde que a decisão definitiva depende de nós". Em tema de anistia, a função do Presidente da República é inferior, está sotoposta a do Congresso, que tem, *ex-vi* do art. 34, § 27 da Constituição, competência privativa para conceder anistia, ao passo que o Presidente não a tem para poder outorgá-la.

Nesta matéria da anistia, a situação política do Congresso Nacional não pode escapar a uma dessas três hipóteses: a primeira, e digo de antemão que a repilo para evitar protestos desnecessários, eu a repilo em nome da dignidade do próprio Congresso, em respeito à dignidade nacional e em homenagem à dignidade humana. A primeira: — o Congresso está convencido de que a anistia é moral, é jurídica, é equitativa, é útil, é necessária, é oportuna — mas não a decreta por sua subserviência e seu incondicionalismo ao Presidente da República.

Esta hipótese eu a rechasso de plano, porque, se eu a admitisse, teria de admitir, em seguida, que êsse cenáculo, essa reunião das duas Câmaras, não passava de uma reunião de emasculados morais, de abúlicos, de sonâmbulos, de criaturas sem vontade e que não sabiam honrar o mandato que o povo brasileiro lhes havia confiado. E, então, no caso, a responsabilidade seria ainda maior do Congresso, do que do Presidente da República, pois a covardia do Legislativo seria sempre maior do que a prepotência do Executivo.

Esta hipótese eu a repilo, *in limine,* porque quando ela fôsse levantada nesta Casa, amparada pela minha palavra, seria a própria Câmara, em pêso, que se levantaria contra ela, protestando, com a eloqüência da indignação.

A segunda hipótese: — o Congresso é contra a anistia, no caso concreto, no caso brasileiro, porque a julga imoral, injusta, iníqua, inútil, desnecessária, contrária aos interêsses políticos e, até, perigosa. Mas, nesta hipótese, a responsabilidade ainda seria, tôda, do Legislativo. O Presidente da República faltaria mais por omissão, do que por ação, por isso que, podendo sugerir a medida, consultar o Congresso, auscultar as opiniões, prevalecer-se de sua influência moral sôbre seus amigos, êle nada fazia. Assim, a responsabilidade inteira caberia ao Congresso, e êle devia assumi-la diante da Nação, para que esta não

ande iludida, supondo que o Congresso é favorável a anistia e que o Presidente da República é contra ela.

Falando de boa fé, de alma aberta, devo declarar que esta hipótese todos nós a repelimos. Homens políticos, vivendo neste meio político, trocando idéias, preocupados, sempre, com êste assunto máximo da vida nacional, sabemos que o sentir comum, que o sentir geral do Congresso não é êste. O Congresso Nacional não é contra a anistia e, por conseguinte, esta hipótese deve, também, ser repelida.

Assim, o meu trabalho vai se simplificando. Fico com a terceira e última hipótese, para fazer sôbre ela tôda a carga das minhas energias, para levantar sôbre elas todos os meus argumentos: o Congresso é pela anistia, considera-a uma medida de acôrdo com a moralidade, de acôrdo com a justiça, de acôrdo com a eqüidade, de acôrdo com a utilidade social, de acôrdo com a necessidade prática e de uma alta sabedoria política; mas, quanto à oportunidade, se bem que esteja mais inclinado a aceitá-la, ainda tem as suas dúvidas, os seus escrúpulos e precisa ouvir o Presidente da República.

Senhores, homem lido nesses assuntos, com a responsabilidade de um longo magistério, e para dar arras da minha sinceridade, digo: estou plenamente de acôrdo, e já desde o ano passado, com o Sr. João Mangabeira, quando êle dizia que ainda que o Presidente da República fôsse seu adversário, lá iria para consultá-lo nesses casos sérios e graves da vida nacional, como a declaração de guerra, decretação do estado de sítio, concessão de anistia, assuntos transcendentes, de importância capital para a vida das nações; êle, relator de um projeto de anistia, não podia deixar de ouvir a opinião do Presidente da República. S. Ex. sustentava naquele momento a verdadeira doutrina.

Eu, hoje, adversário, se fôsse o relator de um projeto de anistia, iria escutar o Presidente da República. Parece que é esta a situação espiritual do Congresso, em face da anistia; parece que é o estado da questão, mas aceito isso apenas como base para poder discutir e tirar os corolários lógicos, as conseqüências naturais. Iria ao Presidente da República para que êle se pronunciasse a respeito, a fim de satisfazer a ansiedade e até o desespêro da nação.

Mas o Sr. Mangabeira mediu, com um rigor enorme, o alcance das suas palavras, dizendo: "ouvi o Presidente da República e S. Ex. me convenceu." Quer dizer que ouvir o Presidente da República não é de antemão concordar com êle; deve-se ouvir o Presidente da República para que êle adusa argumentos, razões de ordem tal que possam convencer o Congresso de que a medida, no momento, é inoportuna. O Sr. Mangabeira, com o talento e com a preocupação que tem de ressalvar nessas ocasiões a sua dignidade, disse: "o Presidente da República me convenceu!" Mas quando as razões não são suficientes para convencer, quando os argumentos são frágeis, quando o Presidente da República alega motivos que não valem mais do que um capricho — o Congresso Nacional não pode aceitá-los e é soberano para iniciar o

problema da anistia e para concedê-la. De outro modo, ficaríamos em uma situação contrária a Constituição e até ridícula, situação em que o Presidente da República é a última palavra; o Congresso não pode votar anistia sem que êle lhe dê o seu *placet;* nós nos despojaríamos dessa atribuição constitucional e a transferiríamos, pura e simplesmente, ao Presidente da República, porque em *ultima ratio* a anistia só seria votada ao sabor da sua vontade, do seu capricho ou da sua opinião individual.

O Presidente da República nesse caso não é um juiz; êle é mais um perito, um técnico. O Congresso ouve o Presidente da República porque êle é que deve sustentar a luta, êle é — como o Sr. Washington Luiz dizia — que deve apagar o incêndio e que, pela natureza específica do Poder Executivo, tem mais razão de saber dos movimentos revolucionários e das medidas tendentes a subjugá-los.

Eis a razão por que o Congresso o ouve, para saber se há uma situação desta ordem, mas o Presidente fala aí como perito, não como juiz e, por conseguinte, o Congresso não está vinculado ao parecer do Presidente da República, não está ligado a êle. Ouve-o para esclarecer-se, mas se as razões expendidas não convencem, se não são procedentes, razoáveis, se são fúteis, repele-as e age soberanamente na defesa dos altos interêsses da Nação, da ordem, da paz e da felicidade dos brasileiros.

O Sr. Adolpho Bergamini — Muito bem.

O Sr. PLÍNIO CASADO — Mas, senhores, acho reduzida tôda a questão a esta última hipótese: que o Congresso deve ouvir o Presidente da República quanto antes, já e já, para que êle se manifeste. A ansiedade da Nação é enorme. Compreendo que não é diferente a ansiedade do Congresso. Quando esperava que pelo meio constitucional o Presidente da República lhe aclarasse o assunto, o Presidente silenciou. Não há, em tôda a sua mensagem, uma referência à anistia e até não há, em tôda essa longa mensagem, a palavra anistia. S. Ex. calou, silenciou. Entendo que a sensação do Congresso foi desconcertante. Entre surprêso e confuso não saberia o que fazer, mas é preciso que cumpra os altos deveres da sua magistratura e que fale sinalagmàticamente, de potência a potência, de igual a igual, ao Presidente da República, para saber qual é sua opinião sôbre êste problema máximo, vital, existencial da nacionalidade brasileira.

O Congresso não pode apagar-se neste assunto e deixar que fique em foco o Presidente da República para que sôbre a cabeça dêle caiam os aplausos da Nação ou as suas maldições. O Congresso deve agir: ou se entendendo com o Presidente da República, ou apresentando projeto de anistia, ouvindo-o a respeito da sua oportunidade.

Mas que temerá o Congresso para não se dirigir, quanto antes, ao Sr. Presidente da República? Porventura S. Ex. será contra a anistia em tese? Será contra o instituto da anistia, fazendo que prevaleçam sôbre os textos claros, cristalinos da Constituição da República as suas

tendências, as suas predisposições, as suas idéias doutrinárias? Não, senhores! Felizmente, neste caso, temos a própria palavra do Presidente da República, naquela entrevista de 29 de outubro de 1925 concedida à Agência Americana.

S. Ex. dizia, textualmente: Não sou contra a anistia, nem a favor. Não sou contra o *hasbeas-corpus,* nem a favor. Não sou contra o estado de sítio, nem contra as instituições que se abrigam na Constituição.

Logo, não há êsse temor.

S. Ex. é, pelo menos doutrinàriamente, a favor da anistia, ou mantém diante desta medida uma neutralidade simpática.

Mas — dir-me-ão — não é contra a anistia em tese, mas acha que os revolucionários são indignos dela, mas dignos de castigo; não merecem o esquecimento, mas, sim, a expiação.

É preciso que sôbre a cabeça dêles cáia, implacável, inexorável, a espada da Justiça.

Senhores, também não o creio. Temperamento voluntarioso, energia formidável, vontade de ferro, o Presidente da República, se fôsse contra a concessão da anistia aos revolucionários, teria a ombridade de dizê-lo, obedecendo aos impulsos dêsse seu temperamento. Êle diria, abertamente: "Os revolucionários não a merecem, são bandoleiros, são bandidos, são ladrões; o que êles merecem é castigo, e ainda hei de pleitear a sucessão presidencial, para ter um continuador capaz de seguir a minha política de vinganças e de ódio, para que êles cumpram nos cárceres a pena de dez anos que a Justiça lhes infligiu".

S. Ex., nessa entrevista, dizia que não era programa de um candidato a anistia; que não se devia inserir nem repelir a anistia, porque isso importaria no intuito de conquistar uma popularidade fácil, o que seria um ato de impatriotismo e pusilanimidade.

Não acredito que o Sr. Washington Luiz, agora, na Presidência da República, praticasse êsse ato impatriótico e pusilânime, de não ter a coragem de dizer ao Brasil qual a sua opinião a respeito dêsse problema máximo. É porque S. Ex., se não quer desfazer-se dessa arma, quer guardá-la para brandi-la em momento oportuno.

Depois, senhores, faço justiça aos sentimentos do Sr. Washington Luiz. Prefiro errar, honrando as tradições de minha Pátria, esssa delicadeza esquisita do coração brasileiro, a atribuir a S. Ex. uma atitude incompatível com o nosso passado, com o carácter brasileiro e com êsses sentimentos que adargam o grande coração de nosso povo.

Se o Sr. Presidente da República assim pensasse, se fôsse contra a anistia, julgando os revolucionários indignos dela, para fazê-los sofrer a máxima expiação, seria doloroso para todos nós, pois teríamos de chegar, a breve trecho, a esta conclusão de que, em uma nação livre da América, seu primeiro magistrado teria mentalidade inferior a dos mais monstruosos tiranos que a história tem registrado.

Cláudio, Tibério, Aureliano, concederam a anistia, e diz Suetônio, na "Vida de Calígula", que o próprio Calígula, que fêz cônsul ao cavalo Incitatus, e que sentia não ter o povo romano uma só cabeça para decepá-la de um só golpe, Calígula deu anistia ampla para os delitos políticos e para os delitos comuns, sem exclusão de espécie alguma.

Ora, Sr. Presidente, não posso irrogar ao primeiro magistrado de minha pátria essa injúria. Mas, então, o que é que pensa, sôbre êste assunto, o Sr. Washington Luiz? Porventura, S. Ex. imbuído dêstes princípios, com estas idéias, com êste eterno refrão do prestígio da autoridade, quererá que o Poder Judiciário esgote tôda a sua ação, para, depois, aconselhar o Congresso que vote a anistia?

Porventura S. Ex. acha que não deve tolher o efeito das leis, que não deve paralisar a ação do judiciário, que não deve enfraquecer o princípio da autoridade, concedendo anistia, porque as causas estão *sub judice*, porque os processos se acham em andamento, e só depois de sentença definitiva, passada em julgado, é que poderá aconselhar a anistia?

Mas, senhores, esta solução é errônea; é contrária à própria natureza do instituto de anistia; é fulminada pela torrente de todos os escritores; não encontra abrigo, não encontra agasalho na doutrina; e, além de tudo, é maliciosa, é subreptícia, é cavilosa, porque vai deixando desaparecer a oportunidade, para, depois, invocar a própria inoportunidade da medida.

Não há desprimor, não há ofensa para com o Poder Judiciário na intervenção do poder político neste momento. Até a tese contrária é a verdadeira: a anistia deve ser dada antes que o Poder Judiciário se manifeste, e até para impedir a seqüência de sua ação.

Não tenho autoridade para fazer esta afirmação categórica à Câmara; mas, no momento, trago atrás de mim um quadrado de escritores, venho com a doutrina, e me abrigo sob a égide de um dos mais notáveis tratadistas na matéria, que é Joseph Barthélemy, que diz: "a anistia é ato exclusivamente político; tem a virtude de impedir que se sucedam aos males da guerra civil, os males da guerra judiciária, que será tanto mais odiosa e cruel quando se fizer sentir em uma época de calma e de sangue frio".

Senhores, essa é uma verdade incontestável: a experiência humana, a psicologia humana, a História, através de séculos, nos ensinam que, para os crimes políticos, para as revoluções o Poder Judiciário é falível, é inadaptável, é incapaz, porque nunca pode proferir sentença que convença os próprios criminosos, quanto mais a sociedade, dentro da qual se desenrola êsse grande drama da vida de um povo. E é por isso que após as revoluções os Governos se apressam em decretar a anistia ampla. E é verdade incontestável: nesses movimentos revolucionários que abalam desde o coruchéu até a base o edifício social, não há quem não tome partido. A sociedade se divide: há correntes diversas e até correntes subterrâneas. Uns acusam, cobrem de

baldões e dos mais acerados vilipêndios os revolucionários: bandidos, assassinos, miseráveis; ao passo que outros os elogiam, o defendem, os glorificam, uns atenuam os seus crimes, outros os atacam e ainda outros os glorificam como heróis e mártires.

Em uma situação dessas, diz o grande professor italiano Gaetano Angiollela, só a História pode ser o juiz natural dos revolucionários. Êles têm os seus juízes naturais nos pósteros, porque os contemporâneos são sempre suspeitos. A minoria participa das suas idéias, está, muitas vêzes, vinculada a êles, até pelos laços do próprio crime; a maioria os apostrofa e os condena, de modo que são todos, ao mesmo tempo, juízes e partes, que sentindo que os revolucionários ofendem o organismo para cuja constituição concorrem, todos se acham na situação do ferido ou do roubado que quisesse julgar o seu agressor ou o seu depredador.

É esta, perfeitamente, a situação do Brasil. Depois de seis anos de lutas formidáveis, tremendas, que abriram sulcos profundos na nossa terra, não há quem, diante dessa crise, não tenha tomado partido: até os próprios magistrados que, são, por isso, suspeitos! Vimos como da Tribuna do Supremo Tribunal falou o Ministro Pires e Albuquerque, avergoando os revolucionários com adjetivação a mais veemente e a mais cruel e encontrando réplica no Senado e aqui na Câmara também; de modo que essas sentenças não podem, absolutamente, convencer: são sentenças que não têm autoridade e que não podem resolver o caso político do Brasil, que, aliás, só terá solução pela anistia, por um ato do poder político por excelência, que é o Legislativo.

O ilustre *leader* da maioria olha para mim com um ligeiro sorriso...

O Sr. Manoel Villaboim — Acompanhando a expressão constante do sorriso que está na fisionomia de V. Ex. — o que é comunicativo.

O SR. PLÍNIO CASADO — ... e parece que estou adivinhando que S. Ex. julgue que eu vá até o ponto de proscrever a ação do Poder Judiciário e de proclamar a irresponsabilidade absoluta dos crimes políticos.

O Sr. Manoel Villaboim — V. Ex., que adivinhou tão incisivamente o que podia estar em meu espírito, confessa que objeção estaria também no seu.

O SR. PLÍNIO CASADO — Não estou confessando tal. Pelo sorriso de V. Ex. parece que há um certo exagêro de minha parte; mas é tão forte a causa que defendo que vou ao encontro dos meus adversários, para discutir, não com essa suspicácia e êsse cuidado dos causídicos no pretório, mas com lealdade, cordialidade e fraternidade para as quais eu acenava no princípio do meu discurso e que quero se mantenham através dêsse debate e até por um sentimento de egoísmo, porque acho que é sôbre esta base que podemos levantar êsse edifício extraordinário da paz entre todos os brasileiros.

Não preciso, Sr. Presidente, chegar ao ponto de condenar os códigos que consagram a punição para os crimes políticos. Êles o fazem em virtude de um princípio de govêrno, de conservação do próprio govêrno, afastando-se dos conceitos gerais que informam os fundamentos basilares, fundamentais do direito de punir.

Êsse crime político que, na frase de Impallomeni, é hoje um crime mas será o direito público de amanhã; êsse crime, que na expressão de um dos maiores tratadistas, de Manzini, não pode ser abstratamente definido, de Manzini, que, aliás, reproduz uma idéia de Laband, o grande constitucionalista alemão, êsse crime tem a simpatia universal, essa simpatia que cerca todos os revolucionários e que está expressa, gravada de modo indelével no direito de asilo, que exclui extradições para os delitos políticos. Como diz Bluntschli, é a justiça, é a boa política, é a humanidade que se reúnem para conceder asilo aos refugiados políticos. Crimes que só têm relevância nos povos contra cujos governos êles são cometidos, mas que, ainda mesmo nesses povos, são muitas vêzes os revolucionários considerados como heróis e como mártires.

Os crimes políticos não possuem êsse carácter de imoralidade intrínseca e de perversidade constante que têm os crimes comuns.

A sua criminalidade é relativa, de acôrdo com os tempos, com os lugares, com as circunstâncias, com as instituições do país. E' uma criminalidade passageira, como diz Georges Vidal, e o criminoso que hoje tem a ventura de ver triunfante uma revolução é, amanhã, o chefe de Estado, o chefe da administração pública.

Assim, a reação penal contra êsses crimes não é obra da defesa social contra o ataque aos elementos permanentes da existência humana, mas, sim, a obra da defesa de partidos ou da defesa de classes.

É por isso, aliás, que não pode haver êsse rigor para os crimes políticos. E' preciso definir bem a minha situação na tribuna: não vou a ponto de julgá-los impuníveis, mas tiro da natureza dêsses crimes o argumento para sustentar que devemos proceder com tôda a generosidade diante dos revolucionários, porque êles não são realmente criminosos como são os malfeitores comuns.

E' por isso que tôdas as Constituições dos povos consagram o instituto da anistia de que o poder público deve fazer uso em circunstâncias extraordinárias de ordem moral, de ordem política, e as quais, como diz Stahl, apoiado por Francesco Campolongo, os magistrados não podem avaliar.

Faustin Hélie, a maior autoridade em matéria de processo penal, diz: a anistia é um remédio admitido por tôdas as legislações, em todos os tempos, em todos os lugares, porque se deve ter em mente as necessidades sociais, as circunstâncias extraordinárias nas quais o Poder Judiciário não pode, sem irregularidade ou sem aberração, seguir o curso que a lei lhe ditou. O processo ordinário não oferece as garantias necessárias para um juízo sereno nestas lutas de classes e de partidos.

O grande professor Arcoleu, aliás repetindo lição de outros tratadistas como Luigi Palma, como Manzini, diz: a anistia é temperamento ao princípio da *dura lex sed lex*. E' um temperamento àquela máxima de que o Poder Judiciário julga *secundum leges, non de legibus* e *intra legem, non contra legem*.

Ora, senhores, sabemos que, nestes movimentos revolucionários, que abalam até aos alicerces a sociedade, esta fica fracionada em partidos e subpartidos; há aí um agitação fremente de idéias, de aspirações. E não é raro ver os inimigos de ontem pedirem a anistia para os revolucionários, como o faz êsse galhardo combatente, tipo de valentia e de cavalheirismo, que é Flores da Cunha.

Quando uma sociedade está nesse ambiente moral, como é que o Poder Judiciário pode julgar *secundum leges*, de acôrdo com a lei, desprezando êsses elementos de ordem política, de ordem moral, mesmo de ordem sentimental, de ordem afetiva, êsses elementos todos que, reunidos, geram uma situação excepcional e insuportável — como é que o Poder Judiciário, que julga pelo alegado e provado, em desacôrdo com sua própria consciência, pode proferir uma sentença qualquer que satisfaça aos próprios revolucionários e satisfaça à Nação Brasileira? Ora,á não querer paralisar a ação judiciária para que ela se exaura, a fim de que depois venha a anistia, é êrro flagrante. E digo, êle se me afigura tão irritante, tão chocante, que não posso acreditar que o Sr. Presidente da República tenha assumido esta atitude, na qual arrisca tudo para não ganhar nada. Arrisca perder a própria oportunidade da anistia que aí está flagrante, palpitante, esperando solução. E êle deixa que a oportunidade desapareça para depois ter de defrontar dificuldades mais sérias. A própria ação judiciária é um foco de agitações, como dizem os tratadistas, o debate judiciário irrita, as sentenças também se ressentem daquela falibilidade humana, condenam aquêles que eram completamente inocentes, absolvem aquêles que tinham alguma culpabilidade. E daí vêm os desgostos, os ressentimentos, de tal sorte que o Poder Judiciário, em vez de resolver essas questões, de acalmá-las, de aplacá-las, está sendo foco de agitações que devem desaparecer por meio, justamente, de medida ampla, medida que tenha essa fôrça extraordinária, fôrça que lhe vem da história, da tradição, e que vem do próprio poder que é capaz de decretá-la, de concedê-la, que é o poder soberano da Nação — o Poder Legislativo.

Sr. Presidente, se não é essa a intenção do Sr. Presidente da República, se S. Ex. não quer esperar que se esgotem os recursos do Poder Judiciário, para, depois, aconselhar a anistia, quem sabe se S. Ex. simpatizou com outra medida, que seria contraproducente e que viria, em vez de aplacar os ânimos, serenar as paixões, ainda mais agitá-los e enfurecê-los? Quem sabe se S. Ex. quer que se consume a ação do judiciário, para, depois, aplicar o indulto, conseder o indulto, saltando por cima do Congresso Nacional?

Mas, pensar nisso é atribuir a S. Ex. uma temeridade de que eu não o julgo capaz. E' medida impolítica, antipática, temerária e perigosa. E' medida de carácter pessoal, que não tem o menor alcance político. Só significará a vingança, ou o ódio, e, em vez de restabelecer a paz na família brasileira, apenas conseguirá manter a intranqüilidade permanente em todos os espíritos.

O indulto é o perdão. Nesta altura a que chegaram os acontecimentos, em nossa pátria, os quais devemos encarar, com todo o desassombro, com tôda a energia, tal medida assume o aspecto de uma provocação, que não quero atribuir ao Sr. Presidente da República.

Senhores, a anistia tem um carácter real; o indulto tem um carácter pessoal. A anistia visa os fatos; o indulto visa as pessoas. A anistia extingue os delitos, a ação penal, a condenação; o indulto suspende as penas. A anisita destrói a memória dos fatos; o indulto mantém viva essa memória. A anistia é o esquecimento; o indulto o perdão. Na anistia, o Congresso Nacional diz aos revolucionários: — "Os fatos que praticastes eram, ontem, considerados delitos; amanhã, tornarão a vir a ser, mas, só por hoje, são fatos inocentes". No indulto, o Presidente da República diz aos revolucionários: "Eu vos perdôo, mas continuareis a ser criminosos, não ficareis reabilitados, enquanto não recorrerdes à revisão, estareis sujeitos as penas da reincidência, e nem sequer tereis fôlhas corridas".

Senhores, será isso uma medida de paz? Visará isso a reconciliação dos brasileiros, ou será uma lata de querosene atirada à fogueira?

Não! Não faço a injúria de acreditar que o Govêrno da República esteja dementado. Essa afronta seria feita menos aos revolucionários do que a Nação Brasileira.

O Sr. Presidente — Lembro ao nobre Deputado que está finda a hora do expediente.

O SR. PLÍNIO CASADO — Sr. Presidente, peço a V. Ex. que me mantenha a palavra para explicação pessoal e solicito aos nobres colegas que se disponham a um sacrifício (*não apoiados*) porque falo em nome do maior bem da nossa pátria, que é a paz brasileira, a paz desta grande terra de que todos nós somos representantes.

O Sr. Presidente — V. Ex. será atendido.

O SR. PLÍNIO CASADO — Agradecido a V. Ex. (*Muito bem; muito bem. O orador é vivamente cumprimentado e abraçado*).

O SR. PLÍNIO CASADO (movimento de atenção) — Sr. Presidente, agradeço ao nobre Deputado baiano, Sr. Pacheco de Oliveira, a gentileza e a bondade de ceder-me a sua inscrição nesta hora do expediente.

Tranqüilizem-se V. Ex. e a Casa com a agradável notícia de que serei breve e não ocuparei, nem abusarei, por muito tempo, da atenção dos ilustres colegas. Não vou pronunciar novo discurso sôbre a anistia, mas completar o que ontem proferi e que foi interrompido pela expiração do prazo regimental.

Posso dizer que venho, hoje, fazer a confirmação e a peroração de meu discurso de ontem.

Tive, quando ontem abordei o problema nacional da anistia, a preocupação de definir e fixar as responsabilidades dos dois poderes — do Legislativo e do Executivo — diante da magna questão. Coloquei o Congresso diante do Presidente da República e disse à Casa, de que tenho a grande honra de fazer parte, que ela não temesse que S. Ex. fôsse contrário à anistia em tese, porque tínhamos as suas próprias palavras, em que êle afirmava que não era contra nem favorável a tal medida; asseverei que não devíamos recear que S. Ex. na atual hipótese, no caso brasileiro, fôsse adverso à anistia, porque seria irrogar uma injúria a S. Ex., supondo-o capaz de um ato de pusilanimidade e de fraqueza e, ao mesmo tempo, de possuir uma mentalidade inferior a daqueles monstros de que fala a história e entre os quais citei o próprio Calígula.

Depois, levantei a hipótese de S. Ex. desejar que o Poder Judiciário exaurisse tôda a sua ação e os processos seguissem o seu curso normal para, após as sentenças definitivas, passada em julgado, S. Ex. vir aconselhar aos seus amigos do Congresso a decretação da anistia; e, então — a Câmara deve estar lembrada — fiz carga violenta contra essa tese, citei uma torrente de escritores, mostrei que o senso comum da doutrina, da ciência política, estava comigo, que a tese verdadeira era precisamente a antípoda, que a anistia precisava vir para evitar até que se pronunciasse o Poder Judiciário e para que, caso êle se manifestasse, fôsse impedida a sua ação. A êste respeito, vem a lanço, para roborar a opinião dos escritores que já enumerei, a opinião do egrégio Carrara, de quem dizia Francesco Cárfora, que cético, diante desta situação deplorável do Poder Judiciário, que vegeta, ainda mesmo nos povos que possuem instituições livres, sob as unhas da política, — Carrara depôs a pena, quando era o momento azado de discorrer sôbre o delito político, deixando incompleto o seu magistral programa de direito penal. Pois, é êsse grande sol do Direito Penal italiano e universal quem diz: "se a razão de punir tivesse como fundamento a Justiça absoluta, esta deveria exercitar-se embora morresse o mundo; se o fim da pena fôsse a expiação, esta devia ser impreterível".

"Mas, a justiça não é senão um critério limitativo do Direito Penal. O fundamento da Justiça é a tutela do direito. Em tôda obra de defesa social deve sempre entrar o cálculo comparativo entre o mal maior e o mal menor. O fim imediato da justiça é o restabelecimento da ordem perturbada. E, quando a ordem completa não pode ser conseguida por altas razões humanas, a ordem está na menor desordem."

Abrigando-me a êsse pensamento de Carrara, declararei: diante da situação de nosso país, a desordem menor está mais na anistia, na paralisação do Poder Judiciário, do que na própria ação dêsse Poder,

levando até à expiação o castigo dos nossos irmãos, que se bateram por idéias, por princípios e que não são criminosos comuns.

Quando se gera, em uma sociedade, como a nossa, um estado intolerável, incomportável, exaustinante como aquêle sob que vivemos, explica a ciência política que se estabelece um desacôrdo momentâneo entre o pensamento da lei e o sentir comum. A própria lei, as próprias sentenças ferem o senso moral da consciência pública.

É o caso preciso do Brasil. Não há, — já não direi entre aquêles que estão ao lado dos revolucionários, mas mesmo entre os que os combatem — não há quem desconheça esta verdade de ordem psicológica: é impossível punir.

Há necessidade de uma medida que paire acima de tôdas essas paixões, acima das nossas próprias fraquezas e possa resolver, de maneira soberana e satisfatória, questão dêsse quilate, dessa natureza, na qual estão envolvidos os destinos da própria nacionalidade.

Foi essa sempre a inspiração, foram êsses sempre os princípios que informaram as anistias, de que está cheia a história política de nossa pátria. No Império, na República, semelhante espírito de sabedoria política pairou calmo, luminoso, acima de tôdas as paixões. Não citarei, a propósito, palavras de homens notáveis de nossa pátria que exercessem sua ação política dentro do regímen republicano; quero ler nesta hora, à Câmara, as palavras, que já vêm de longe, serenas, imparciais, revestidas de um brilho que a todos impressiona, as palavras de um grande político do Império — Alves Branco — quando sustentava, quando defendia o projeto de 14 de março de 1844, que concedia anistia aos revolucionários paulistas e mineiros de 1842.

Não é uma citação vulgar: quebro agora a linha que sigo de não fazer leituras da tribuna; leio êste documento, porque êle o merece, pelo que há de sugestivo na forma e de profundo no pensamento.

> "Os crimes políticos — dizia Alves Branco, justificando o decreto de 14 de março de 44, em que era concedida anistia aos comprometidos na revolução de 42 — são, sem dúvida alguma, de natureza muito grave; mas é nêles que a sanção da opinião não tem ordinàriamente aquela certeza que ostenta para com os crimes particulares; é nêles que mais se atende a intenção, porque o êrro é muito mais fácil, os motivos menos diretamente pessoais, as causas da alucinação mais fortes, as paixões menos impuras, a aplicação de uma justiça perfeita mais difícil. E' nêles que o espírito de partido, quando exagerado, se cobre com a máscara do zêlo pelo bem público, para destruir tôda a confiança entre o monarca e seus súditos, tôda a harmonia no seio da família e entre os cidadãos, e, finalmente, para minar, com os fundamentos da tranqüilidade, as sólidas bases da moral. E' nêles que a justa aplicação das leis ordinárias se torna quase impossível..."

— é o que eu dizia ontem, invocando os tratadistas estrangeiros —

> "...é nêles que a justa aplicação das leis ordinárias se torna quase impossível, porque êles conservam por muito tempo todos os espíritos na mais cruel ansiedade; precipitam-se muitas famílias, e famílias inocentes, no abandono e na miséria e, muitas vêzes, se envolve a sociedade em novos infortúnios e desgraças, inseparáveis companheiros da desesperação.
>
> E' por estas razões que vemos da história que depois de vencidas as comoções populares, quase sempre aparece no espírito público reação tão favorável aos réus quanto lhes era adverso o sentimento no dia do combate. E quase sempre vem a anistia dar a última demão a obra a que são destinadas as armas e os tribunais, infelizmente — porque é também constante na história — tem mais vêzes corrigido pela ilustração da magnanimidade da clemência do que pela austeridade do castigo." ,

Parece que é ponto fora de dúvida, que se não deve procrastinar, protrair a resolução do problema da anistia, sob o fundamento de que o Poder Judiciário ainda não proferiu a sua sentença definitiva, transitada em julgado.

Não, senhores. A existência do instituto da anistia, nas constituições, nos códigos das nações cultas, quer dizer, precisamente, que há momentos, na vida dos povos, em que o Poder Judiciário é falível, é incapaz, é inadaptável. E' contra a sua própria índole resolver sôbre as revoluções. Há necessidade que um poder mais alto se levante, o poder político, que paira acima de tudo, para resolver êsses casos excepcionais. Do contrário, a que ficaria reduzida essa anistia, já consagrada nos códigos das nações? Pois não vê a Câmara que ela nada mais é que um produto da própria psicologia humana aplicada à ciência social? Pois não vê a Câmara que a anistia existe pela falibilidade do Poder Judiciário, nessas ocasiões em que, a despeito das opiniões de Bentham, de Beccaria, e de outros, o direito de graça, o direito de anistia, constitui doutrina prevalente no domínio da ciência penal e da ciência constitucional?

Abordei ontem, também, a questão do indulto. Sugeri a hipótese de que o Presidente da República simpatizasse mais com o indulto, do que com a anistia e, saltando por cima da competência do Congresso, resolvesse, depois das sentenças definitivas, intervir com o indulto, para libertar aquêles que estavam nos cárceres e os que sofriam no exílio.

Parece, entretanto, que ontem, nesse ponto, fui concludente, rápido, incisivo, lanhei, com a energia necessária, e que o momento exigia, es-

sa pretensão tresloucada de um poder que, querendo coonestar sentimentos de paz, se arroja a lançar sôbre a nação elementos explosivos, capazes de produzir um verdadeiro incêndio, quando é, justamente, êsse incêndio que o Poder Executivo diz que quer apagar. Não! O indulto é o perdão, o indulto é uma abjeção...

O Sr. Adolfo Bergamini — É uma humilhação.

O SR. PLÍNIO CASADO — ... como ontem demonstrei.

E, depois, lembrarei a Câmara a seguinte circunstância. Chamarei para ela a atenção e que, ontem, pelo adiantado da hora, me escapou.

Se o indulto tem um carácter pessoal, se o indulto é uma medida que não tem alcance político, sob que fundamento o Presidente da República vai dar o indulto?

Nós, que conhecemos êsse assunto, sabemos, perfeitamente, que o indulto se dá em atenção aos méritos do indultado, aos serviços que o indultado prestou a pátria, ou por motivo de um êrro judiciário ou, ainda, pela gravidade, pela dureza da pena.

Pergunto a Câmara: o Presidente da República vai indultar os revolucionários, em homenagem aos seus méritos, aos serviços que êles prestaram a pátria? vai proclamar que se trata de um êrro judiciário? vai dizer que a pena é grave para êles?

Eu disse ontem — e repito hoje, do fundo da minha alma cristã — que não irrogo ao nobre Presidente da República essa injúria. S. Ex. é incapaz de praticar um ato dêstes que seria de conseqüências graves e eu, que não participo da corrente que vive a amesquinhar a dignidade do Congresso, que não pertenço ao grupo que vive a deprimi-lo, julgando-o incapaz de qualquer assomo de dignidade, acho que o Congresso não suportaria um atentado desta ordem. Precisamente quando S. Ex. indulta insubmissos antes da sentença ter passado em julgado e pratica um ato inconstitucional, amplia o conceito do indulto...

O Sr. Manoel Villaboim — O Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. V. Ex. sabe. Falou o poder mais competente para isso.

O SR. PLÍNIO CASADO — Vou responder. O ato inconstitucional amplia o conceito do indulto. É verdade que êsse conceito, pode-se dizer, é sufragado pelo Supremo Tribunal Federal contra o voto de quatro ministros. Mas se amplia o conceito lá, por que é que volta, outra vez, a restringir o conceito do indulto quando se trata dos revolucionários, esperando que a sentença seja definitiva para depois vir com indulto?

O Sr. Manoel Villaboim — V. Ex. está argumentando com conjeturas suas.

O SR. PLÍNIO CASADO — O que há, em ambos os casos, é usurpação dos poderes do Congresso. Em um caso, usurpação jurídica, em outro, usurpação moral. Vive êste Congresso, como outrora a Polônia retalhada: os dois Poderes da República acasalam-se, concluíam-se para arrancar-lhe suas prerrogativas, suas atribuições.

Se, porém, o Sr. Presidente da República não pensa em nada disto e está, à esta hora, tranqüilo, cogitando naturalmente do seu problema financeiro e de outros assuntos; se tôdas as questões que levantei nunca passaram pelo seu espírito, pergunto: Mas com que fundamento, com que argumentos, com que razões S. Ex. pode satisfazer a consciência do Congresso quando êle fôr até lá, exercendo um direito e cumprindo um dever da sua alta magistratura? Que dirá S. Ex. a respeito dêste problema nacional, vital, apremiante, que não é inoportuno, mas pode ser importuno porque é molesto, é incômodo, é pedido com instância à cada hora, à cada momento?

Que argumentos pode S. Ex. oferecer para satisfazer a consciência de um dos poderes da República que já está sentindo sôbre os ombros o pêso formidável das suas responsabilidades?

Será possível que S. Ex. diga que o problema não é oportuno? É inoportuno!... Mas esta inoportunidade já vem de longe...

Aliás, fui sempre de opinião que a medida era oportuna; fui dêsse parecer, no fim do Govêrno Bernardes — apélo para o testemunho dos meus colegas — tanto que me bati pela anistia, discutindo, em largo debate, com o Sr. Celso Bayma, as vantagens do ato.

O Sr. Adolfo Bergamini — É verdade. Está nos *Anais*.

O SR. PLÍNIO CASADO — Eu já achava que naquele momento a concessão da medida era oportuna. Se o Sr. Bernardes tivesse declarado a anistia, à esta hora o barco em que navega o Presidente da República não seria o doido bergantim da aventura, mas um *steamer;* navio de alto mar, como disse Ruy, fechado para a vaga e resistindo a todos os temporais.

O Sr. Adolfo Bergamini — Muito bem.

O SR. PLÍNIO CASADO — Se a anistia fôsse decretada no fim do Govêrno Bernardes, a Nação estaria em calma, em paz.

Não fomos, porém, ouvidos, não fomos acreditados, mas desprezados e hoje estamos outra vez aqui, a insistir e a discutir sôbre o mesmo problema.

Oportuna já era naquela época; oportuna... oportunissima era no momento em que o Sr. Washington Luiz subiu ao Govêrno.

Desta tribuna, desta mesma tribuna, em nome da minoria parlamentar, de que era, então, *leader,* recebi S. Ex. com homenagens de grande estilo. Fiz um discurso de uma tolerância, até de uma generosidade sem par.

O Sr. Adolfo Bergamini — É exato.

O SR. PLÍNIO CASADO — Fazia votos pela vitória das liberdades conspurcadas, dos direitos postergados, fazia votos pela glória do Sr. Washington Luiz e pela felicidade do Brasil.

Houve, até, cronista parlamentar, de um dos mais notáveis órgãos de publicidade desta terra, que, encobrindo a custo o seu mau humor, naturalmente desagradado por aquela manifestação de tolerância e de confraternidade, — que disse: "O Sr. Plínio Casado termi-

nou seu discurso dando vivas ao Sr. Washington Luiz". Pensava êsse moço que um veterano como eu, retemperado nesta luta, ia aderir a última hora ao Sr. Presidente da República, abandonando esta causa, cujos ideais constituem a minha própria razão de viver.

O Sr. Adolfo Bergamini — Apoiado; muito bem.

O SR. PLÍNIO CASADO — Foi tal, no meu discurso, a nota de delicadeza, um tanto exagerada, com fim sugestivo, para despertar na alma dêsse homem que vinha para o Govêrno os sentimentos bons que se aninhavam na minha alma, que o Presidente da Câmara, ilustre Sr. Rêgo Barros, ao chegar a Pernambuco, entrevistado por um jornalista, ali, lhe declarara: "A paz, então, está feita! Não viu você o discurso do *leader* da esquerda, ouvido no meio de aplausos, de aclamações da Câmara? Que mais quer você?

E era, realmente, êsse o sentimento que dominava tôdas as almas; era essa a atmosfera que respirávamos. Que fêz, diante disso, o Sr. Washington Luiz?

E vêm agora êsses opositores dizer que a anistia é inoportuna porque nós louvamos e exalçamos os revolucionários, e não é exalçando e louvando os revolucionários que se pede anistia!

Aqui há capciosidade, há êrro. O êrro é que há nisto tudo uma petição de princípio. Pois é justamente em um momento dêstes que deve aparecer a anistia!

É para o que serve a anistia, depois de uma luta em que se cruzam os ferros, em que os homens se encontram nos campos de batalha. As mãos deixam cair as armas, mas os espíritos ainda ficam armados...

O Sr. Adolfo Bergamini — Muito bem.

O SR. PLÍNIO CASADO — Daí a luta: uns exalçam, louvam a revolução; outros a combatem e infamam, cobrem-na de baldões, tiram de si próprios para cobri-la de tôdas as indignidades e de tôdas as abjeções.

Mas é justamente isso; é em uma situação destas que vem a anistia, para fazer desaparecer esta luta fremente, irritante, tremenda, que é necessário desaparecer, porque, quando as armas já foram abatidas, todos se devem apertar as mãos, todos se devem sacrificar nas aras da pátria para felicidade comum.

O Sr. Adolfo Bergamini — Muito bem.

O SR. PLÍNIO CASADO — A anistia era inoportuna ontem porque os revolucionários estavam em armas. Mas porque é hoje inoportuna? Porque êles não estão em armas. Ontem, era inoportuna porque imperava a desordem; hoje, é inoportuna porque impera a ordem.

Então vejamos o meio-têrmo: a anistia só pode ser dada quando não haja ordem e não haja desordem; logo ela deve ser dada hoje,

porque é exatamente a situação em que estamos, andrógina, hermafrodita, em que não há ordem nem desordem.

Mas, além de todos êsses argumentos de natureza dialética, e para não perder tempo, porque prometi ser breve, há um maior, é um argumento de carne e osso que está aí — o Sr. Assis Brasil.

A oportunidade é êle. Daqueles lábios podem hoje sair para a nação a paz ou a guerra. Quer queiram, quer não, êle é nesta hora o árbitro dos destinos nacionais. No entanto, a sua palavra, ao invés de ser aquela palavra ardente do embaixador romano, de Fábio Máximo, diante do Senado cartaginês, meneando a sua túnica pretexta: "Trago-vos a paz ou a guerra; escolhei!", êle, com aquela humildade cristã das grandes almas, que, no dizer de Lacordaire, não é humilhação, mas exaltamento — êle, do alto desta tribuna, disse: "Nós queremos a paz! Sêlo esta afirmação com minha própria honra! Fale depois o Presidente da República!"

E a palavra de Assis Brasil deve ser ouvida, porque sôbre aquelas espáduas varonis existem 50 anos de serviços à Pátria.

O Sr. Adolfo Bergamini — Muito bem.

O SR. PLÍNIO CASADO — E estou certo de que, em caso algum, êle faltará à sua palavra. Assis Brasil, viria diante do próprio Catete manter essa palavra, que para nós, seus discípulos, para nós, que conhecemos essa alma grande, nobre, compassiva e caroável, é um decreto.

Eis, senhores, ao que está reduzida esta inoportunidade. Pode ser um brinco para crianças, mas não para homens em cujas cabeças já repontaram os cabelos brancos. E as próprias crianças, diz Renan com muita graça, quando conseguem rir-se do objeto que lhes causou mêdo, já o ídolo caiu, não vale mais nada.

Mas, senhores, antes de terminar, preciso chamar a atenção da Câmara para um ponto interessante. Falei mais de uma hora; falei ontem; estou falando hoje; falaria depois, quando, no entanto, parece que o Sr. Presidente da República está acima de tôdas estas cogitações.

S. Ex. é dêsses que acham que deve ser interpretado o seu silêncio. Ouvi oradores eloqüentes falarem sôbre o silêncio, que desperta tão profundas cogitações e tão altos pensamentos, mas, para mim, não há coisa mais bela do que aquêle pensamento da "Imitação de Cristo". — "Nemo secure loquitur nisi qui libenter tacet". "Não fala sem perigo quem não prefere o silêncio".

S. Ex. adota o silêncio para evitar o perigo: é um profundo cristão; obedece aos ensinamentos da "Imitação de Cristo". S. Ex. nada disse; não quis falar.

Parece, porém, que não seria temerário nem vaidoso dizendo que descobri o segrêdo dêsse silêncio, que decifrei êsse silêncio, desvendei êsse mistério. S. Ex. está calado porque acha que o Congresso, por dever de dignidade tem de iniciar a anistia e tem de votá-la.

S. Ex. como presidencialista *à outrance,* é contra a iniciativa do Poder Executivo; nunca tomaria a iniciativa, a despeito daquela frase acidental do art. 29 da Constituição da República.

Acho que o Sr. Presidente da República não tem iniciativa no caso e, neste ponto, estou de acôrdo com S. Ex., que espera, por conseguinte, a manifestação do Congresso, por entender que, neste momento, em que não há mais lutas, em que não há mais incêndios, o Congresso é soberano, é discricionário, deve iniciar e votar a anistia.

Essas palavras, que talvez estejam produzindo impressão no ânimo da Câmara que me ouve, vão ter a confirmação nas palavras do Presidente da República. O espanto da Câmara diante do que afirmo vai se transformar em assentimento imediato, quando ouvir as palavras do Chefe do Estado.

Diz S. Ex., em uma entrevista concedida a uma dessas agências — não sei se a Americana ou a Brasileira —, publicada com sua autorização, em 29 de outubro de 1925, o seguinte, para o qual invoco a atenção especial da Câmara: —

> "A anistia é da competência do Congresso Nacional, que se na sua alta sabedoria a conceder, exerce uma das atribuições de suas prerrogativas — art. 34, n. 27 da Constituição brasileira. Em geral, terminadas as lutas, apagado o incêndio, consultando as altas conveniências da Nação, e não ouvindo os interêsses dos beneficiados, pode o Congresso inconstestàvelmente exercer a atribuição de sua prerrogativa. No "aceso" da luta, porém, "durante o incêndio", penso que o Congresso, querendo agir no interêsse do país, só deve exercer a sua prerrogativa "sob informação do Poder Executivo", que é quem sustenta a luta, quem apaga o incêndio".

Que diz S. Ex.? O Congresso deve e pode, incontestàvelmente, decretar a anistia, porque isso é da sua competência, *ex-vi* do art. 34, n. 27. Esta é a regra geral:

O Congresso pode sempre decretar a anistia — prerrogativa sua incontestável, não está controlada por qualquer poder. S. Ex. acha que neste caso o Congresso não deve sequer ouvir o Presidente da República, não deve sequer pedir informações. Agora, como o Congresso vem fazer de S. Ex. juiz, árbitro da oportunidade da anistia? Contra isso é o Sr. Washington Luiz! S. Ex. pesou bem o valor das palavras. "Pedir informações" — diz S. Ex. Aí o Sr. Presidente está muito certo, porque S. Ex. não se considera juiz da oportunidade da anistia, o que seria um disparate.

Juízes da oportunidade somos nós, que o ouvimos para depois decretarmos ou não a anistia. Ouvimos o perito, lemos o seu laudo: se nos agrada, muito bem, se não nos agrada, tanto melhor.

Vem agora a restrição, logo em seguida:

> "No *aceso da luta,* porém, *durante o incêndio,* penso que o Congresso, querendo agir no interêsse do país, só deve exercer sua prerrogativa sob *informação* do Poder Executivo, que é quem sustenta a luta, quem apaga o incêndio".

Que mais querem?

Vou terminar porque o tempo urge.

Acho, diante da leitura que acabei de fazer, que o Congresso já não mais está obrigado a ouvir o Sr. Presidente da República. E' êle mesmo que o diz: "o Congresso deve ouvir-me no aceso da luta, na hora do incêndio". Diz ainda, na mensagem, que "a ordem é completa nas suas múltiplas e variadas manifestações".

Não há mais ambiente para revoluções: *gloria in excelsis Deo,* a paz desceu sôbre a terra.

Pois bem, isto quer dizer que a responsabilidade é inteiramente vossa; o Presidente da República descarregou sôbre o Congresso a sua responsabilidade. Pois bem, cumpra o Congresso o seu dever.

Ó hebetudo et duritia cordis humani, quod solum praesentia meditatur, et futura non magis previdet!

Oh aridez estúpida do coração humano, que só cuida do presente sem olhar para o futuro! Meditai, senhores Deputados com o Sr. Presidente da República, nessas palavras da Imitação de Cristo. Trabalhai para o futuro, para a imortalidade; honrai a confiança da Nação; ilustrai os vossos nomes, elevai as vossas almas. Vós que sois o ramo mais direto da soberania tendes a missão sublime, patriótica, humana, de domar, de canalizar, de encerrar, dentro do álveo da lei, essa torrente impetuosa da vonta de nacional, para que, como aquelas almas, não do inferno dantesco, mas do inferno virgiliano, suspensas entre duas existências, vergastadas pelos vendavais da desgraça, mas purificadas pelo fogo, lavadas pela água, possam, como essas almas, limpas e puras, as almas brasileiras virem beber, ao longo dêsse novo rio Lethis, a paz, o esquecimento, a anistia.

E, só então, deixará de ser um sarcasmo pungente, para se transformar em radiosa verdade, aquela frase votiva com que o Sr. Washington Luiz concluiu a plataforma de candidato a presidência da República: "Na América do Sul, o Brasil está fadado à realização da fraternidade". (*Muito bem; muito bem. Palmas no recinto e nas galerias. O orador é vivamente cumprimentado*).

PRIMEIRA LIÇÃO DE UM BREVE CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Ruy Cirne Lima

1. Centro da vida jurídica é a vontade livre. O ato jurídico é uma declaração de vontade (1); o domínio, "expressão da nossa vontade sôbre a natureza física" (2); a obrigação, uma limitação da vontade (3).

No Direito Administrativo, o centro do sistema é, também, naturalmente a vontade livre; mas, diversamente do que sói acontecer no Direito Privado, a vontade aqui é livre, mas não autônoma, — livre, mas sujeita a normas jurídicas cogentes que a dirigem a um fim predeterminado ou, ao menos, predeterminável. De tal sorte, ao demais, a vontade se vincula, em nossa disciplina, ao fim, a ela proposto, que "prima facie" poderia pretender-se (mas sem razão) houvesse sido, aquela, por êste totalmente substituída.

No Direito Privado, as relações jurídicas consubstanciam-se, de regra, em direitos subjetivos, dos quais Windscheid disse que consistem em um poder da vontade, conferido pela ordem jurídica (4). Sem aderir ao conceito, cabe, entretanto, recordá-lo em contraste com a noção de administração, predominante no Direito Administrativo, da qual se enucleia um tipo distinto de relacionamento jurídico, essencialmente finalístico, uma relação jurídica polarizada por um fim, tendo como fonte uma vontade, livre certamente, mas, enquanto adstrita ao fim, certamente não autônoma (5).

Êsse dirigismo da vontade, que tão saliente se revela no Direito Administrativo, corresponde à natureza dêste, como a autonomia da vontade no Direito Privado se lhe ajusta às características inconfundíveis.

O Direito Administrativo é, "lato sensu", o ordenamento jurídico intrínseco da Cidade terrena, da comunidade social organizada em que o homem vive nesta terra. O Direito Privado é, à sua vez, o direito

(1) Cód. Civ., art. 86.
(2) Lacerda de Almeida, Direito das Cousas, t. I, Rio de Janeiro, 1906, p. 78.
(3) Dig., lib. L, tit. XVI, de verborum significatione, fr. 108.
(4) Lehrbuch des Pandektenrechts, Ed. Kipp, t. I, Frankfurt am Main, 1906, p. 156.
(5) Nossa preparação à Dogmática Jurídica, P. Alegre, 1949, p. 55.

do homem como tal, em face de sua vocação temporal e de seus destinos eternos. No Direito Administrativo, o homem é, por excelência, o destinatário dos benefícios que, das relações jurídicas, resultam ou podem resultar, e secundária ou mediatamente, sujeito delas. No Direito Privado, é o homem, antes de tudo, o sujeito autônomo dessas relações, e secundária ou mediatamente, o seu beneficiário (6).

Não significa, é claro, quanto levamos dito, que o Direito Administrativo não repouse, como o direito em geral, sôbre a vontade. Faltar-lhei-ia conteudo moral, se assim fôsse. Significa, ao invés que, no Direito Administrativo, diversamente do que, de ordinário, acontece no Direito Privado, a vontade se há de determinar impessoalmente, em obediência ao fim, a ela proposto, e não de modo autônomo, segundo a regra que, pessoalmente, a si própria, estabeleça. A impessoalidade na determinação da vontade é o consectário natural da vinculação dela ao fim, que lhe é predeterminado. Na verdade, a correspondência perfeita entre a vontade e o fim, a que deve ela tender, importa necessàriamente perfeita impessoalidade na determinação daquela, quer dizer, o fim, e não a inclinação pessoal do agente, determina o ato.

Essa impessoalidade marca o lugar do Direito Administrativo nos quadros do direito positivo. A risco de sugerir mais um critério de distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, podemos e devemos sinalar a impessoalidade na determinação da vontade como uma nota, ao menos, do conceito de Direito Público.

Materialmente, a impessoalidade na determinação da vontade traduz o devotamento integral do agente ao fim que lhe é predeterminado, ou, seja, em têrmos de Direito Público, ao bem comum; ou, especìficamente, em têrmos de Direito Administrativo, à utilidade pública (7). Formalmente implica, a impessoalidade na determinação da vontade, a abolição das contingências pessoais, a benefício de uma fixação como absoluta das relações jurídicas subsumidas na norma de direito. Não é despiciendo observar-se que as normas cogentes são também denominadas "normas absolutas" (8), a par de que, no Direito Administrativo, sempre chamou a atenção o fato de que se lhe pede que "determine", "fixe" as relações jurídicas administrativas, ao invés de simplesmente regulá-las (9).

Essa mesma impessoalidade explica-nos, pois, do mesmo passo, a ausência, que a jurisprudência clássica já indicara (10), de normas dispositivas ou supletivas no Direito Administrativo. A liberdade da vontade, que se reflete em tais normas, cede ante o dirigismo da von-

(6) Cf. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, t. I, Berlin, 1840, § 9.
(7) Nossa Introdução ao estudo do Direito Administrativo Brasileiro, P. Alegre, 1942, p. 12 a 14.
(8) Espínola, Sistema do Direito Civil Brasileiro, t. I., Rio de Janeiro, 1938, p. 105.
(9) O. Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, Strassburg, 1886, p. 16.
(10) Dig., lib. II, tit. XIV, de pactis, fr. 38.

tade, dominante em nossa disciplina e, em maior ou menor extensão, em todo o Direito Público. No Direito Processual, de resto, James Goldschmidt advertiu agudamente, já, que o mesmo arbítrio, ou discrição do juiz, resulta de normas cogentes, e não dispositivas (11).

2. Direito, por excelência, da Cidade, o Direito Administrativo toca necessàriamente todos os mais ramos do direito. E, olhado dêsse ângulo, dir-se-ia caber-lhe o centro mesmo de todo o sistema jurídico positivo. Na realidade, centro do sistema é o homem, para o qual também a Cidade existe: "omne jus hominum causa constitutum est" (12).

Mas induvidoso é que, como a Cidade aflora todos os aspectos da vida exterior do homem, assim também o Direito Administrativo recebe subsídios e achêgas de todos os ramos do direito positivo. Recebe-os e assimila-os, incorporando-os à sua economia e subordinando-os, na mesma medida, a seus princípios fundamentais.

Transmite-lhe o Direito Privado a idéia de liberdade; o Direito Administrativo faz da liberdade um dever irrenunciável e surge, então, a figura da discreção administrativa. Fornece-lhe o Direito Processual a idéia de executoriedade; acolhe-a o Direito Administrativo, tira-lhe o enderêço processual de autor a réu, dirige-a contra a universalidade dos indivíduos impessoalmente, e assim a transforma no que se chama executoriedade administrativa. Traz-lhe o Direito Penal a idéia de sanção e, desvinculando-a da noção de proteção a um bem subjetivamente considerado, liga-a, ao invés, o Direito Administrativo à noção de proteção da ordem jurídica, objetivamente, impessoalmente considerada, e cria, de tal modo, a figura do ilícito administrativo (13). A contribuição capital à sua formação, recebe-a, porém, o Direito Administrativo, do Direito Constitucional. Êste é como o eixo de todo o Direito Público, o seu tronco mesmo (14). Ainda aqui, entretanto, se no Direito Constitucional o sumo fim é o bem comum, o fim principal, no Direito Administrativo, é já a utilidade pública. O bem comum é um bem, por isso que suscetível de ser fruído como tal, — um "frui", objeto de um gôzo sensível; e em tais condições, sòmente pode ser referido ao homem, ao indivíduo em sociedade, e nunca à sociedade mesma, desprovida, ela própria, de sensibilidade. A utilidade pública, ao revés, supõe meramente a utilização dos meios adequados para a consecução do bem comum: é um "uti"; e essa utilização, a sociedade mesma a pode realizar, devendo, ao demais, acrescentar-se que o realizá-la entra no elenco das funções essenciais de tôda organização social (15).

(11) Teoria General del Proceso, Barcelona, 1936, p. 72.
(12) Dig., lib. I, tit. V, de statu hominum, fr. 2.
(13) Nossa Introdução cit., p. 30 a 32; e quanto ao Direito Penal, particularmente, Binding, Die Normen und ihre Übertretung, t. I, Leipzig, 1890, p. 404.
(14) Santi Romano, Principii di Diritto Amministratico Italiano, Milano, 1912, p. q.
(15) Nossa Introdução cit., p. 12 e 13.

A utilização dos meios adequados à consecução do bem comum delineia-se e fixa-se através do ordenamento jurídico intrínseco da comunidade social; a utilidade pública constitui, assim, o fim último e a matéria-primeira do Direito Administrativo, que "lato sensu" não é senão, precisamente, o ordenamento jurídico intrínseco da Cidade. Recebendo, pois, a contribuição decisiva do Direito Constitucional, ainda essa, o Direito Administrativo a transmuda, ao assimilá-la, como, de resto, segundo vimos, acontece a tôdas as demais contribuições, de que se enriquece.

Ante a originalidade específica do Direito Administrativo e, do mesmo passo, a variedade dos materiais de que se forma, não admira, portanto, seja, êle, aqui apontado como direito especial relativamente ao Direito Político, apresentado em uma concepção mais ampla do que em sua forma clássica, como a participar simultâneamente do Direito Público e do Direito Privado (16); e ali o definam como direito especial, relativamente ao Direito Civil, êste, porém, entendido em sentido largo e genérico, à maneira romana, de sorte a abranger, ao mesmo tempo, matérias de Direito Público e matérias de Direito Privado (17). Transparece, realmente, nessa inacomodação aparente do Direito Administrativo aos quadros clássicos do direito positivo, o vigor de seu conteudo original, em contraste com a proveniência diversa dos materiais nêle coadunados, saídos de todos os ramos do direito.

Por certo, como direito especial, ao Direito Administrativo não se exige que se enxerte êle como dependente exclusivo, em um ramo jurídico preexistent, o qual se chamaria, então, relativamente àquele, direito geral. Qualificar-se um ramo do direito como direito especial indica meramente que tem êle uma formação derivada, simples ou compósita. E' sempre possível rastrear-lhe a origem anterior, unitária ou múltipla, dos materiais integrativos: "semper specialia generalibus insunt" (18). Se se quisesse, não obstante, designar-lhe, ao Direito Administrativo, como a todo direito especial, um direito comum ou geral por têrmo de contraste, bastaria referi-los ao que Georges Renard excelentemente denominou "direito comum nacional", êsse, quase indefinível, núcleo de individualização das instituições jurídicas de um povo (19).

3. Baste-nos, entretanto, reconheçamos que tem a nossa disciplina uma formação derivada; é, fora de dúvida, direito especial. Mas pela sua essência mesma, como deixamos entrevisto, o Direito Administrativo, sem embargo da contribuição privatística que nêle influi, da sua posição avulsa nos quadros do direito positivo, há de ser classificado como Direito Público.

(16) A. Posada, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1897, t. I, p. 77.
(17) L. Meucci, Istituzioni di Diritto Amministrativo, Torino, 1909, p. 7.
(18) Dig. lib. L, tit. XVII, de regulis juris antiqui, fr. 147.
(19) Le Droit, la Logique et le Bon Sens, Paris, 1925, p. 321.

A impessoalidade na determinação da vontade é o critério que se nos oferece para essa classificação. Certamente, há no Direito Privado, tal ou qual impessoalidade na determinação da vontade, em tudo quanto respeita à noção de administração, ali também encontradiça. Assim, no Direito Civil, a determinação da vontade dos pais, tutores, curadores, dirigentes de corporações, sociedades e fundações, enquanto aos bens que administram. Essa impessoalidade, porém, pela qual meramente se reconhece a comunhão, entre o Direito Privado e o Direito Público, quanto ao conceito de administração, se pode ser qualificada como tal "ad intra", face aos círculos de interêsses a que respeita, mostra-se "ad extra", antes, como um reflexo da personificação, mais ou menos definida, dêsses mesmos círculos de interêsses perante a sociedade, havida como um todo, em que se inserem êles como partes.

No Direito Público, ao revés, depara-se-nos a impessoalidade na determinação da vontade levada ao máximo. Aqui, o círculo de interêsses, a que a administração respeita, é coextensivo com a sociedade mesma, e a limitação nacional inafastável faz dêsse círculo de interêsses, o círculo máximo nas sociedades politicamente organizadas. Já Bártolo sinalava que a apelação interposta de decisão do regente de comunidade "superiorem nos recognoscens", haveria de ter como juiz "ipse populus... qui ipsum officialem fecit" ([20]).

Direito Público, de resto, o Direito Administrativo nem por isso perde a sua independência. E, de outro lado, o mesmo Direito Público não é algo de substancialmente diverso do Direito Privado. Baldo disse admiràvelmente: bonum publicum non (est) sine privato, nec privatum sine publico" ([21]).

(20) Commentaria, t. VI, In Secundum Digesti Novi Partem, Venetiis, 1602, p. 194.
(21) In Primam Digesti Veteris Partem, Venetiis, 1616, lib. I, tit. I, de justitia et de jur, 1. juri operam, § hujus studii, no. 10.

FUNCION PRIVADA Y FUNCION PUBLICA DEL PROCESO

Eduardo J. Couture (*)

1. — Elementos del proceso

El proceso civil es, en su forma, un conjunto de actos jurídicos.

Como su nombre lo indica, estos actos se hallan ordenados en forma sucesiva. Colocados unos tras otros con arreglo a un órden ya determinado, adquieren en sua continuidad un sentido de desarrollo y desenvolvimiento. De la misma manera que los procesos físicos, químicos o biológicos, el proceso civil es un fenómeno continuativo, dinámico.

Los actos del proceso civil se registran normalmente en documentos o piezas escritas, en los cuales se consigna la voluntad jurídica de las partes y de los órganos del poder público. Esos documentos reproducen los actos jurídicos, dándoles forma permanente.

Aunque tales piezas escritas no constituyen, propiamente, los actos jurídicos, sino su representación, se acostumbra a llamar indistintamente *proceso* a los actos y al expediente (*dossier*) en el cual esos actos se hallan recogidos o registrados.

La idea de proceso es teleológica. Su fin y no su forma es el que la define y delimita ([1]).

El fin del proceso civil es dirimir un conflicto de intereses. De la misma manera que el debate legislativo apunta hacia la sanción de la ley y de la misma manera que el debate administrativo apunta hacia el acto administrativo, el proceso civil apunta hacia la cosa juzgada que dirime por acto de la autoridad un conflicto de intereses.

(*) Catedrático de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de Montevideo.
(1) Así, WACH, *Der Rechtschutzsanspruch*, en "Zeitschriftfür deutschen Zivilprozess" t. 32, p. 5; y SCHONKE, *La necesidad de la tutela jurídica*, en "Revista Jurídica de Córdoba" t. 2 p. 57 y en "Rivista di Diritto Processuale", 1948, p. 132.

2. — Proceso y procedimiento.

Corresponde antes de pasar adelante, hacer una distinción necesaria entre el proceso y el procedimiento.

El proceso es la unidad, la institución. El procedimiento es la sucesión de los actos. Los actos procesales tomados en si mismos son procedimientos y no proceso.

Podemos, pues, definir el procedimiento como la sucesión de actos y el proceso como la unidad de conjunto de tales actos dirigida hacia la realización de los fines de la jurisdicción. El procedimiento es una sucesión; el proceso es la unidad lograda mediante la sucesión apuntada hacia un fin.

Cuando en el órden del derecho surje un conflicto de intereses, vale decir, una pretensión resistida o una pretensión insatisfecha, tres actitudes son posibles:

La primera de ellas es el ejercicio directo de las razones propias: la guerra, la huelga, el *lock-out,* la justicia con mano propia, etc.;

La segunda, es la sumisión; una o ambas partes se someten total o parcialmente al adversario: renuncia, allanamiento, conciliación, transaccion, arbitraje. etc.;

La tercera es el proceso: el conflicto se resuelve por acto de la autoridad (2).

Tratando de abarcar en una sola visión los elementos y el fin del proceso, podemos decir que este *es un método de debate cuyo fin es solucionar un conflicto de intereses por acto de la autoridad.*

Las formas procesales podrán variar en el tiempo y en el espacio. Pero lo que no varía es el sentido dialéctico del debate. Las partes y los jueces formulan sus proposiciones, sus oposiciones, sus composiciones; sus tésis, sus antítesis, sus síntesis. El principio dominante del proceso es el principio del contradictorio, de orígen dialéctico.

Contemplando en su forma, en los elementos que lo constituyen, el proceso civil es, pues, *un conjunto de actos de debate mediante los cuales se procura llegar a la verdad.*

3. — Función privada del proceso.

Desprovisto el individuo, por virtud de un largo fenómeno histórico, de la facultad de hacerse justicia por su mano, halla en el proceso el instrumento ideóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad. Este el comienzo de todas las cosas; el *verbo* inicial de la ciencia del proceso. Ninguna concepción publicista del proceso, ni ninguna concepción normativa del derecho, pueden tomar otro punto de partida como no sea esta rudimentaria y elemental suposición de que el proceso sirve para hacer justicia a aquel que se siente despojado de ella.

(2) En sentido análogo ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa,* México 1947, p. 18 y sigts.

Después examinaremos en qué sentido este fenómeno proyecta su luz sobre el derecho público y sobre la estructura general del ordenamiento jurídico. Pero la primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo y tiende a satisfacer sus aspiraciones.

Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el órden del derecho un instrumento ideóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido.

Esto, en cuanto se refiere al derecho del actor. Pero ocurre otrotanto desde el punto de vista del demandado. La pregunta sería entonces: para qué sirve el proceso al demandado?

Conviene recordar que las garantías del proceso para el demandado tienen su punto de partida en los propios textos constitucionales y se hallan configuradas a lo largo de una vasta evolución histórica, como una garantía individual (3).

En este caso, contemplando el proceso desde el punto de vista del demandado, su carácter privado se presenta todavía más acentuado que desde el punto de vista del actor.

Configurado como una garantía individual, el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores.

No puede pedirse una tutela más directa y eficaz del individuo. Dificilmente se puede concebir un amparo de la condición individual más eficaz que éste. Si alguna experiencia nos han dejado los regímenes políticos que asolaron últimamente el mundo y que todavía luchan por sobrevivir, es la de que, suprimida la garantía del debido proceso y sometido el individuo a la autoridad discreccional de los órganos administrativos o de jueces irresponsables, todo el estado de derecho y la concepción republicana del orden jurídico han desaparecido.

4. — Función pública del proceso.

Colocada en primer plano la premisa de que el derecho satisface antes que nada una necesidad individual, debemos hacernos cargo de la proyeccción social que esta tutela lleva consigo.

(3) Nos remitimos a cuanto hemos expuesto sobre este tema en *Las garantías constitucionales del proceso civil,* que aparece en *Estudios de Derecho Procesal Civil,* T. 1 Buenos Aires 1948 y en *Introduccón al estudio del proceso civil,* Buenos Aires 1949.

En un trabajo reciente (4) se afirma que, "para el proceso civil como institución *está en primer lugar el interés de la colectividad*, ya que sus fines son la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica. El particular puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales solamente y en tanto que para él exista la necesidad de tutela jurídica. El Estado concede su poder de decision y de coacción solamente cuando aquel — según el criterio conforme al deber de la autoridad competente — tenga un interés suficiente, una necesidad de tutela jurídica. En este requisito se aprecia claramente la vinculación entre intereses públicos y privados, que es tan importante para el proceso civil".

En nuestro concepto, por el contrario, el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que este.

El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales. Lo que ocurre es que la calidad de esos intereses individuales es de tal índole y adquiere tal magnitud, que termina por poner de relieve la existencia de un interés público paralelo al interés individual.

¿En qué sentido, pues, podemos hoy decir que el proceso satisfafce un interés público?

El proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante, como una constante emanación de nuevas soluciones de justicia, de incesante desenvolvimiento, de inverosímil proyección hacia el futuro de soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza cada dia en la jurisprudencia.

Satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos.

Estas ideas an tenido un particular desenvolvimiento, y hasta diríamos que una desmesurada proyección en la teoría denominada *de la experiencia jurídica* (5).

Esta teoría parte del supuesto de que el material de la ciencia jurídica es la totalidad de la experiencia jurídica, esto es, todo precepto jurídico empiricamente comprobable.

El derecho es aquí concebido como un proceso de gradual despliegue dinámico de preceptos, dotado de la mas rigurosa unidad. Tal unidad no es meramente lógica, sino sistemática, ya que el material de los preceptos jurídicos, naturalmente caótico, debe hacerse cósmico, debe transformarse en un sistema necesariamente unitario. El único esquema trascendental por el cual se alcanza la unidad sistemática, consiste en concebir el derecho en cada uno de sus estados como la exteriorización escalonada de la voluntad pura, sin que entre uno y otro grado exista solución de continuidad (6).

(4) SCHÖNKE, *Il bisogno della tutela juirídica*, en *"Rivista di Diritto Processuale"* 1948, p. 132 y en "Revista Jurídica de Córdoba" t. 2 p. 57.

(5) Esta teoría ha sido expuesta en la obra de SANDER, *Staatund Recht. Prolegomena zur einer Theorie der Rechtserfahrung, Logos* XI 3. Debemos estas referencias a SOLER *Los valores jurídicos*, en "Revista Jurídica de Córdoba" t. 1. p. 219.

Esta concepción, que coloca el proceso en el centro mismo de toda vida jurídica, transformando en trascendente lo que en el sistema de normas que nos es familiar tiene solo un carácter instrumental o anxiliar, constituye la actitud extrema de la concepción constitutiva de la sentencia. Sus apotegmas "no hay ningún delito antes del proceso penal"; "no hay ningún contrato antes del proceso civil" constituyen una forma de *procesalización* de todo el derecho.

Comencemos por admitir como exacta la suposición de que el proceso es un medio de asegurar la continuidad del derecho, o con mas propiedad la unidad necesaria del derecho.

La idea de que el proceso es un *a posteriori* respecto de la ley y un *a priori* respecto de la cosa juzgada es particularmente correcta. El proceso es el medio necesario de la obtención de la cosa juzgada y esta es, como se sostiene habitualmente, el fin del proceso. No hay cosa juzgada sin proceso.

El error de la concepción que analizamos radica, según nuestro modo de pensar, en confundir la estructura con la función.

Si nuestro razonamiento es correcto, luego de la ingeniosa interpretación que hemos expuesto, queda sin explicar una de las mas significativas formas de producción jurídica: la realización espontánea del derecho. Queda, asimismo, sin explicación, la frustación (voluntaria o involuntaria) del derecho.

Existen en la experiencia jurídica infinidad de actos que aseguran la continuidad del derecho sin necesidad del proceso. Hasta puede decirse que la normalidad la constituye la realización espontánea del derecho: deudores que pagan a sus acredores, padres que alimentan a sus hijos, arrendatarios que reintegran los bienes al fin del contrato. Los postulados legales del derecho de las obligaciones, del derecho de familia o del derecho de los bienes, se cumplen naturalmente sin necesidad del juicio ejecutivo, del juicio de alimentos o del juicio de desalojo.

La voluntad jurídica es, a nuestro modo de ver, el medio primario de producción jurídica. La norma establece una previsión, *la previsión hipotética de una conducta* futura, decía Leibnitz: dada la deuda debe ser el pago; la voluntad jurídica cumple en la medida querida o prevista por las normas y el fenómeno jurídico queda consumado y pasa a integrar el inmenso cementerio de actos jurídicos naturalmente cumplidos... y olvidados.

(6) SANDER: *Die transnzendentale Methode der Rechtsphilosophie un der Begriff der Rechtsverfahrens*, en *Zeitschrift für öffentl. Rechts*, 1920, I, p. 479. SOLER: op. cit., p. 249. Esta proposición vendría a cerrar el ciclo histórico del primado procesal en el derecho. Como es sabido, el derecho primitivo era solo procedimientos: DE PAGE: *A propos du gouvernement des juges. L'equité en face du droit*, Bruselas — Paris, 1931, p. 57.

Sólo cuando la voluntad jurídica deje de actuar en la medida prevista, ocurre el proceso como instrumento de producción que llamaremos *subsidiario*.

El proceso actúa *en vez de* la voluntad jurídica obediente. Su destino es elaborar por acto de la autoridad, una voluntad jurídica suceptible de reemplazar a la voluntad jurídica obediente. La sentencia actúa en lugar del deudor, del padre o del arrendatario omiso en el cumplimiento de sus obligaciones.

El proceso asegura la vigencia de la *lex continuitatis,* del derecho, porque si la voluntad jurídica omisa pudiera interrumpir la vigencia de dicha ley, los fines del derecho se desnaturalizarían. El aseguramiento de la continuidad no es, pues, inherente *a la esencia,* pues la continuidad se realiza por la voluntad jurídica obediente. Es inherente *a la función,* pues está en la naturaleza de esta última, que el derecho no se desnaturalice por la desobediencia.

Hay, además, casos en los que el derecho se frustra a pesar del proceso. Así ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor renuncia a demandar a sua deudor y prefiere perder el crédito; o cuando cumplido el proceso, la sentencia no puede cumplirse por insolvencia del obligado.

El proceso es una forma de asegurar la unidad del derecho y su *lex continuitatis*. Pero no es la única; y comparado con la realización espontánea del derecho, con la obediencia natural a la ley que se adquiere por largos y pacientes instancias de educación del pueblo, el proceso no es ni siquiera el mas importante instrumento de producción jurídica.

El *optimus* del derecho no es el proceso, sino la realización espontánea. Si todos los contribuyentes, si todos los padres, si todos los arrendatarios debieran ser demandados judicialmente para cobrar el impuesto, mantener a los hijos o reintegrar la propriedad, la maquinaria estatal saltaría hecha pedazos.

Pero fracasado el *optimus,* se acude al subrogado o sustitutivo. El sustitutivo es el proceso. Y es, necesariamente, un sustitutivo imperfecto. Todo proceso, por excelente que sea, lleva consigo una medida de injusticia que no repara la sentencia. El triunfador siempre conserva entre las manos, luego del proceso, una cantidad de injusto dolor que no resulta nunca reparada.

Esto no es, ciertamente, lógica jurídica; pero es experiencia jurídica de la que en ningún instante; y perdónese la insistencia! puede desentenderse la ciencia conceptual del derecho.

COMENTÁRIO DO § 1.º DO ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO

Darcy Azambuja

1. — Em face do disposto no § 1.º do art. 153 da Constituição de 18 de setembro de 1946, estão revogados os preceitos legislativos anteriores, que vedavam ao estrangeiro ser acionista de emprêsas que explorem, dentro ou fora da faixa de 150 quilômetros ao longo da fronteira, de que cuida o decreto-lei n.º 1.968, de 17 de janeiro de 1940: a) a indústria da refinação do petróleo importado ou de produção nacional; ou b) jazidas minerais no Brasil; e, em caso afirmativo,

2. — Independentemente de regulamentação legal, podem ditas emprêsas admitir, desde já, acionistas estrangeiros?

3. — A lei ordinária poderá restringir ou limitar a participação de estrangeiros nessas emprêsas?

4. — O acionista estrangeiro deve residir no Brasil?

Quanto ao item primeiro, cumpre examinar preliminarmente a legislação anterior à atual Constituição.

A Constituição de 1891, em seu texto primitivo, dispunha apenas, em alínea do § 17, do art. 72:

> "As minas pertencem ao proprietário do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei, a bem da exploração dêste ramo de indústria".

Com a reforma de 1925-26, introduziu-se a restrição da letra *b* do mesmo parágrafo:

> "As minas e jazidas minerais necessárias à segurança nacional e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros".

Êsse preceito, tradicional em nosso direito, tem sofrido ampliação nas leis fundamentais posteriores. No texto, assim reformado,

da de 1891, sòmente se proibia que pertencessem a estrangeiros as minas e jazidas *necessárias* à segurança e defesa nacionais.

Dispondo sôbre o aproveitamento industrial das minas, jazidas minerais, águas e energia hidráulica, a Constituição de 1934 determinou, no § 1.º do art. 119:

> "As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a emprêsas organizadas no Brasil, etc."

Omitiu-se, assim, a distinção entre minas e jazidas necessárias à segurança nacional e as que não o fôssem, declarando-se que tôdas sòmente poderiam ser exploradas por brasileiros, isto é, pessoas físicas brasileiras ou pessoas jurídicas brasileiras, pois a tanto eqüivale a expressão "emprêsas organizadas no Brasil".

A Constituição de 1937, dentre as poucas disposições suas postas em vigor, continha a do § 1.º do art. 143:

> "A autorização só será concedida a brasileiros ou emprêsas constituídas por acionistas brasileiros..."

Posteriormente, pela lei constitucional n.º 6, de 13 de maio de 1942, seria aberta uma exceção para as quedas dágua e outras fontes de energia hidráulica.

Os decretos-leis subseqüentes, como o de n.º 1.985, de 29 de janeiro de 1940 e de n.º 2.778, de 12 de novembro de 1940, dispondo sôbre a indústria de mineração, regulamentaram o texto constitucional acima citado.

Foi, pois, a Constituição de 1937 que proibiu aos estrangeiros serem acionistas das emprêsas brasileiras de mineração. Na vigência da de 1934 tal proibição não existia. Exigia ela sòmente que as emprêsas fôssem organizadas no Brasil, isto é, integralmente sujeitas ao direito brasileiro, por serem brasileiras. Antes de 1937 nenhum texto legal continha a restrição, com aquela amplitude que veio golpear profundamente, pela ausência do capital estrangeiro, o aproveitamento de nossas riquezas minerais. Tão grave foi o golpe, que a lei constitucional n.º 6, de 1942, teve que excetuar do preceito jacobino as emprêsas exploradoras da energia hidráulica, sob pena de paralisar a indústria da maioria das cidades do país.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 restabeleceu, também neste particular, o regímen legal anterior, dispondo no § 1.º do art. 153:

> "As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país, etc".

É a reprodução *ipsis verbis* do texto da Constituição de 1934, com a única substituição de um vocábulo: emprêsa por sociedade.

Bastaria, por certo, êste ligeiro retrospecto para demonstrar que o legislador constituinte de 1946 quis deliberadamente alterar a regra escrita na Carta de 1937, retornando à orientação tradicional esposada pela Constituição de 1934. Absolutamente temerário, e injusto, seria supor que, em matéria de tal relevância, pelos debates que suscitou e pela repercussão que teve a proibição contida na Carta de 37, fôsse o seu texto alterado por simples inadvertência. Se nela vinha estatuído que as emprêsas, para explorar as jazidas minerais, haveriam de ser *"constituídas por acionistas brasileiros"*, e na atual se exige apenas que sejam *"organizadas no país"*, evidente se torna ter sido dispensada a exigência anterior. Parece que a nenhum intérprete ocorreria sustentar que a expressão *"sociedades organizadas no país"* queira significar *"sociedades constituídas por acionistas brasileiros"*.

Sociedade organizada no país quer dizer simplesmente pessoa jurídica de direito brasileiro, pessoa jurídica sòmente regida pelo direito brasileiro — ensina Pontes de Miranda, comentando o texto idêntico da Constituição de 1934. Para que isso se dê, não é necessário que a sociedade ou emprêsa seja constituída exclusivamente por brasileiros; podem ser estrangeiros todos os associados. Desde que ela se organize no Brasil, é brasileira, está sujeita sòmente à lei brasileira.

E assim está cumprida a exigência constitucional, pois o que esta visa é conceder sòmente a brasileiros, pessoa física ou jurídica, a exploração das riquezas minerais do país. Ou melhor, o fim evidente da regra constitucional é duplo: primeiro, incrementar, estimular o aproveitamento dos recursos minerais existentes no país; segundo, confiar a exploração dêles a brasileiros, para melhor fiscalizar êsse ramo de indústria, que interessa diretamente a defesa nacional.

A Constituição de 1937 e a legislação sob ela promulgada, atingia sòmente o segundo objetivo, e prejudicou o primeiro, pois impediu a cooperação do capital estrangeiro. Dado o fato, certo e sabido, da absoluta insuficiência do capital nacional para a indústria da mineração, que exige comumente somas enormes e vasto aparelhamento técnico, a proibição anterior teve como resultado paralisar pràticamente a mineração, mesmo com a concessão aberta em favor das minas já em lavra (Const. de 1937, art. 143 § 4.º).

O legislador constituinte de 1946, bem avaliando a gravidade do problema e as necessidades urgentes do Brasil, em boa hora voltou ao regímen da Constituição de 1934, permitindo a participação do capital estrangeiro na indústria da mineração, desde que o faça através de emprêsas nacionais.

A essa mesma conclusão leva a interpretação sistemática, o estudo comparativo de outras disposições similares da Constituição atual.

Quando os elaboradores da Constituição querem vedar ou limitar, realmente, a participação de estrangeiros em certas emprêsas, o texto é expresso e rigoroso, como se dá com o art. 160 que proíbe a *sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros* a propriedade de emprêsas jornalísticas e de radiodifusão, e exige que a responsabilidade intelectual e administrativa seja *exclusivamente* confiada a brasileiros.

Do mesmo modo é taxativa nossa atual Constituição quando, no art. 180 § 1.º, determina que nas zonas consideradas por lei indispensáveis à segurança nacional, o capital e o trabalhador nacionais predominarão.

Igualmente foi explícita no art. 155, estatuindo que a navegação de cabotagem é privativa dos navios nacionais, que seus armadores, proprietários e comandantes devem ser brasileiros, bem como dois terços pelo menos de seus tripulantes.

Sempre, pois, que a Constituição quer proibir ou restringir a participação de estrangeiros em determinada indústria ou atividade, não o faz implìcitamente, mas expressamente; nem poderia ser de outro modo, de vez que a boa técnica legislativa ensina que as restrições e excessões hão de vir explícitas no texto, porque não se presumem.

Resumindo, as premissas são as seguintes:

A Constituição de 1934 dispunha que as emprêsas de mineração fôssem organizadas no Brasil, isto é, fôssem brasileiras, e tanto a sua interpretação como a legislação ordinária permitiam que ditas emprêsas admitissem acionistas estrangeiros.

A Constituição de 1937 determinou que essas emprêsas fôssem "constituídas exclusivamente por brasileiros".

A Constituição de 1946 restabeleceu o texto da de 1934, exigindo sòmente que tais emprêsas sejam "organizadas no país".

A atual Constituição sempre que entendeu proibir ou restringir a participação de estrangeiros em determinadas emprêsas brasileiras o fêz expressa e categòricamente. A conclusão se impõe por si mesma: A atual Constituição permite a participação de acionistas estrangeiros nas emprêsas de mineração.

E é fácil demonstrar que não sòmente permite como também tem por fim o preceito constitucional estimular, atrair a participação de acionistas estrangeiros nessas emprêsas.

De fato. O elemento histórico, os trabalhos parlamentares têm diminuído de valor na hermenêutica, porque as leis devem ser interpretadas principalmente para adaptá-las à realidade social. Sôbre tudo quando se trata de leis antigas, o "pensamento do legisldor" pode não mais coincidir com as exigências atuais da sociedade, mas a lei deve continuar a viver.

> "Sucede o contrário com a lei nova e as circunstâncias que rodearam a elaboração do texto persistem ainda: atuam os mesmos fatôres sociais, perduram, para a coletividade, os mesmos objetivos econômicos, as aspirações justas, os hábitos adquiridos, os usos e costumes" (*Carlos Maximiliano — Hermenêutica e Aplicação do Direito.* pág. 152).

Neste caso, que é o da atual Constituição, o fim que o legislador teve em mira, exposto nos trabalhos parlamentares, é elemento importante para a exata interpretação e aplicação do texto.

O anteprojeto discutido na Comissão Constitucional, em 1946, era semelhante ao texto atual:

> "As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a emprêsas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros".

Vê-se que, quanto à participação de estrangeiros nas emprêsas de mineração, o anteprojeto era idêntico ao texto hoje vigente. A êsse dispositivo foram apresentadas, no seio da Comissão, algumas emendas, uma das quais visava exatamente proibir que estrangeiros fizessem parte dessas emprêsas. Foi a emenda do deputado Mario Masagão, assim redigida:

> "As autorizações serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou emprêsas por êles organizadas, ressalvada ao proprietário etc. etc."

O deputado professor Hermes Lima, relator da Sub-Comissão que elabora o anteprojeto, assim o defendeu:

> "Sr. Presidente, a Sub-Comissão, ao redigir o dispositivo, teve em mira estatuir que as autorizações ou concessões pudessem ser conferidas a brasileiros ou a emprêsas organizadas no Brasil, de que pudessem participar capitais estrangeiros. Se a Comissão entende que a expressão "emprêsas organizadas no Brasil" não é suficiente para assegurar a participação de capitais estrangeiros, o dispositivo, naturalmente, deve ser modificado, *porque o intuito da subcomissão foi, por essa fórmula, assegurar tal participação.*
>
> Parece, entretanto, que, retirado o advérbio "exclusivamente", a expressão "autorização", nos têrmos em que é concedida, abrange brasileiros e emprêsas organizadas

no Brasil com capital estrangeiro. Não há nenhum impedimento de que capitais estrangeiros organizem no Brasil sociedade para obter a concessão e explorar jazidas minerais, minas e quedas dágua. Julgo que o artigo é, portanto, claro".

Incisivo foi, também, o parecer de outro ilustre jurista, membro da Comissão, o deputado Prado Kelly:

"Sr. Presidente, o § 1.º do art. 10 do Projeto reproduz o que já dispunha o § 1.º do art. 119 da Constituição de 1934. Estou de inteiro acôrdo com o projeto, e vou justificar meu voto.

No ponto que suscitou dúvidas ao meu prezado amigo, sr. Deputado Eduardo Duvivier, isto é, a cláusula "emprêsas organizadas no Brasil", e que também é objeto de emenda do erudito professor Mario Masagão, não creio que procedam as críticas, porque a Constituição de 34 levou a bases extremas a proteção nacionalista. Entretanto, não estabeleceu nenhuma condição quanto à nacionalidade dos sócios das emprêsas organizadas no Brasil. E assim procedeu por motivo óbvio: é que estas emprêsas, desde que organizadas aqui, passam a ser pessoas jurídicas de nacionalidade brasileira.

O que cumpria evitar é que sociedades com sede no estrangeiro, cuja direção não pudesse ser fiscalizada pelas autoridades brasileiras, e tivessem fôro também em outro país que não o nosso, viessem obter autorização ou concessão para a exploração da propriedade prevista no artigo.

Por êstes motivos entendo que o interêsse nacional já está suficientemente acautelado com a redação dada ao § 1.º do art. 10 do Projeto.

A questão de se eliminar a cláusula "exclusivamente" é para mim despicienda. Com ou sem advérbio, o pensamento só pode ser restritivo".

Posta em votação e emenda do deputado Mario Masagão, que exigia nacionalidade brasileira aos sócios das emprêsas de mineração, foi a mesma rejeitada, como tudo se vê no "Diário da Assembléia" de 16 de maio de 1946, pág. 1.865.

Não poderia ser mais claramente expresso o pensamento do legislador constituinte; os dois ilustres juristas frisaram insistentemente que o texto aprovado tem por objetivo permitir a participação do capital estrangeiro nas emprêsas que exploram minas e jazidas minerais do país.

Assim, todos os métodos de interpretação do texto constitucional conduzem à mesma conclusão, e, conseqüentemente, é afirmativa a resposta do primeiro item da consulta.

Em face do disposto no § 1.º do artigo 153 da Constituição atual, estão revogados os preceitos legais anteriores que vedavam ao estrangeiro ser acionista de sociedades que explorem a indústria de mineração no Brasil.

Esta é a inimpugnável solução geral ao quesito formulado, pois, em face do texto constitucional, nenhuma restrição existe mais ao estrangeiro nas emprêsas de mineração.

No entanto, o item se desdobra e introduz um elemento novo, quando alude à faixa de 150 quilômetros ao longo da fronteira, de que cuida o decreto-lei n.º 1.968, de 17 de janeiro de 1940.

Ao tratarmos, adiante, do item terceiro, examinaremos mais de perto o assunto, mas, para não deixar em suspenso ou incompleta a resposta do item primeiro, convém adiantar desde já o corolário da argumentação a ser expendida.

A atual Constituição *não proíbe* a participação de acionistas estrangeiros em emprêsas que explorem a indústria de refinação de petróleo importado ou de produção nacional nem nas que explorem jazidas minerais, estejam elas situadas ou não na referida faixa de 150 quilômetros. *Não proíbe, mas limita essa participação, se ditas emprêsas estiverem localizadas dentro da faixa de fronteira.* E' uma restrição imposta não sòmente às emprêsas de refinação e mineração, mas a qualquer outra indústria ali situada.

Com efeito, o § 1.º do art. 180 da Constituição dispõe:

"A lei especificará as zonas indispensáveis à defesa nacional, regulará a sua utilização e *assegurará, nas indústrias nelas situadas, a predominância de capitais e trabalhadores brasileiros.*

Combinando o texto acima com o do decreto n.º 1.968 de 17 de janeiro de 1940, conclui-se que em qualquer indústria e, portanto nas emprêsas de mineração e refinação de petróleo situadas na faixa da fronteira, as ações com direito a voto serão nominativas e deverão pertencer, na maioria, a brasileiros.

A resposta ao item segundo, sòmente pode ser afirmativa, como corolário de tudo que acima ficou exposto.

A Constituição entra imediatamente em vigor. Salvo quando ela própria declara *expressamente* que tal ou tal preceito será aplicado na forma que a lei determinar, se ainda não houver lei a respeito, é que fica em suspenso a execução material, o *modus faciendi* até que o legislador providecie. Mas o direito é adquirido desde o momento da promulgação.

Ora, no caso em aprêço, o texto constitucional é categórico e não subordinou sua aplicação a uma lei por fazer. Ou melhor: Tôda a matéria contida no art. 153 da Constituição, referente a minas, jazidas, quedas dágua, etc., bem como à sua exploração, já está regulada no Código de Minas e outros decretos. Sòmente, nessa legislação, estão revogadas tôdas as disposições que proibiam aos estrangeiros ser acionistas de emprêsas de mineração, e continuam em vigor as demais. Não há, pois, que aguardar regulamentação para a participação daqueles capitais, é desde a data da promulgção da Constituição que ditas emprêsas podem admitir acionistas estrangeiros.

O item terceiro indaga se a lei ordinária poderá restringir ou limitar a participação de estrangeiros nas emprêsas de mineração.

As constituições traçam regras amplas, destinadas a perdurar sôbre as modificações freqüentes e às vêzes rápidas do meio social; lançam as bases da organização nacional, que as leis completam e afeiçoam às necessidades e circunstâncias ocorrentes. Ao legislador fica sempre uma autonomia maior ou menor na aplicação daquelas regras fundamentais, desde que não as infrinjam, deturpando-lhes o sentido ou impedindo-lhes a execução.

Vimos, ao tratar do item primeiro, que o fim colimado pela Constituição, no § 1.º do art. 153, foi atrair capitais estrangeiros para o aproveitamento efetivo de nossas riquezas minerais, dada a insuficiência de capitais brasileiros, nesse particular ainda mais escassos do que em outros campos da nossa economia.

Assim sendo, a lei ordinária que restringisse ou limitasse a participação dêsses capitais estaria, pelo menos, dificultando a realização do objetivo que a Constituição visou atingir. Não seria *manifestamente* inconstitucional, mas não estaria plenamente conforme a Constituição.

Neste particular, a discussão e votação do § 1.º do art. 153 no plenário da Assembléia Constituinte não deixaram dúvidas. Ao citado parágrafo, tal como está redigido, foram apresentadas duas emendas, uma pelo deputado Aliomar Balieiro e outra pelo deputado Altamiro Requião.

A última propunha a seguinte redação:

> "As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a emprêsas organizadas no país, nas quais a direção pertença a brasileiros, detentores, pelo menos, de dois terços do capital, etc. etc."

A do deputado Aliomar Balieiro era idêntica; apenas resumia a exigência de dois terços do capital brasileiro para a simples maioria. Ambas pretendiam, pois, limitar a participação do capital estrangeiro e restringi-lo fora da direção das emprêsas, e foram defendidas por seus autores.

O deputado Hermes Lima defendeu o projeto dizendo, entre outras coisas:

> "Sr. Presidente, a Comissão é contrária à aprovação da emenda do deputado Aliomar Baleiro. Mantém o texto do projeto, que é liberal, e o faz em virtude das razões já aqui explanadas longamente em discussões que visavam o mesmo assunto. O argumento do nobre deputado de que o capital estrangeiro sempre entrou no país, é verdadeiro. Deve-se assinalar, porém, que as restrições que apareceram são recentes na vida constitucional e legal do país. O capital estrangeiro sempre veio para o Brasil porque não existiam essas restrições. O argumento de S. Excia. é, pois, contrário ao ponto de vista que sustento".

Teceu o ilustre professor outras considerações, opinando também pela rejeição da segunda emenda. Postas em votação, foram efetivamente rejeitadas pela Assembléia. E esta o fêz perfeitamente esclarecida pelos brilhantes debates travados. Rejeitando-as, adotou o ponto de vista da Comissão de Constituição: de que nenhuma restrição devia ser oposta à participação do capital estrangeiro nas emprêsas de mineração aqui organizadas.

Parece, pois, que enquanto perdurarem os motivos determinantes da regra constitucional, não será lícito ao legislador ordinário restringir a colaboração dos estrangeiros no aproveitamento dos recursos minerais do país e nas suas fontes de energia hidráulica.

Êsses motivos — escassez de capital nacional e de técnicos — criaram para o Brasil a situação de proprietário paupérrimo de minas riquíssimas. Tão cedo ela não se modificará, e não se modificará sem a cooperação do capital estrangeiro.

Tal é o fim, o objetivo do preceito constitucional; não é de esperar as leis ordinárias lhe entravem a consecução.

De resto, como já se frisou neste parecer, a orientação da atual Constituição é liberal e tende a sanar os males que o jacobinismo econômico e político havia criado. Ainda a propósito do assunto versado no item em aprêço, a comparação dos textos constucionais anteriores com o atual é perfeitamente elucidativa.

Assim, a Constituição de 1934 dispunha no art. 119 § 4.º:

> "A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas dágua ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país".
>
> A de 1937 foi mais longe, determinando, no art. 144:
>
> "A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas dágua ou outras fontes de

energia, *assim como das indústrias consideradas básicas ou esesnciais* à defesa econômica ou militar do país".

Com o vocábulo *nacionalização*, ora se queria dizer "estatização", apropriação pelo Estado, ora proibição de capital estrangeiro. Em virtude das discussões havidas no seio da Comissão de Constituição e no plenário, a Assembléia suprimiu a exigência da nacionalização progressiva, as restrições possíveis à participação de capitais estrangeiros, salvo a restrição única que veremos adiante.

A atual Constituição saiu escoimada dos exageros das anteriores, sem contudo deixar desarmado o Estado em face de possíveis emergências, pois contém um preceito geral e eficaz, em seu artigo 146:

> "A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e *monopolizar determinada indústria ou atividade*. A intervenção terá por base o interêsse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição."

Evidencia-se, dêsse modo, o espírito liberal das nossas instituições acolhendo a cooperação honesta do capital estrangeiro, atraindo-o com largas garantias do direito de propriedade, sem descurar do interêsse público.

O mesmo se verifica em relação a outros assuntos, como, por exemplo, o referente a bancos e companhias de seguros, à revalidação de diplomas, etc.

Não é, pois, necessário alongar-se muito o intérprete para apreender o objetivo dos preceitos examinados. Tôdas as restrições gerais anteriormente levantadas contra o capital estrangeiro nas emprêsas de mineração e similares foram derrogadas pelo texto vigente.

Cumpre, no entanto, para completa delimitação constitucional e legal do assunto, aludir a uma restrição de carácter especial, referente à participação de capitais estrangeiros, que pode atingir as emprêsas de mineração. Não as atinge, porém, por serem emprêsas de mineração, e sim *ratione loci*, isto é, em razão do local onde operem.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 180, dispõe:

> "Art. 180. — Nas zonas indispensáveis à defesa do país, não se permitirá, sem prévio assentimento do Conselho de Segurança Nacional:
>
> I. — .....
>
> II. — .....
>
> III. — O estabelecimento de quaisquer indústrias que interessem à segurança do país.

> § 1.º — A lei especificará as zonas indispensáveis à defesa nacional, regulará a sua utilização e *assegurará, nas indústrias nelas situadas*, a predominância de *capitais e trabalhadores brasileiros*."

Determina, pois, a Constituição que a lei ordinária especifique quais as zonas do território brasileiro que são consideradas indispensáveis à segurança nacional e que *qualquer indústria* aí situada há de ter maioria de capitais e trabalhadores brasileiros.

O decreto-lei n.º 1.968, de 17 de janeiro de 1940, regulou a concessão de terras, vias de comunicação e o estabelecimento de indústrias na faixa de fronteira, de acôrdo com a Constituição de 1937, art. 165.

A atual Constituição não contém mais o dispositivo das duas anteriores sôbre a faixa de fronteira, mas declara que a lei especificará as zonas indispensáveis à defesa nacional, em seu art. 180, § 1.º

E' de se perguntar se a faixa de 150 quilômetros a que se refere o decreto-lei acima citado pode ser considerada com "zona indispensável à defesa nacional" de que cuida o § 1.º do art. 180.

Parece deva ser afirmativa a resposta, apesar de aquêle decreto não forneça elementos cabais. Numa interpretação ampla, a faixa de fronteira, objeto da regulamentação, merece ser considerada como a zona indispensável à defesa nacional, que a Constituição vigente mandou fôsse especificada por lei ordinária. Do fato de a Constituição de 1946 dizer — que "a lei especificará" aquelas zonas, não se conclui forçosamente que o já disposto por lei anterior esteja revogado por não declarar ser a faixa de fronteira a zona indispensável à defesa nacional. Apenas, o constituinte de 1946 preferiu deixar à lei ordinária a especificação que as Constituições de 1934 e 1937 fizeram expressamente.

Isto pôsto, admitida como zona indispensável à defesa nacional a faixa de 150 quilômetros ao longo da fronteira, e os *portos marítimos situados nessa faixa*, qualquer indústria aí localizada deverá ter maioria de capital e trabalhadores brasileiros.

Os arts. 36 e 37 daquele decreto abriam uma exceção para as indústrias já ali estabelecidas e para os estrangeiros que já explorassem estabelecimentos de indústria na data da sua promulgação. Essas exceções eram inconstitucionais em face do art. 165 da própria Carta de 1937, e continuam a ser diante do § 1.º do art. 180 da atual Constituição.

Dizendo aquêle decreto estarem incluídos na faixa da fronteira os portos marítimos "existentes nessa faixa", é de se concluir as fronteiras a que êle se refere são sòmente as *terrestres* e não as *marítimas*, pois do contrário todos os portos estariam nela situados, de vez que não possui o Brasil mares interiores. Conseqüentemente, a extensão

de 150 quilômetros, para os portos marítimos, há de ser contada sôbre o litoral a partir do porto extremo dos limites nacionais ao norte e ao sul.

Resumindo: a única restrição imposta atualmente às emprêsas de mineração decorrerá de estarem localizadas na faixa de fronteira, não por serem emprêsas de mineração, e sim por serem indústria ali situada.

Fora dêsse caso, a lei ordinária não pode opor outras restrições à admissão de sócios estrangeiros nas emprêsas aludidas, pois, como ficou demonstrado, o texto constitucional vigente tem por fim exatamente atrair êsses capitais. Se o fizesse, antes que o Brasil não mais necessitasse dêles ou sem que graves exigências da defesa nacional assim aconselhassem, o legislador estaria contrariando e mesmo anulando o objetivo colimado pela Constituição.

O item quarto indaga se o acionista estrangeiro deve residir no Brasil.

A resposta a êste está contida na do item anterior. Além da restrição apontada, que decorre de estar a indústria situada em zona considerada essencial à defesa nacional, nenhuma outra a Constituição vigente consignou às emprêsas de mineração.

E a de residência do acionista estrangeiro no Brasil seria a menos plausível. Concedendo a exploração de minas, jazidas, etc., sòmente a emprêsas organizadas no Brasil, visou a Constituição assegurar a fiscalização dos seus serviços e operações sem possibilidade de atrito com potências estrangeiras.

Brasileira sendo a emprêsa, sujeita está integralmente e exclusivamente ao direito brasileiro, pouco importando a nacionalidade e o domicílio de seus associados. Em caso de emergência, o art. 146 acima citado arma o poder público de remédios eficazes.

Atrair capital estrangeiro não quer dizer atrair estrangeiros para o Brasil. O que se quer é a cooperação financeira, necessária na fase atual da nossa evolução. Se, para isso, fôsse exigida a residência, aquela cooperação seria escassa, quase nula mesmo. Estaria prejudicada a finalidade do preceito constitucional, sem que para isso ocorressem motivos ponderáveis.

Com efeito. Do ponto de vista da segurança nacional, uma vez que a Constituição permite a participação de estrangeiros nas referidas emprêsas, pouco importaria que êles residissem ou não no Brasil. A fiscalização, a regulamentação é exercida sôbre a emprêsa, como pessoa jurídica brasileira, sujeita às sanções da lei brasileira.

Do ponto de vista econômico, a exigência de domicílio no país visaria sòmente evitar a saída de dividendos. Não é certo que o evitasse; mais certo, sem dúvida, é que não viessem capitais estrangeiros.

A estas razões específicas juntam-se as já aduzidas anteriormente, e tudo leva à conclusão de que não é necessário que o acionista estrangeiro resida no Brasil.

ASPECTOS DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO ILEGÍTIMA

Efeitos do ato ou da sentença que declara a filiação com base na Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, em relação à herança deferida antes da sua vigência.

Sílvio Walace Duncan

Tem-se dito e redito que, face ao preceito contido no artigo 1.577 do Código Civil, não podem os filhos ilegítimos alcançar a herança dos pais, se aberta a sucessão antes da vigência da lei permissiva do reconhecimento, eis que "a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor". Os que assim pensam, e são maioria no Brasil, afirmam que a solução contrária importaria na postergação do direito adquirido pelos herdeiros existentes ao tempo da abertura da sucessão, com se admitir efeito retroativo à lei que faculta o reconhecimento da filiação. Será exata a assertiva?

A matéria resume-se a uma questão de direito, objeto de renhida controvérsia. No País, tem foros de clássica a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, proferida, em grau de recurso de embargos, no caso da menor Colombina, que suscitou encômios ou censuras de eminentes juristas pátrios, consoante o ponto de vista adotado por uns e outros. Antes, a controvérsia apaixonara jurisconsultos de tomo, em França, ao se aplicar a lei de 16 de novembro de 1916. Em três sucessivos arestos, a Côrte de Cassação de Paris decidia que os filhos naturais reconhecidos podiam concorrer à sucessão dos respectivos pais, embora deferida antes de vigorar aquela lei. Esta solução, no entender do Tribunal Gaulês, não importava em ofensa aos direitos adquiridos pelos herdeiros existentes à época da abertura da sucessão, inobstante haver em França dispositivo idêntico ao do art. 1.577 do nosso Código, com proclamar que a capacidade para suceder é regulada pela lei em vigor no dia em que a sucessão se abre.

Os argumentos expendidos pelos notáveis arestos serviram de guarida à decisão do caso Colombina (ver Crítica Judiciária, v. I ps. 334/356), proporcionando os votos antagônicos dos eminentes ministros Godofredo Cunha e Hermenegildo de Barros.

A discussão ainda desafia a ponderação dos juízes e juristas, porque se exorna de fundo moral de inocultável relêvo, e a lei é de ser entendida de harmonia com o pensamento ético do povo, cuja conduta ela regula.

A legislação, passo a passo, evolui no sentido de proteger os frutos de ligações irregulares.

Os filhos ilegítimos, que por preconceito claudicante e injusto, eram as únicas vítimas dos erros dos pais, vão conquistando, na sociedade, o lugar que a natureza lhes assina.

Em tempo não muito remoto, premiava-se o infrator da moralidade familiar, o adúltero, com uma irresponsabilidade chocante, desvinculando-se-o de qualquer obrigação para com a prole havida fora do matrimônio. Prestava-se homenagem à família provinda de justas núpcias, preservando-se de escândalos a sua honra, que um dos cônjuges não soubera prezar, levado pelos desregramentos do sexo. Só o filho gerado das relações pecaminosas pagava o mal de ter vindo ao mundo! Era tão odiosa a injustiça que contra ela investiu o pensamento jurídico-filosófico da idade moderna, com fundamento no direito natural e na moral do cristianismo.

No Brasil, a campanha produz resultado em 1917, com a faculdade de reconhecimento dos filhos naturais *in specie*. Depois, a Carta Constitucional de 1937 recomenda a igualdade dos filhos legítimos, legitimados e naturais. Em 1942, faculta-se ao filho de desquitados o reconhecimento da paternidade. E, alfim, pela Lei n. 883, de 1949, num passo decisivo, proclama-se aquêle direito a todos os filhos havidos fora do matrimônio, uma vez dissolvida a sociedade conjugal dos pais.

Sabemos todos que o ato, ou a sentença de reconhecimento da filiação só produz *efeitos declaratórios*.

Desvelada a filiação, retrotrái a *situação jurídica* do filho. Não ocorre a retroatividade da lei permissiva do reconhecimento, porque defesa, e a proibição foi erigida em cânon pela Constituição Federal de 1946, reatando-se a tradição jurídica nesse particular.

Os efeitos do reconhecimento é que são retro-operantes, quer seja êle voluntário quer judicial (art. 336 do Código Civil), e, por isso, adverte Maximiliano:

> "a sentença (e nós ajuntamos: o ato) não constitui o estado do filho; não tem efeito atributivo, porém declarativo: declara uma qualidade ou condição preexistente, tendo seu fundamento na própria natureza".

Em tal tema supomos não haver divergência; tenta-se, porém, iludi-lo com se afirmar que dos efeitos deve ser eliminado o referente à sucessão do pai, ou da mãe, se aberta quando o filho não tinha capacidade para ser reconhecido; isso, porque a capacidade de herdar é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão; e adiantam que, de outro modo, ir-se-á ferir o direito adquirido pelo herdeiro preexistente.

Data vênia, embora impressione, e venha arrimado à copiosa jurisprudência, o argumento é falho.

O efeito retro-operante *é do ato ou da setença* de reconhecimento, não da lei. A capacidade para herdar se funda, na hipótese, em a própria natureza, ou seja, na qualidade de filho, que a sentença ou o ato simplesmente declara.

A regra do artigo 1.577 do Código Civil diz ùnicamente respeito à ordem de vocação hereditária. Dessarte, não podia o cônjuge supérstite reclamar a herança do pré-morto se a sucessão ocorresse antes da lei que o preferiu aos colaterais.

O filho de qualquer espécie, sendo descendente, guardou sempre a sua posição na ordem hereditária. O reconhecimento, uma vez admitido por lei, não cria mas tão-sòmente manifesta a filiação, como o direito de recolher a herança paterna ou materna, pôsto que, na qualidade de descendente, seria êle o chamado à sucessão.

Já o Código Civil, estatuindo a respeito, dispunha que aquêle que vindicasse o reconhecimento da filiação, depois de dissolvido o matrimônio do pai, teria, na partilha, tratamento idêntico ao dos filhos legítimos ou legitimados, mas, se o reconhecimento ocorresse na constância do casamento, só à metade do que coubesse àquele teria direito o filho natural (art. 1.605 § 1.º). Pouco importa que o dispositivo tenha sido modificado.

A tese nêle exposta, com referência aos efeitos do reconhecimento, permanece de pé, mais viva que nunca.

A lei 883 mais não fêz que autorizar uma prova de relação de parentesco, existente desde a concepção, com os efeitos que dimanam de todo o ato declarativo.

O reconhecimento, repete-se, tão-sòmente certifica a existência da filiação, que era oculta se se tratava de prole espúria.

Mas, com o advento da Lei n. 883, todos os filhos havidos fora do matrimônio, depois dêste dissolvido, deixam de ser adulterinos, passando a naturais.

Assim entendeu o legislador ao dispor sôbre os filhos de desquitados, como se verifica da exposição de motivos do Dec.-Lei n. 4.737.

> "Atendendo à lei e ao pensamento do legislador, a jurisprudência passou a considerar simplesmente naturais os filhos de cônjuges desquitados, exigindo, porém, que tais

> filhos tenham sido concebidos após o desquite, ou, pelo menos, após a separação homologada por ato judicial. Não parece, entretanto, que haja motivo para a restrição. A jurisprudência citada declara que dissolvida a sociedade conjugal, pelo desquite, não há mais filhos adulterinos; ora, se está no desquite o motivo para tirar o carácter de adulterinidade à prole nascida fora do casamento, parece não se justificar que tal efeito se produza sòmente quanto aos filhos posteriores ao desquite. Em primeiro lugar, dissolvida a sociedade conjugal, o reconhecimento já não importa em injúria ao cônjuge desquitado. Em segundo lugar, a ampliação aos filhos anteriores está exatamente em consonância com os artigos supracitados da Constituição".

É preciso se atentar que, depois da dissolução do casamento, desaparecendo a adulterinidade, o reconhecimento há de surtir todos os efeitos, inclusive sucessórios, a menos que a herança tenha sido deferida a outros há mais de trinta anos.

O Dr. Wagner Barreira, advogado nos auditórios de Fortaleza, publica em "Direito", v. 57, correspondente aos meses de maio e junho de 1949, notável trabalho, para o qual chamamos a atenção dos estudiosos — porque, ao nosso sentir, responde às objeções dos que se colocam à ilharga do direito adquirido, para restringir os direitos dos filhos ilegítimos tocante à sucessão do pai, ou da mãe, quando aberta antes da lei facultativa do reconhecimento.

A lei que dispõe sôbre o estado das pessoas é de ordem pública e se aplica a quantos se encontrem na situação por ela regulada.

A de número 883, facultando o reconhecimento depois de dissolvida a sociedade conjugal do genitor, ou genitora, produz efeitos *ex-tunc,* dêsde a concepção do filho, sem a indicada restrição.

Regista o Dr. Wagner Barreira as vacilações do próprio Supremo Tribunal para, citando voto do doutíssimo Orozimbo Nonato, contrário à tese exposta, demonstrar o equívoco em que labora o grande juiz e os que lhe vão à esteira. Confessamos que também andáramos naquela trilha. Mas lícito será, por certo, a mudança de opinião, se nos convencemos de enganosos os conceitos e perspectivas que lhe servem de arrimo.

A mudança, nesse caso, vale por um reajustamento de balisas, que a meditação e o estudo comprovam imprestáveis à finalidade do instituto.

Nenhuma versatilidade, ou interêsse, impele-nos para o novo rumo.

A lei 883 deve ser interpretada teleològicamente, à luz da evolução política e social.

Nota-se ainda a preocupação de transigir com os preconceitos que falsearam, por tão largo tempo, a situação do filho gerado fora do casamento. O legislador não se libertou dêle, com denominar de *amparo social* a herança que atribui aos filhos, nas condições previstas pela lei 883, o que pode gerar confusões e criar situações falsas.

Cabe ao Judiciário alimpar a lei de dúvidas que contravenham a sua finalidade, com os olhos voltados para a advertência de Eurico Cimbali:

> "O direito sagrado à vida nos indivíduos humanos que nascem, e a obrigação igualmente sagrada, para os pais que o põem no mundo, de fornecer-lhes os meios necessários à vida não são, não podem ser duvidosos, tratando-se de dar uma alta e improrrogável satisfação às leis e à suprema necessidade da natureza".

REFORMA DO CÓDIGO COMERCIAL

Florêncio de Abreu

Plano do "Esbôço" para o anteprojeto. Correntes contrárias: código de obrigações, código de direito privado, o direito comercial como direito da emprêsa. Distribuição da matéria: os títulos de crédito, as sociedades, a conta de participação.

1. Coincide a comemoração do cinqüentenário da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul com a do centenário do Código Comercial brasileiro. Vem, assim, ao propósito abordar o tema atinente à reforma, ou, mais exatamente, *atualização* dêsse diploma legislativo, sem dúvida de todo conveniente, senão necessária.

Monumento de saber jurídico para o seu tempo, o Código Comercial há sofrido, durante êsse período de sua existência, inúmeras reformas parciais, que o têm reduzido a retalhos, em holocausto às exigências da evolução da ciência jurídica, especialmente no campo do direito comercial, em consonância com o ritmo acelerado do desenvolvimento dos fenômenos econômicos. Relativamente incólume, mas reclamando profunda reforma, encontra-se apenas a Parte II, concernente ao *direito marítimo*. A Parte III, sôbre as quebras, foi-lhe amputada e substituída por sucessivas leis especiais sôbre a falência. Desapareceu ainda o Título Único, em virtude dos supervenientes sistemas de organização judiciária. Na Parte I, foram revogados o Capítulo I do Título XIII, sôbre hipoteca, o Capítulo II do Título XV sôbre as sociedades anônimas, e o Título XVI sôbre as letras de câmbio, notas promissórias e créditos mercantis, além dos acréscimos e modificações a outros Títulos dessa Parte I. Como observa *Carvalho de Mendonça,* cada uma dessas novas leis sôbre matéria de comércio é golpe no Código, que foi "perdendo a unidade do seu conjunto e a harmonia de suas disposições".

Impondo-se destarte a atualização do Código Comercial, o eminente ministro Adroaldo M. da Costa dirigiu-se a institutos de cultura

jurídica e a especialistas, solicitando sugestões a fim de submetê-las à apreciação da douta comissão incumbida de elaborar o anteprojeto de Código Comercial. Foram as sugestões apresentadas em número insignificante; mas, tendo sido lembrada a conveniência da organização prévia de alguma coisa de concreto para servir de base à formulação de sugestões, alvitres, ou emendas, conferiu-nos o ministro êsse trabalho preparatório de coligir e reunir a grande massa de material esparso e distribuí-lo e agrupá-lo de conformidade com os respectivos institutos, formando-se, assim, um *esbôço* de código comercial.

Como explicamos em nota preliminar, no "Esbôço" foram coordenados para êsse fim, os dispositivos do *Projeto* do insigne INGLEZ DE SOUZA, do *Projeto* de 1927, elaborado pela ilustre comissão do Senado, e do *Substitutivo* do desembargador VIEIRA FERREIRA, atualizados mediante a consolidação das leis de carácter mercantil promulgados depois de 1930. Utilizámos ainda, no que fôsse oportuno adatar ao direito positivo brasileiro, o projeto de Código Comercial para a Itália, elaborado por uma comissão constituída de alguns dos mais notáveis especialistas italianos (Sraffa, Bolaffio, Bonelli, Scialoja, Rocco, Navarrini, Asquini e outros), presidida pelo grande VIVANTE, e ainda a "lei uniforme" de Genebra sôbre a cambial e o cheque, e o recente Código Civil italiano, que absorveu a maior parte da matéria, nìtidamente comercial, então regulada pelo *Códice di Comercio,* ora revogado. Projetam, assim, essas altas fontes, sôbre o "Esbôço", uma autoridade que falece ao seu obscuro organizador.

2. Divulgado o "Esbôço", várias correntes de opinião surgiram em tôrno da idéia da elaboração de um anteprojeto de código comercial. Dessas correntes destaca-se a que preconiza de preferência a promulgação de um "código de obrigações", a exemplo da Suiça, compreendendo as obrigações civis e comerciais; e, ao lado dêsse código, a promulgação do "estatuto" dos comerciantes ou das emprêsas mercantis, abrangendo o restante da matéria tradicionalmente considerada pertinente ao direito comercial.

Cumpre, porém, não perder de vista que o "Código Suiço de Obrigações" é o fruto de um movimento político, num dado momento histório do povo helvético. A Constituição suiça de 1848, que transformara em Estado federativo a antiga Confederação dos cantões, nada dispunha sôbre a unificação total, ou parcial, do direito privado; mas, desde 1798, os Conselhos da República preconizavam a idéia de uma legislação civil uniforme para todo o país. O surto considerável do seu comércio e da sua indústria, o desenvolvimento sempre crescente das relações e das permutas entre os cantões e dêstes com o exterior fizeram nascer a convicção de que a diversidade de leis (um inextricável dédalo de vinte e seis códigos, — na expressão de Rossel —, para reger a pequena população de 2.500.000 habitantes) era sobremodo prejudicial aos interêsses vitais do país. Entretanto, "os particularismos

locais, as rivalidades cantonais, as apreensões do povo ditadas pelo receio de mudanças, a indiferença suscitada pelo amor-próprio de certos cantões, que acreditavam possuir uma legislação superior àquela com que os ameaçam", eram poderosos fatôres que conspiravam contra a projetada centralização.

Teve, não obstante, o Conselho Nacional a esperança de conseguir a unificação, pelo menos, do direito das obrigações; e, convocados os cantões em conferência, acordaram afinal, não sem prolongados debates, na elaboração de uma lei geral sôbre a referida matéria. Preparado por Munzinger, em 1871, foi o projeto do Código de Obrigações convertido em lei dez anos depois e sòmente pôsto em vigor em 1.º de janeiro de 1883. Obteve-se assim, por óbvios motivos de ordem política, a união mais estreita entre as diversas partes do país união que, sem dúvida, a codificação federal realizaria; e, na observação da "Mensagem" dirigida pelo Conselho Federal à Assembléia Federal ao propósito do projeto de código civil, a promulgação do código unitário de obrigações seguiu a linha de menor resistência, por isso que não havia sensíveis divergências entre as leis dos cantões dotados de um direito de obrigações codificado.

Assim, sem um motivo político ou de utilidade prática, mas por simples razão de ordem técnica ou de doutrina, aliás controvertida, seria aconselhável romper agora a tradição brasileira e mutilar a obra de CLÓVIS? Em meio o labirinto de inúmeras leis dispersas, que tortura os próprios profissionais, o que se reclama e no momento se afigura pràticamente mais útil é sem dúvida dotar o país de uma codificação atualizada das leis comerciais, em substituição ao atual Código, quase inexistente.

3. Colimando a unificação do direito positivo das obrigações civis e comerciais, foi em 1941 elaborado por três eminentes civilistas, — OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES —, um anteprojeto de Código de obrigações, compreendendo apenas a parte geral. Trabalho de grande mérito, não se poderia afirmar, em tese, que seria êle de todo incompatível com o "Esbôço". Nas palavras preliminares com que procuramos justificar algumas divergências entre êste e os Projetos que lhe serviram de fonte, salientamos que as regras e disposições de direito civil, que regulam a capacidade, os contratos, as obrigações não são mero subsídio da lei comercial, mas *pressuposto* desta. Deixou, portanto, o "Esbôço" de parte neste ponto, o *Projeto* INGLEZ DE SOUZA, que abrange tôda a matéria que o Código Civil regulou, e pouco também colheu do *Projeto* do Senado, pois êste também insere copiosamente disposições de natureza civil, transcrevendo aliás, literalmente, grande número de artigos do Código Civil.

Não há negar que a parte geral da matéria atinente às obrigações forma um complexo de princípios aplicáveis aos dois campos de direito privado. De sorte que, pondo de lado os dispositivos que ambos os *Projetos* inserem na parte nuclear das obrigações, o "Esbôço" apenas insere o resíduo inevitável de quinze artigos, *signanter* sôbre a presunção de onerosidade e solidariedade das obrigações comerciais, sôbre a proibição do anatonismo, salvo acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos de contas correntes, sôbre a interpretação das cláusulas dos contratos mercantis e sôbre a prova dos livros dos comerciantes. Na parte especial restringe-se o "Esbôço" a regular os contratos tìpicamente mercantis, como o estimatório, o de fornecimento, a comissão, a expedição, os transportes terrestres, a conta corrente, os contratos bancários, o depósito nos armazéns e trapiches, a hospedagem e os espetáculos públicos. Dos chamados *híbridos,* como o mandato e a compra e venda de bens móveis, o "Esbôço" apenas atende às alterações que êsses contratos sofrem nas relações comerciais, especialmente no tocante à venda sôbre documentos, com pagamento contra documentos e com reserva de domínio e bem assim ao reporte. No sistema brasileiro o seguro é civil, exceto o marítimo e os que têm por objeto ato, coisa ou estabelecimento de comércio.

Além de eliminar o inconveniente de uma grande massa inútil de disposições paralelas num e noutro código, o "Esbôço" aproxima-se sensìvelmente da solução preconizada pelos prosélitos da unificação do direito das obrigações.

4. Uma outra corrente de opinião, e ao que parece de menor densidade entre nós, é a que prefere a unificação integral do direito privado. Já o grande TEIXEIRA DE FREITAS, como é amplamente sabido, considerava arbitrária a separação das leis comerciais das civis; e mais tarde, confiada pelo Govêrno Federal a INGLEZ DE SOUZA a elaboração de um projeto de código comercial, o ilustre jurista apresentava, em 1912, dois projetos, o de código comercial e um outro de emendas tendentes à transformá-lo em código de direito privado. O Senado Federal, porém, rejeitou o projeto de unificação, refletindo assim o pensamento jurídico brasileiro.

Essa corrente, porém, sente-se hoje sobremodo fortalecida com a promulgação do Código Civil italiano, que reúne em seu texto matérias de direito civil, de direito comercial e até do trabalho, sem que se possa bem estabelecer uma séria correspondência entre essa unificação material de conteudo e a sua organicidade ou unidade jurídica. Afirma-se, como diz o professor Ferrara Jr., e logo se presume que a supressão do código comercial foi devido a um verdadeiro "colpo di testa legislativo", efetuado por motivos de ordem política, e com a preocupação de imprimir a essa codificação uma *"impostazione nuova"*. Patenteia-se de um lado, a aversão pelas palavras *comércio* e *comerciante,* consideradas próprias da economia capitalista e, de outro lado, a exigência de pôr mormente em evidência o trabalho, tendo na devida conta a organização corporativa do regímen nacional fascista.

Um código único de direito privado, pretendendo a fusão das matérias de direito civil e de direito comercial é contrário à lei evolutiva no sentido da diferenciação, da especialização, para fazer coexistir num mesmo corpo de leis fenômenos tão diversos, como os de ordem familiar e sucessória e os de ordem comercial e industrial. E' frisante o exemplo que nos fornecem no momento os Estados Unidos, onde o Instituto Americano de Direito e a Conferência Nacional dos Comissários para leis uniformes nos Estados estão elaborando um código comercial uniforme, e pretendem depois organizar com o mesmo objetivo um código civil. E' propósito ainda daquelas entidades conseguir a uniformização do direito comercial mediante a adoção de um código único para as nações americanas. E não deixa de ser de muito interêsse essa uniformização do direito comercial, atenta a índole expansionista do comércio, e sòmente possível em relação a êsse ramo do direito privado, cujas tendências para a unidade e universalização constituem uma de suas características, em contraste com a índole territorial, conservadora e tradicionalista do direito civil.

5. Uma terceira corrente entende que a reforma do Código deve sistematizar a matéria de direito comercial como *direito da emprêsa*. A novidade foi na Itália desde 1926, sustentada por MOSSA, para quem o direito comercial é "a disciplina das organizações comerciais, o direito das emprêsas", em contraposição ao direito civil, "que deveria limitar-se a regular os atos não organizados pela emprêsa". E, em apoio da nova doutrina, FINZI observa que, não havendo verdadeiramente comércio onde falte a emprêsa, ou o respectivo estabelecimento, "o comércio não é sòmente o fenômeno das trocas, porém, antes, a organização para as trocas". O código que concretizasse na prática a doutrina em referência, teria a inestimável vantagem de evitar a insuperável dificuldade oriunda da classificação dos atos de comércio.

Trilhando o caminho indicado pela nova doutrina, o "Comitato Ministeriale" apresentava na Itália, em 1940, um projeto do código comercial para aquêle país, imprimindo ao direito comercial a estrutura de direito das emprêsas comerciais. O projeto, porém, não vingou. A codificação não poderia abranger tôdas as emprêsas, pois muitas existem que não são comerciais, resultando daí a necessidade de conceituar as de carácter mercantil. Essa conceituação, como já advertimos noutra oportunidade, só poderá ser objetiva e não se evitaria assim o escolho da definição ou enumeração dos atos de comércio. O novo Código Civil italiano, para distinguir as emprêsas comerciais, careceu de classificá-las objetivamente, segundo as suas atividades. Distribuiu-as por cinco classes ou categorias, segundo exercitem: 1) uma atividade industrial para a produção de bens ou de serviços; 2) uma atividade intermediária na circulação dos bens; 3.º) uma atividade de transporte por terra, água ou ar; 4.º) uma atividade bancária ou de seguros; 5.º) outras atividades auxiliares das precedentes. Foi êsse

o critério adotado pelo "Esbôço", que, todavia, desceu a algumas particularidades no intuito de bem esclarecer a aplicação prática da lei comercial.

Por outro lado, decorrem da organização das emprêsas (comerciais, ou não) importantes relações internas entre estas e os seus empregados ou prepostos, cuja disciplina escapa ao âmbito do direito comercial para incidir no do direito do trabalho, que, no sistema brasileiro, é objeto de legislação especial.

6. No tocante à distribuição da matéria no "Esbôço", taxou-se de "violência" a inserção dos títulos de crédito sob a rubrica das *coisas*, e embargou-se a inclusão das sociedades em conta de participação sob a das pessoas.

Cumpre desde logo frisar que foi em consonância com os *Projetos* brasileiros que os títulos de crédito ficaram subordinados ao Livro concernente às coisas. Aliás, como já tivemos a oportunidade de observar, êsses *Projetos* estão, neste ponto, dentro da orientação do nosso eminente CARVALHO DE MENDONÇA e do insigne VIVANTE, cujos tratados inserem tais títulos na parte concernente às *coisas*. Os *Projetos* e os autores citados, dentro da nova concepção jurídica dos títulos de crédito, colocam-se sem dúvida sob o ponto de vista segundo o qual o direito é tido como incorporado ao título e despersonalizado, considerado um bem, um valor, distinto da relação econômica de que se originou e "submetido, portanto, às regras da circulação dos bens móveis e não mais àquelas relativas à circulação dos direitos". Na expressão do ilustre ASCARELLI (Teoria Geral dos Títulos de Crédito) "a circulação dos títulos de crédito tem como objeto imediato o título (e não o direito nêle inscrito)", e acrescenta que é em conseqüência da aquisição do *direito real* sôbre o título que o portador adquire o direito nêle mencionado.

Os institutos jurídicos, embora muitas vêzes reagindo à orientação ditada pelo desenvolvimento e aspectos novos dos fenômenos econômicos e sociais, têm de seguir o curso dos acontecimentos e se vão a pouco e pouco transformando pela necessidade de adatar-se às novas exigências. Por essa mesma consideração, deu o "Esbôço" preferência aos referidos Projetos no subordinar, ao contrário do *Substitutivo*, as sociedades comerciais à rubrica das pessoas. Pôsto seja o contrato a fonte da sociedade, esta interessa sôbre tudo pelas relações externas. E' sob êsse aspecto dinâmico e não sob o contratual, que apenas lhe marca a origem, que a sociedade se afirma no mundo jurídico. E como elucidam CASATI e RUSSO (Diritto Civile Italiano), foi pela predominância das relações externas das sociedades que os autores da nova codificação na Itália a subtraíram do Título relativo aos contratos. Foram, porém, menos felizes em incluí-las no Livro V Del Lavoro,

pois, entre outras objeções, é de observar-se que a sociedade é genuína expressão de uma economia capitalista e o seu regímen não pôde ser reduzido, sem tortura, ao âmbito do sistema jurídico do trabalho. (BOLAFFI, La società semplice).

No que concerne ao instituto da conta de participação, a sua inclusão no Livro relativo às *pessoas* explica-se naturalmente pelo fato de considerar-se sociedade comercial. Nesse caso, o "Esbôço" nada mais fêz do que adotar a orientação, aliás plausível, dos *Projetos* e do *Substitutivo*. O dott. OSCAR CAROSELLI, que na sua monografia *L'associazone in participazione,* inscrevendo-se entre os que consideram a participação uma simples relação de crédito, reconhece todavia prevalecer a corrente doutrinária que sustenta ser a participação uma *sociedade*. A essa concepção aderem, na Itália, MARGHIERI, VIDARI e FAGGELLA. Para VIVANTE, a participação tem estreita analogia com a sociedade. E a citada monografia alista ainda um grande número de juristas alemães que também sustentam que a participação é sociedade, entre outros, FLECHTHEIM, SAENGER, STAUB e WIELAND, para sòmente citar os mais modernos. Na França, a lei de 24 de junho de 1921 acabou por consagrar essa doutrina; e BONNECARRIERE e LABORDE, — LACOSTE, justificando a solução da lei francesa opinam no sentido de que a participação é *veritable societé,* pois pressupõe as prestações em dinheiro ou *in natura* e a participação nos lucros e nas perdas. Quer, porém, seja ela sociedade, ou associação, com ou sem personalidade jurídica, não poderia deixar de subordinar-se necessàriamente ao Título referente às sociedades, pela natural atração da matéria, em virtude de sua correlação, ou conexidade.

O Código Civil italiano classifica-a com *associação* e a inclui, como as sociedades e ao lado destas, no *Livro del Lavoro*.

DO COMÉRCIO (*)

Hernani Estrella

1. Evolução. 2. Caracterização. 3. Fundamento racional. 4. Explicação científica. 5. Utilidade. 6. Conceito econômico. 7. Divisões e subdivisões. 8. Particularidades. 9. Condições existenciais.

---

1. — O estudo da marcha evolutiva do comércio assinala um dos aspectos mais atraentes da história da civilização humana. Indagar quando e onde irromperam as primeiras manifestações dessa atividade é problema que foge às cogitações do direito comercial. A êste interessa encará-la como produtora de certa ordem de relações, cujos efeitos define e regulamenta, na órbita jurídica. Mas, por que não seriam compreensíveis as suas prescrições sem o conhecimento da matéria que lhe serve de principal conteúdo, explica-se tratar do comércio quando se estuda a sua disciplina jurídica específica. E' segundo êsse método que o problema é pôsto nos livros e nos programas escolares. Por isso mesmo, não se vai para além da simples reafirmação de certa ordem de idéias, tomadas de empréstimo a outras disciplinas, às quais cabe estudá-lo sob prismas diversos. Assim, a *história do comércio* o descreve no tempo e no espaço, segundo as práticas seguidas entre os diversos povos (1); a *história da civilização* dêle se ocupa como expressão de cultura (2), ao passo que a *economia* examina-lhe a estrutura orgânica, diz das leis que lhe ditam o aparecimento e definem-lhe a função (3).

Mercê dos conhecimentos subministrados por estas disciplinas, se tem como averiguado que, já entre os povos da mais recuada antiguidade, era o comércio conhecido e praticado. As trocas *in natura,* for-

(*) Notas da primeira aula de Direito Comercial, professada no corrente ano letivo.
(1) *BONFANTE* — Storia del Commercio; *BOCCARDO* — Hist. del Com. *DAY* — Hist. del Com. *GEORG SCHMIDT* — Hist. do Comércio Mundial.
(2) *BALLESTEROS GAIBROIS* — Hist. de la Cultura, cap. XI.
(3) *WEBER* — Trat. de Economia Polit. v. II, cap. XIX; *VALENTI* — Scienza Economica, v. II, 67; *SCHWIEDLAND* — Economie Sociologique, v. I cap. XV.

ma primária do comércio, ainda hoje seguida por povos de cultura incipiente ou em decadência, teriam sido de prática freqüente já na era da pedra polida. Neste sentido depõem escritores de nota (4), trazendo à conferência vestígios de induvidosa significação.

Como é óbvio, a possibilidade de permutas pressupõe, embora em grau rudimentar, a idéia de propriedade, que se aperfeiçoa e expande à medida que aumenta o número de coisas apropriáveis. Êsse sentimento cresce e se diversifica em conseqüência do evolver civilizatório e também das diferentes condições dos vários grupos humanos.

Necessidades diversas e disponibilidades diferentes levaram os povos à adoção de novo processo de aquisição das utilidades. Já não é a simples apreensão no estado natural (5), ou a pilhagem pela fôrça (6) a forma pela qual os indivíduos logram obter aquilo de que carecem (5). Trocando entre si os sobejos de sua produção por quantidades eqüivalentes de bens de outra proveniência, atendiam a necessidades mais instantes e diversas. As trocas, a princípio realizadas diretamente entre produtor e consumidor, que eram, então, um e outro, tinham por objeto número limitado de coisas. De resto, nem podia ser de outro modo porque, no estágio coletor, os bens eram colhidos como a natureza os oferecia ao homem (7). Passando-se à fase da *economia produtora* (agricultura, criação e manufatura, rudimentar de utensílios e peças de vestuário), aumenta também a massa dos bens permutáveis. Por outro lado, as crescentes exigências, assim de quantidade, como de qualidade, determinadas pelo progredir da civilização, constituem poderoso estímulo ao aumento da produção. As trocas sucedem-se e multiplicam-se. Especializam-se os grupos e até mesmo povos, segundo as naturais aptidões de cada qual, as peculiaridades da região e muitas outras razões. Daqui, serem uns dados ao pastoreio, outros à agricultura; numa região prepondera a indústria da pesca; noutra predomina a mineração e a manufatura. A especialização leva a produzir mais e melhor e, com isso, alimentam-se, cada vez mais, as permutas. A produção deixa de ser de puro *consumo*, para sê-lo mais e mais de *escambo*. O consumidor, que já não é aquêle que produz, não se encontra vis a vis do produtor e com êste confundido. As trocas diretas vão se tornando difíceis, porque, não raro, falta perfeita coincidência dos interêsses de um com as necessidades de outro. Se àquele convinha desfazer-se do que possuía em excesso, em troca do que lhe faltava, êste, a seu turno, não tinha a espécie precisa, reclamada pelo primeiro. Nem mesmo bastava a diversidade de

(4) *D'AGUANO* — Evolucion del Derecho, n. 9; cf. *DECUGIS* — Les Etapes du Droit, v. I, pg. 22.
(5) A êsse estágio denomina-se *economia coletora* (Cf. *GRAS* — Introd. à Hist. Econômica, cap. I).
(6) Como lembra Georg Schmidt, a rapina e a violência constituíram meios normais para aquisição das utilidades (obr. cit. pg.
(7) Como justamente observa Valenti (obr. cit. n. 113) a falta de especialização não exclui as trocas, que são perfeitamente possíveis mesmo na fase da economia coletora, porque também, aí, podem ser diversas as disponibilidades e as necessidades de cada qual, relativamente a certos bens.

produtos, porque sôbre não coincidirem os desejos dos permutantes, sucedia, por vêzes, ser o bem física ou econômicamente indivisível, tornando assim, senão impossível, ao menos difícil a eqüivalência das recíprocas prestações (8). Instava encontrar um meio de remediar a isso. Um denominador comum, como medida de valor, viria fazer as vêzes de uma das coisas, objeto das trocas *in natura*, operando sensível modificação no mecanismo destas (9). E, como entre os povos pastôres, o gado — pecus — constituísse a moeda corrente (10), pecúnia vem a ser símbolo de dinheiro ou medida de valor (11).

2. — Desde que a prestação de um dos permutantes é considerada em função de sua prestabilidade para troca ulterior e não mais por sua aptidão para satisfazer as *necessidades individuais* do outro, as coisas são recebidas e avaliadas tendo em vista as exigências do *mercado*. Diferencia-se, destarte, a aquisição para *escambo* subseqüente da aquisição para *consumo*. No plano das riquezas, vem surgir um novo órgão, destinado a facilitar-lhes a circulação: é o *comércio*. Com recolhê-lo nas mãos do *produtor* e levá-las ao alcance do *consumidor*, desempenha função especìficamente *mediadora*, que lhe dá fisionomia própria e o distingue, histórica e orgânicamente, dos dois outros têrmos. Nessa função intromissora reside a maior prestança econômica do comércio, pois é por via dela que se efetiva a distribuição dos bens no tempo e no espaço, tornando assim mais fácil e pronta a oferta e a procura.

Històricamente, foi o deslocamento físico (passagem da coisa de um lugar para outro) reputado elemento essencial e caracterizante do comércio. Não se tinha, então, distinguido a circulação *material* da riqueza da circulação *econômica*, (12) aquela realizada pelo transporte, atividade auxiliar do comércio, esta por via do escambo (13).

Foi talvez por isso e também porque a noção de rès in comercio, foi outrora limitada aos objetos móveis, únicos suscetíveis de apropriação e conseqüente alienação (14) que, ainda hoje, para muitos autores e para diversos sistemas legislativos, a atividade mercantil está circunscrita às coisas móveis (15).

Como quer que seja, porém, não se deve perder de vista que a integrar a figura econômica do comércio estão elementos objetivo e subjetivo. Aquêle consiste no fato da aproximação entre produtor e consumidor; êste reside no escambo com a finalidade especulativa para o agente (16). Elemento é, êste último, que, pôsto não exclusivo do comércio, lhe é, contudo, essencial e, por isto, caracterizante.

(8) *PANTALEONI* — L'Origine del Baratto, pg. 16.
(9) *GUDIN* — Economia Monetária, cap. I.
(10) *FANTINI* — Politica Economica e Finanzia, ví III, pg. 5.
(11) *BOCCARDO* — Obr. cit. v. III, § I.
(12) *CARNELLUTTI* — Teoria Giuridica della Circulazioni, pg. 1.
(13) *BRUSCHETTINI* — Del Contratto di Transporte, n. 1.
(14) *D'AGUANO* — Obr. cit. pgs. 352 e segts.
(15) Cf. Cód. Com. bras. art. 191; Reg. 737, 850, art. 19.
(16) *BLASCO CONSTANS* — Derecho Mercantil, vl. I, pg. 43.

3. — Razões de intuitiva evidência explicam o aparecimento do comércio e o seu progressivo aperfeiçoamento. A natureza eminentemente social do homem e as necessidades sempre crescentes, em razão da inteligência e sensibilidade de que é dotado, induzem-no procurar sempre novos motivos de bem-estar. No alvorecer, teve ao pé de si quanto a natureza lhe podia dar; mas tão limitado era isso, que nem mesmo a própria subsistência podia ter assegurada. De outra parte, à medida que a civilização progredia, maiores e cada vez mais diversas eram as necessidades, cuja satisfação dificilmente lograria obter por si mesmo sem a cooperação de estranhos (17). Dessa contingência resultou o intercâmbio econômico, assim entre os indivíduos como entre os povos. A limitada capacidade produtora de uns e de outros, as ilimitadas necessidades humanas e a insuficiência da produção de cada país foram as causas determinantes do aparecimento do comércio (18).

Com a natural intuição de que cambiando o supérfluo pelo necessário, lograva obter aquilo que viria debelar suas necessidades, o homem entrou a produzir mais e melhor (19) para permutar o excedente. Pela repetição dessas permutas, a princípio dando-se coisa por coisa e, posteriormente, numa economia mais avançada, recebendo-se um valor intermediário (moeda), que abre um crédito indeterminado na pessoa, no objeto, no espaço e no tempo, contra o mercado (20), expande-se e desenvolve-se o comércio. Sua origem racional, como diz *BLASCO CONSTANS* (21), assenta na espontânea intuição de sua prestância para os indivíduos e para os povos. Daqui terem sido frustras tôdas as tentativas de supressão dêle. (23)

4. — Professou *CLOVIS BEVILÁQUA* (24) ser o comércio uma particular aplicação à vida social da grande lei de divisão do trabalho. E assim é, realmente, porque o comércio, de per si, já é uma atividade diferenciada no campo econômico.

Lei natural, tanto no mundo animal como no social, a divisão do trabalho, neste último, principalmente, assume grande relevância como fator de progresso. Foi isso registrado por escritores da antiguidade. Vale repetir palavra de Platão (25): "As coisas se fazem melhor e mais fàcilmente quando cada um faz aquilo para que é habilitado, desimpedido de outro cuidado qualquer". E, desde então, não cessaram os filósofos, sociólogos e economistas de repetir essa verdade.

ADAM SMITH ocupou-se de modo especial dessa lei, aplicada

(17) *GIDE* — Princip. d'Economia Politique.
(18) *CUNHA GONÇALVES* — Da Compra e Venda, n. 2.
(19) *SCHWIEDLAND* — Obr. cit. vl. I cap. XV.
(20) *BUDIN* — Obr. cit. pg. 28.
(21) Obr. cit. v. I, pgs. 48/49.
(23) Bem expressivo a respeito é o exemplo da Rússia Soviética, que se viu forçada a mitigar os exageros doutrinários, para tolerar, ainda que modestamente, o comércio privadistico. De resto, também o próprio Estado ali o exercita, interna e externamente.
(24) Legislação Comparada, 2.ª ed. n. 179.
(25) Republique, pg. 50.

particularmente à economia, dando como exemplo da produtividade dela a fabricação de alfinêtes. (26)

Tem sido justamente notado que já na economia doméstica, se verifica a divisão do trabalho entre os membros de uma mesma família. E, talvez como lei imposta pela natureza, aparece na diferenciação dos sexos.

Fácil é compreender, pois, como o comércio seja uma particular aplicação dêsse princípio. Requer êle, de feito, especial aptidão, que nem todos possuem. Sua crescente complexidade, seu tecnicismo, a larga dose de visão e sagacidade que requer dos que a êle se votam estão a revelar o grau de diferenciação a que chegou, máxime nos tempos de hoje.

Consoante especiais exigências do ramo que constitui seu escopo específico, o comércio apresenta novas especializações, que, a seu turno, são ainda outras tantas aplicações da nomeada lei.

5. — E' o comércio atividade da maior valia. Encarado sob o ângulo puramente sociológico, apresenta-se como fator decisivo de civilização, porque, sobrepondo-se aos preconceitos ideológicos ou nacionalistas, realiza o intercâmbio num plano em que desaparecem tôdas as diferenças de raças ou de sistemas de govêrno, pela só identificação dos interêsses convergentes. O comércio — notou *CUNHA GONÇALVES* (27) — forçou os povos a entenderem-se uns com os outros; abrandou a primitiva ferocidade; impulsionou as descobertas e as exploração dos continentes (28) e dos mares; criou novos usos e costumes; desenvolveu e fixou o direito; estimulou a produção e os meios de comunicação, aumentando a utilidade dos produtos e distribuindo-os melhor no tempo e no espaço; equiparou e tornou solidárias as indústrias agrícola e manufatora; estabeleceu as relações internacionais num pé de igualdade; diminuiu as guerras, sendo ainda hoje o maior obstáculo delas.

A troca, ainda hoje a operação típica do comércio (30), foi o marco inicial de nova era de civilização, eis que veio constituir novo e mais humano meio de aquisição dos bens, em contraste com a pilhagem e o latrocínio que haviam sido, em épocas anteriores, modos normais (31).

Com suprimir distâncias e superar dificuldades, o comércio produz notável economia de tempo e trabalho. Pense-se em que de dificuldades se antolhariam a cada qual, se tivesse de procurar, diretamente na fonte de produção, tudo aquilo de que carece. Disso quase ninguém se dá conta. Atente-se, porém, para esta arguta observação

(26) *WEBER* — Obr. cit. pgs. 11/12.
(27) Obr. cit. pg. 10.
(28) Basta refletir sôbre o poderoso auxílio que trouxe a êsses empreendimentos a finalidade comercial, que a êles se associou.
(30) *INGLÊS DE SOUZA* — Direito Comercial, n. 1.
(31) *GEORG SCHMIDT* — Obr. cit. pg. 5.

de proficiente economista ([32]): "A maior parte do tempo e da energia do homem ordinário se consomem na obtenção das coisas materiais que lhe proporcionam os meios de subsistência e de cultura. Estamos acostumados a considerar o agricultor e o fabricante como essencialmente encarregados de satisfazerem nossas necessidades materiais, mas bastará refletir um pouco para ver que o trabalho dessas duas classes nos seria de bem pouca utilidade sem a ajuda de uma terceira classe. Os alimentos, os vestuários, as ferramentas e outros artigos desejáveis que aquêles produzem só são valiosos quando vão parar nas mãos de alguém que os necessite e possa usá-los. Os artigos que todos nós consideramos como desejáveis, o fruto maduro do agricultor e o produto acabado do fabricante são utilidades em estado potencial; passam a ser utilidades reais sòmente quando são colocados onde se fazem necessários, e no momento em que fazem falta. O comerciante é o encarregado de distribuir na devida forma os artigos, tanto pelo que respeita ao lugar como ao tempo. Assim, ainda que o comerciante não transforme as coisas como o agricultor e o fabricante, na realidade, é tão produtor como êstes".

6. — Como acaba de ser visto, o comércio é um agente propulsor da circulação da riqueza e, como tal, é reputado órgão produtor dela. Não é, certamente, criador ex-novo ou transformador, mas, como já advertira *COSSA* ([33]), a rigor, o homem não cria matéria nova, apenas imprime novos movimentos, nova feição, dá novo destino a que labora e, com isso, cria *utilidade*. O comércio alcança também êsse resultado, com dar aos artigos uma maior valia, que se traduz na maior prestança dêles, pela oportunidade em que os coloca ao alcance daqueles para os quais são desejáveis. Nisto reside sua função produtora, entendida está na acepção econômico-política, ou, se se quiser, em sentido subjetivo.

Em verdade, já agora, não se põe mais em dúvida êste assêrto, assim enunciado por *WEBER* ([34]): "Com razão, aponta-se o comércio como o último membro da produção em sentido econômico-político, eis que em tal sentido não se faz mister a produção técnica de um bem, mas sim a superação da escassez de acôrdo com o princípio. Tão-sòmente o comércio faz dos bens produzidos uma mercadoria em tanto quanto os conduz ao mercado e ali os cede ao consumidor que, de acôrdo com as leis dêsse, os deseja mais intensamente. Por conseguinte, à produtividade do comércio não pode opor-se a menor objeção."

Estudando a ação do Estado em face do comércio, *FANTINI* ([35]) demarca-lhe a função e o define, ao escrever: "A função comercial tem grandíssima importância porque o comércio, sendo representado

(32) *CLIVE DAY* — História del Comércio, n. 1.
(33) Economia Sociale, pg. 52.
(34) Tratado de Economia Politica, v. II, pg. 215.

por aquelas atividades que conferem utilidade aos produtos, transferindo-os no espaço, é constituído de um vasto e complexo conjunto de operações intromissoras, que possibilitam o acesso dos produtos aos consumidores e aproximam êstes do produtor. Esta função é insubstituível; constituiu o anel de conjunção entre produtor e consumidor. A função intermediadora, de modo particular, desempenhada pelo comércio, é fundamental na vida econômica".

Diante disso, poder-se-ia, talvez, dizer ser o comércio aquêle complexo de atos de intromissão entre produtor e consumidor, inspirados pela miragem de ganho, que coadjuvam a circulação de riqueza, tornando mais fácil e pronta a oferta e procura dela.

7. — Consoante o ponto de vista por que seja encarado, o comércio é suscetível de divervas divisões e subdivisões. A mais geral delas atém-se à sua evolução no tempo e no espaço e, assim, o classifica em *local, regional* e *internacional*. Essa divisão, se por um lado convém à didática, por outro atende a imperativas exigências de regulamentação juridica. Com efeito, se o comércio é, antes de tudo, "um fenômeno típico da sociedade humana e, portanto, uma manifestação de atividade para melhorar, que deve ser entendida por cultura" ([36]), é óbvio que sòmente pudesse medrar na medida em que essa mesma sociedade evoluía. Vem daí por que a sua expansão geográfica estêve sempre condicionada a essa evolução geral da grande sociedade humana. Assim se explica, a tripartição dêle em comércio *local, regional* e *internacional*, de acôrdo com os diversos estágios que sua longa e laboriosa formação percorreu. É, porém, sob o aspecto jurídico que mais interessa essa divisão, da qual emergem importantíssimos efeitos. Realmente, com a formação dos diversos Estados independentes, cada qual sujeito à forma particular de govêrno e a sistemas jurídicos próprios, o problema da regulamentação do comércio precisou ser encarado em face de duas tendências, por assim dizer, opostas. E' que, se, de um lado cumpria não sufocar o espírito internacionalista que o anima, de outro instava não menosprezar justos melindres ou peculiares conveniências de tais ou quais soberanias estatais. Nesse sentido, foi mister conceituar como comércio internacional aquêle que, transpondo as lindes de uma Nação, vai alcançar o território de outra. Aqui, surge, então, o árduo problema da concorrência de normas legislativas, emanadas de autoridades diferentes e, não raro, entrando em conflito. Impõe-se harmonizá-los, tarefa reservada ao direito comercial internacional, com a ajuda dos tratados porventura concertados.

Por comércio *regional*, também denominado *interior, interno* ou *nacional*, é havido aquêle que se exercita dentro de um mesmo território, sob a égide de suas leis. Conforme a diversa divisão política ou ad-

(35) Politica Economica e Finanziaria, v. II, pgs. 129/130.
(36) *BALLESTEROS GAIBROIS* — Hist. de la Cultura, pg. 232.

ministrativa e também a sua maior ou menor extensão geográfica, sempre dentro do mesmo país, poderá ser *interestadual, estadual* e *municipal* (37).

Ainda sem perder de vista as conseqüências jurídicas daí advindas, subclassifica-se: a) quanto à via principal de trânsito das coisas, em *terrestre, náutico* e *aéreo;* b) relativamente ao tempo em que se realiza, comércio em tempo de *paz* e comércio em tempo de *guerra;* c) considerado em função do maior ou menor número das mercadorias (38), em *geral* ou *especial;* d) por seu conteúdo específico, em comércio de *coisas* (strico sensu), *serviços* e *riscos;* e) à vista do volume de suas operações, em comércio *em grosso,* também denominado *por maior* ou por *atacado,* e a *retalho* ou *varejo* (39); relativamente ao local, em que é exercido, denomina-se fixo, também, chamado *sedentário* ou *localizado* e *ambulante* (40).

8. — Já se disse que estas divisões e subdivisões têm um duplo alcance: servem à didática do direito comercial e a êste trazem valiosos subsídios para a mais adequada regulamentação da matéria. Daí vem que, conhecidos os particularismos de cada uma delas, tornar-se possível editar as correspondentes normas jurídicas. Assim é que, pela preliminar divisão do comércio em *exterior* e *interno,* delimita-se a eficácia da lei no espaço. Da contemplação das diversas vias de trânsito, mar, terra e ar, nasce a diferenciação das normas jurídicas correspondentes, ensejando a constituição de corpos de leis especializadas, que já adquiriram certa autonomia (41). Em consideração do tempo ou momento em que é praticado, tempo de *paz* ou de *guerra,* suscita problemas diversos, já quanto às restrições postas às coisas, já quanto às pessoas, aquelas e estas sujeitas à interdições diferentes (42). Visto pelo maior ou menor número das mercadorias de que é objeto, e por isto havido como *geral* ou *especial,* gera usos e costumes de aplicação generalizada ou particular. Encarado em função do volume das operações que o alimentam importa não confundir o por *atacado* ou de grosso trato, com o a *varejo* ou a *retalho.* Aquêle tem maior latitude, métodos próprios de conquista dos mercados, exige maiores cabedais e fica também exposto a maiores riscos. Êsse, menos aleatório e de influência mais limitada, por realizar-se no círculo estreito de rua ou bairro,

(37) *WALDEMAR FERREIRA* — Trat. Dir. Mercantil Brasileiro, v. I.
(38) *HECKSCHIER* — La Época Mercantilista, cap. III.
(39) Vem-lhe êsse qualificativo do uso da primitiva medida de comprimento — vara — quando ainda era desconhecido o sistema métrico decimal. (Cf. Heckschier — obr. cit. Waldemar Ferreira, idem, n. 13.
(40) Por ambulante há de entender-se não apenas o mascate, que conduz pequena quantidade de mercadoria, para oferecê-la de porta em porta, mas também, as grandes emprêsas de espetáculos públicos.
(41) Exemplo disso são, entre nós, os Códigos Comercial, (bipartido em terrestre e maritimo) e do Ar.
(42) Em relação às coisas, as que se tornam de comércio restringido ou proibido, por necessárias à economia interna, à segurança da nação, ou cujo tráfico viole as leis de neutralidade; — quanto às pessoas cumpre atender a óbvia distinção entre nacionais e súditos de países inimigos.

entre consumidores e, geralmente, operando a dinheiro de contado ou a prazo curto, semana, quinzena ou mês, não está, em regra, sujeito à pesada armadura daquele outro, que se desenvolve "entre comerciantes, conhecidores técnicos das particularidades de seu ramo de negócio", (43) e para os quais a lei impõe especiais deveres (44).

9. — Fenômeno assaz complexo, o comércio, para que possa subsistir, requer a concorrência de certas condições. A primeira delas é o reconhecimento da propriedade privada, com a conseqüente faculdade de livre disposição, da qual decorre a possibilidade das trocas. Vêm a seguir a liberdade de ação e a tutela legal. Uma propicia-lhe clima indispensável a expansão quantitativa e qualitativa, com deixar à iniciativa dos interessados a escolha do ramo ou modalidade que mais lhes convenha. Outra garante e protege, dentro de certos limites, as multifárias ações por que a atividade comercial se exterioriza.

E' pela consideração de ser o comércio lícito de interêsse social, como fator de riqueza pública, que o Estado, ora impõe limitações ditadas pelo bem comum, ora adota medidas tendentes a estimular-lhe o crescimento, no próprio país e para o estrangeiro.

Legítimas e justas são aquelas restrições que visam assegurar-lhe exercício regular e determinam às pessoas que a êle se dedicam profissionalmente, (comerciantes) o seguimento de conduta conforme à prudência e lealdade. Indevidas e prejudiciais são, ao revés, as que, a pretexto de coordenar ou dirigir a vida econômica, nesta interferem, obstando-lhe o natural funcionamento. Exemplo disso, entre nós, são os chamados Institutos do álcool, do açúcar, do café, do sal, do mate e tantos outros, que proliferaram no país, a partir de 1930. Estas organizações, tôdas pejadas de um exército de funcionários, com instalações custosas e agências derramadas pelos Estados, têm estatutos peculiares, que lhes atribuem personalidade jurídica e patrimônio próprio. Cada qual se propõe a zelar por êste ou aquêle setor da produção. Faz maravilha ler-se o vasto e fecundo programa a que se propõem. Chega a parecer que se tornará isso realidade. Mas, em passando do projeto à ação, tudo se transmuda! O mal que se pensou conjurar é agravado !

Com valorizarem-se artificialmente os preços, ou reduz-se o poder de compra do consumidor, o que o leva a restrições ou a procura de sucedâneos, ou estimula-se a concorrência de países, produtores eventuais, que acoroçoados pelo alto preço no mercado externo, a êste acodem, competindo com aquêle onde se fêz a valorização arbitrária.

(43) *WALDEMAR FERREIRA* — Obr. cit. n. 13.
(44) O uso da firma, matrícula, patentes e marcas, as formas associativas de subido grau (sociedades anônimas), a mantença de contabilidade complexa, a utilização de extensa gama de agentes auxiliares, a obrigatoriedade da emissão de títulos sôbre as operações que realizam (duplicatas) bem o distingeum.

No mercado internacional, aponta-se, como exemplo típico, em relação ao nosso país, a política de valorização do café. Enquanto éramos os principais fornecedores, pudemos impor o preço artificialmente estabelecido. A larga margem de lucro, que então ficava ao produtor nacional, induziu-o aumentar as áreas cultivadas, crescendo, assim, de ano para ano, a quantidade exportável. Essa miragem de lucro não haveria de ser sempre privilégio nosso e, por isso, aquelas regiões cujas condições climáticas eram favoráveis a semelhante cultura, (Venezuela, Colúmbia, América Central e Antilhas) entraram a fazer o mesmo. Dentro em pouco, estávamos com produção sobreexcedente às exigências normais de nosso consumo e sem mercado externo, para escoá-la, porque tínhamos sido superados por êsses novos concorrentes, que se aproveitaram da valorização. Resultado disso, foi a inversão de vultosa soma, retirada do erário público, para a aquisição e retenção dos "stoks" e, por fim, a queima criminosa de milhões de sacas de café.

Envolvido pela crise, que êle próprio suscitou, o govêrno, após já ter uma vez sacrificado a economia nacional, sacrificou-a, mais ainda, com mandar inutilizar lavouras e assumir as dívidas dos agricultores!... Se fôsse possível conhecer a cifra exata dêsses prejuízos, a simples leitura dos números nos deixaria estarrecidos!

E' por isso, que o professor *LUIS BUDIN* (45) resumiu as conseqüências dessa política neste incisivo juízo: "Escândalo devido, em definitivo, à intervenção, desastrada, do Estado no domínio da oferta com o fim de dirigir os preços".

Não menos censurável é a ação dessas organizações nos outros setores da produção. O encarecimento das utilidades deve-se, em grande parte, aos tais Institutos e órgãos análogos. E' que a manutenção dêles é feita às expensas da produção, sôbre que se fazem recair as cognominadas taxas. A par disso, a pesada burocracia, o regime do papelório, dos vistos, licenças e quejandas formalidades, a que se submete o trânsito e a circulação das mercadorias, entorpecem, entravam e dificultam a livre negociação delas. Gêneros pobres, como a erva-mate e a mandioca são gravados com taxas excessivas, a pretexto de melhoria do produto ou coisa que valha. Mas aos pseudos favorecidos não volvem jamais, porque tôda arrecadação é absorvida na mantença custosa de tais autarquias.

Sofrem, assim, o comércio, que tem seus movimentos tolhidos, sofrem, por fim, os consumidores, sôbre os quais, em última instância, recaem todos êsses ônus, fundidos nos preços das utilidades.

Eis por que exige o comércio liberdade de movimento e adequada tutela jurídica.

Fora, daí, tôdas restrições são indébitas e contraproducentes.

(45) Mand. d'Èconomie Politique, 5.ª ed. pgs. 282 e 283.

DEFESA DO EXECUTADO E DIREITO DE RETENÇÃO

Armando Dias de Azevedo

O Código de Processo Civil, decretado a 18 de setembro de 1939 (decreto-lei n.º 1.608), a par de oportunas reformas, de há muito reclamadas pela consciência jurídica nacional, introduziu, ao arrepio da tradição do direito pátrio, sem a preparação doutrinária imprescindível, infelizes inovações e lamentáveis erronias de técnica jurídica que exigem urgente revisão.

Já o legislador se viu obrigado, pelo decreto-lei n.º 4.565, de 11 de agôsto de 1942, a atender ao clamor geral, incorporando ao Código alterações e retificações.

Regula a matéria da execução por cousa certa, ou em espécie, o título IV do livro VIII.

Nêle encontramos, na redação primitiva, dois artigos que reputamos antinômicos o — 992 e o 996 —, o que levou os exegetas, à vista da regra de hermenêutica, que não admite se presumam contradições no legislador, a se esforçarem no sentido de os conciliar.

O artigo 992, conservado intato, assim estatui:

"A execução da sentença, que condene a entregar coisa certa, ou em espécie, começará pela citação do réu para, no prazo de dez dias, que correrá em cartório, fazer a entrega, ou alegar a defesa" (1).

O artigo 996, em sua primitiva redação, determinava:

"Se, dentro de cinco dias, o executado opuser embargos, o exeqüente não poderá receber a coisa sem prestar caução".

Pela correção do decreto-lei n.º 4.565, de 11 de agôsto de 1942, preceitua agora o mencionado artigo 996:

(1) O art. 955 do Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul (lei n.º 65, de 16 de janeiro de 1908), determinava:
"Se a execução tiver por fim a entrega de cousa certa ou em espécie, será citado o executado para em dez dias fazer a entrega dela".

"Se, no prazo legal, o executado opuser embargos, o exeqüente não poderá receber a coisa sem prestar caução" (2).

O § único do artigo 996 ficou intato:

"No caso de benfeitorias indenizáveis, feitas de boa fé pelo executado, ou pelo terceiro, de cuja posse fôr tirada a coisa, o exeqüente só a receberá se depositar o valor das benfeitorias arbitrado por perito".

Êsse dispositivo, em sua primitiva redação, era a tortura dos tratadistas e comentadores, que se dividiam, — o quanto pudemos apurar no estudo comparativo dos mesmos — pelo menos, em três correntes, tôdas elas visando conciliar aquêles dois dispositivos, em nossa opinião, incongruentes.

A primeira corrente opinava que havia duas espécies de prazos distintos.

A ela se filiava CARVALHO SANTOS, que, em sua edição de 1947 do *Código de Processo Civil Brasileiro Interpretado,* mas comentando ainda o texto do artigo 996, antes de sua reforma do ano de 1942, escrevia:

"Os comentadores do nosso Código de Processo procuram conciliar o artigo 992 com o que dispõe o artigo supra, da seguinte forma:

"— o prazo de dez dias, a que alude o artigo 992, é para que se apresente a defesa ou se deposite a cousa;

"— o prazo de cinco dias, a que se refere o texto supra, é pròpriamente para a oposição dos embargos, contando-se êle do dia em que se efetivar o depósito" (3).

De passagem, permita-se-nos ponderar que o artigo 992 não diz, como afirma CARVALHO SANTOS, que o prazo de dez dias "é para que se apresente a defesa ou se deposite a coisa", mas sim "para fazer a entrega, ou alegar a defesa".

Apesar dêsse êrro do comentador, façamos justiça à sua intenção de acertar, que o levou a sentir a precariedade de sua interpretação, tanto assim que, logo abaixo, acrescentou:

"Essa interpretação, não há dúvida, é engenhosa, sendo mesmo a única admissível se não se quiser, antes, vislumbrar flagrante contradição entre os dois dispositivos.

"Quer dizer: será de dez dias o prazo para a defesa consistente em justificar o não poder o devedor depositar a coisa, como, por exemplo, se ela pereceu no caso fortuito, etc.

(2) Na secção relativa aos embargos do executado, o Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 965, assim regulava:

"Nas execuções das ações reais, os embargos sòmente têm lugar dentro dos dez dias assinados para a entrega da cousa, mas seguro o juízo com dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas ou títulos e papéis de crédito eqüivalentes.

"Depositando o executado a cousa, deverá o seguro do juízo corresponder apenas à importância das custas".

(3) CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Brasileiro Interpretado,* vol. X, pg. 256.

"De cinco dias será o prazo para embargos, depois de depositada a coisa, porque cai na regra geral de que cogita o artigo 1008" (4).

Outra corrente, considerando que a única defesa eram os embargos do executado, exigia a oposição dos embargos nos cincos primeiros dias".

Assim, ensinava o eminente Prof. JOÃO BONUMÁ, catedrático de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul e Procurador Geral do Estado:

"A execução da sentença, que condene a entregar coisa certa, ou em espécie, começará pela citação do réu para, no prazo de 10 dias, que correrá em cartório, fazer a entrega, ou alegar defesa (Cód., art. 992). Essa defesa, que consistirá em embargos, sòmente poderá ser apresentada nos cinco primeiros dias do prazo, seguro o juízo, mediante o depósito da própria coisa sôbre que versar a execução (arts. 995 e 1009). Se o executado não entregar a coisa e deixar fluir o prazo sem opor embargos, ou se êstes forem julgados definitivamente improcedentes, expedir-se-á mandado para a imissão do exeqüente na posse dela, se se tratar de imóvel, ou mandado de busca e apreensão, se se tratar de móvel (art. 993). Mas, postos e recebidos os embargos, o exeqüente não poderá receber a coisa sem prestar caução (art. 996). Também não poderá recebê-la, quando o executado, ou terceiro em cujo poder estiver a coisa, tiver feito nela, de boa-fé, benfeitorias indispensáveis, sem depositar o valor das benfeitorias, arbitrado por perito (art. 996, § único)" (5).

O erudito mestre, para conciliar dispositivos, em nossa opinião tão incoerentes, à falta do elemento histórico da elaboração parlamentar, inexistente àquela época, chegava a reduzir o prazo para oposição dos embargos do executado.

A terceira corrente era categórica no considerar única *defesa* do executado os *embargos,* e, procurando, como as demais conciliar os dispositivos díspares dos arts. 992 e 996, fazia influir o tempo nos direitos do exeqüente e do executado, embora criticasse o que reputava rompimento com a tradição do direito brasileiro.

Assim, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (edição da REVISTA FORENSE), o Desembargador AMÍLCAR DE CASTRO, ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, escreveu:

"De falar o art. 992 em *defesa* no prazo de *dez dias,* e o art. 996 se referir a *embargos do executado* dentro de *cinco dias,* não se deve supor que na técnica dêsses dois artigos defesa e embargos sejam coisas diversas" (6).

(4) CARVALHO SANTOS, obra e vol. cits., pg. 256 (edição de 1947).

(5) JOÃO BONUMÁ, *Direito Processual Civil,* vol. III, n.º 415, pgs. 224-225.

(6) AMÍLCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. X, n.º 406, pgs. 360-361.

E, mais adiante:

"De tal sorte, no art. 996, tem-se o tempo a influir nos direitos do exeqüente e do executado: se os embargos forem opostos nos primeiros cinco dias do decêndio, o exeqüente não poderá receber a coisa sem prestar caução de restituição e às perdas e danos, se fôr móvel, ou aos frutos sòmente, se fôr imóvel. E se os embargos forem opostos nos últimos cinco dias do decêndio, o exeqüente poderá receber a coisa sem prestar caução. A distinção, que não parece necessária, nunca foi do nosso direito.

"No caso de benfeitorias indenizáveis, feitas de boa fé pelo executado, ou pelo terceiro de cuja posse fôr tirada a coisa, para receber esta, o exeqüente deve depositar o valor das benfeitorias que fôr arbitrado por perito" (7).

Mais além, acrescenta:

"Pode, entretanto, o depósito ser apenas da diferença entre a quantia em que foram arbitradas as benfeitorias e o valor dos frutos e danos que já tiverem sido liquidados, devidos pelo executado" (8).

Era o caso de, então, em face de tal dissídio de interpretações, se dizer: *Grammatici certant...*

E, como as dúvidas se avolumavam sôbre o alcance do dispositivo, tão profunda a discrepância dos doutos na exegese do texto legal, que o legislador modificou o art. 996, restabelecendo a tradição do direito pátrio, pela substituição de "dentro de cinco dias" por "no prazo legal", unificando, assim, os prazos e cortando cerce qualquer dúvida que pudesse subsistir sôbre a identidade, em tema de execuções, entre *defesa* (art. 992) e embargos (art. 996).

Por isso, DE PLÁCIDO E SILVA, tomando conhecimento da modificação, escreveu novos comentários, nos seguintes têrmos, na 3.ª edição de seu volume V de *Comentários ao Código de Processo Civil*:

"O art. 996, consoante já anotámos, era redigido, originàriamente, de forma diferente. Em princípio, aludia ao *prazo de cinco dias*, havendo essa redação sido modificada pelo art. 45 do decreto-lei 4.565, de 1942, que a substituiu pela *no prazo legal*.

"Nas execuções por quantia certa, para as quais é aplicável a norma instituída pelo art. 996, o prazo para embargar correu sempre junto com o prazo para entregar a coisa, ou para alegar defesa, que pode ser lìcitamente deduzida por via de embargos.

"Por essa razão, o prazo legal referido no art. 996 é precisamente o que se estabelece no art. 992, pelo qual se assegura ao executado o poder de opor-se à pretensão do exeqüente, se lhe assistem direitos para essa oposição.

(7) AMÍLCAR DE CASTRO, o. c., vol. X, n.º 406-407, pg. 361.
(8) AMÍLCAR DE CASTRO, o. c., vol. X, n.º 407, pg. 362.

"Assim, o prazo legal fixado no art. 996 é o mesmo prazo de dez dias assinados para a defesa, conforme se expressa no art. 992" (9).

Com relação à hipótese de benfeitorias indenizáveis, a que alude o § único do art. 996, merece meditada a magnífica lição que, no mesmo volume, duas páginas além, nos dá DE PLÁCIDO E SILVA:

"Conforme se infere do § único do art. 996, o que aliás é de regra geralmente aceita, o devedor se encontra com o direito de embargar o cumprimento da obrigação, tanto como a entrega da coisa, se tem a reclamar benfeitorias promovidas em benefício do credor ou despesas feitas à sua conta.

"No caso em espécie, isto é, na execução para entrega de coisa certa, não cabe ao executado nem ao terceiro retê-la, como se institui no art. 1012, a pretexto de benfeitorias. E' obrigatório o depósito dela, para dedução dos embargos, em que se aleguem benfeitorias indenizáveis.

"Neste particular, são precisos os têrmos do art. 995. Os embargos por benfeitorias indenizáveis são admitidos depois que a coisa foi entregue em juízo, para o devido depósito, desde que essa espécie não se pode furtar à exigência imposta para o recebimento dos embargos, pelo executado, ou pelo terceiro.

"E êles se mostram direito certo do executado, como do terceiro adquirente, em poder de quem a coisa se encontrava, para haver do exeqüente o valor das benfeitorias indenizáveis, e feitas de boa fé.

"*Benfeitorias indenizáveis* se entendem, assim, as que se fizerem em benefício da coisa, evidenciadas por sua necessidade. Serão despesas úteis, que fundamentam a sua indenização, não despesas voluptuárias, cuja promoção não encontraria justificativas.

"Mas, além de comprovadas e justificadas, as benfeitorias indenizáveis terão seu valor arbitrado por perito designado pelo juiz.

"E procedente o pedido, não poderá o exeqüente levantar a coisa para que ingresse em sua posse e domínio, sem que deposite, por seu turno, o valor dessas benfeitorias.

"E' mais uma restrição ao direito do exeqüente a respeito do levantamento da coisa depositada. Desde, porém, que paga o valor arbitrado, livra-se do encargo, e pode pedir que se lhe entregue a coisa" (10).

Portanto, não pode o executado usar, de modo absoluto, do direito de retenção previsto no art. 516 do Código Civil, mas sim, caso se configure a hipótese neste regulada, *depois de seguro o juízo*, pode, *por via de embargos*, formular *o pedido de retenção por benfeitorias*, como ensina DE PLÁCIDO E SILVA:

(9) DE PLÁCIDO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, n.º 2612, pg. 1957, 3.ª edição.
(10) DE PLÁCIDO E SILVA, o. c., vol. V, n.º 2614, pg. 1959, 3.ª edição.

"... além dos embargos que lhe são facultados como matéria de defesa no art. 1010, pode ainda opor embargos por benfeitorias" (11).

O mesmo DE PLÁCIDO E SILVA é decisivo, quando acrescenta, mais adiante:

"Convém assinalar, ainda, que *o pedido de indenização por benfeitorias,* mesmo que se formule no estilo de embargos, *não libera o executado do depósito prévio da coisa, que dever restituir ou entregar*" (12).

O que deve, por conseguinte, fazer o executado é depositar o objeto do litígio e formular seus embargos de tôda a matéria porventura cabível, inclusive benfeitorias, pois o art. 995 do Código de Processo Civil assim o ordena:

"Os embargos do executado, ou do terceiro, não serão admitidos sem estar prèviamente seguro o juízo, mediante o depósito da coisa sôbre que correr a execução".

E' essa também a lição do Prof. ENRICO TULLIO LIEBMAN, catedrático da Universidade de Pávia, profundo conhecedor de nossa processualística:

"Depois de seguro o juízo e no prazo mencionado de dez dias, o executado, poderá opor embargos (arts. 995 e 996 do Código de Processo Civil), nos quais poderá alegar a matéria indicada no art. 1010 do Código de Processo Civil e a retenção por benfeitorias (art. 1012). Em caso de benfeitorias, o exeqüente só receberá a coisa depositando-lhe o valor, arbitrado por perito (art. 996, § único)" (13).

E' certo que o Prof. JORGE AMERICANO, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, comentando o art. 995 do Código de Processo Civil, diz que podem "ser discutidos independente de caução ou fiança à restituição dela os embargos de retenção por benfeitorias" (14), mas tal afirmativa vem desacompanhada de qualquer argumentação, quanto mais de amparo em texto legal. E' uma distinção que o ilustre mestre faz, sem que a lei a faça. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

E' certo também que CARVALHO SANTOS sustenta que, em caso de embargos por benfeitorias, não cabe a exigência de segurança do juízo, porquê, em seu entender, "eqüivaleria a tornar ilusório o direito de retenção, assegurado na lei civil".

(11) DE PLÁCIDO E SILVA, o. c., vol. V, n.º 2668, pg. 1999.
(12) DE PLÁCIDO E SILVA, o. c., vol. V, n.º 2669, pgs. 1999-2000.
(13) ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Processo das execuções,* n.º 95, pgs. 331-332.
(14) JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil,* vol. IV, pg. 349.

Não tem, porém, razão o tão citado comentador, pois, como vimos acima, nas lições de DE PLÁCIDO E SILVA e de TULLIO LIEBMAN, o executado, depois de segurar o juízo, é que pode pedir a retenção por benfeitorias.

Aliás, o bom senso está a indicar que seria perigoso permitir o direito de retenção com a simples alegação de benfeitorias, sem prévia segurança do juízo, porque poderia levar o executado a abusar de tal direito, prolongando sua retenção do objeto do litígio. Bastaria que o executado fizesse qualquer absurda alegação de benfeitorias, que só poderia vir a ser destruída pela prova produzida, mas, enquanto o executado usasse e abusasse de todos os recursos do Código — apelação, agravo, embargos de nulidade e infringentes do julgado, embargos declaratórios e, mesmo, os de efeito meramente devolutivo, como revista e recurso extraordinário — estaria o vencedor da ação privado da posse da cousa, continuando esta em poder do vencido.

O eminente Desembargador LOPES DA COSTA, luzeiro do Tribunal de Justiça do Estado de Minas, em seu *Direito Processual Civil Brasileiro,* vol. IV, n.º 101, pg. 72, após ensinar que, na execução, "tais defesas devem ser articuladas como preliminar de outra matéria, mas sob forma de embargos, embora, quando a natureza do processo o exija, se obedeça depois ao processo especial das exceções processuais, como sucederá com a de suspeição por exemplo", acrescenta:

"O processo executivo deve ser, tanto quanto possível, rápido. A falta de voluntária satisfação do julgado, de um modo geral, já constitui um ato ilícito. E' principalmente na execução que o devedor, em desespêro de causa, vale-se da malícia, "numa conduta tergiversatória, natural nesse período judiciário, para êle tão doloroso e nefasto" (*Mortara — Comm.* V/118).

"As objeções e as exceções que no juízo da execução podem ser levantadas deduzir-se-ão tôdas elas no juízo da "oposição" (os nossos embargos), não devendo permitir-se que, rejeitado um motivo, um outro venha depois ser alegado. Não fica ao arbítrio da parte protrair indefinidamente o processo executivo, a que a lei imprime tôda a celeridade, na medida em que não prejudique a defesa do devedor" (*Ricci — Comm.* III/61)".

O direito de retenção está, pois, sujeito a reconhecimento prévio, pela sentença exeqüenda, de existência de benfeitorias, ou, ao menos, essa alegação de benfeitorias deve vir, desde logo, acompanhada e amparada por alguma prova. Nessa hipótese, sim, pode o executado, segurando o juízo, pedir a retenção por benfeitorias, a teor do art. 1012, combinado com o § único do art. 996, ambos do Código de Processo Civil. E tanto isso é verdade que o § único do art. 996 prevê justamente a entrega ao exeqüente, exigindo, porém, dêste o depósito do

valor das mesmas, arbitrado por perito judicial. Ora, para que tal se dê, é preciso que exista prova delas e de seu valor.

Prova delas existirá, por exemplo, quando a sentença exeqüenda já as reconheça como feitas pelo executado, ou, como na hipótese, apontada por DE PLÁCIDO E SILVA, de benfeitorias pelo inquilino, "se tivesse havido expresso consentimento do proprietário com prova incontinenti" (15).

Absurdo seria, pois, admitir tal discussão, quando a sentença exeqüenda não falasse em benfeitorias, quando nunca tivessem elas sido objeto de debate, nem, quiçá, de simples alusão, como, por exemplo, na hipótese de, na ação principal, ter limitado o réu sua defesa à alegação de usucapião.

Portanto, não havendo, na sentença exeqüenda, nada que se refira a benfeitorias, não poderá o executado, nos embargos, fazendo mera alegação das mesmas, desacompanhada de qualquer prova, pedir o direito de retenção, o qual, aliás, está subordinado à prévia segurança do juízo.

O Prof. ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, em sua magistral monografia sôbre *O Direito de Retenção*, na qual fêz u'a magnífica construção jurídica relativa a êsse tão difícil e pouco estudado instituto do direito privado, enquadrando-o, em certos casos, como direito real, considera normas fundamentais para a teoria geral do direito de retenção as contidas nos artigos 516 e 873 do Código Civil, por êle assim explanadas:

"Dispõe o primeiro que todo o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias ou úteis, podendo, pelo valor delas, exercer o direito de retenção. Prescreve o segundo, com generalidade, ao tratar das obrigações de restituir coisa certa, que, se a coisa tiver melhoramento ou aumento em conseqüência de trabalho ou dispêndio do devedor, vigorará o disposto no artigo 516" (16).

Passa então a apontar os casos em que o direito de retenção é expressamente garantido no Código Civil, sob determinadas condições, isto é, ao credor pignoratício (arts. 772, alínea 2.ª, e 773), ao depositário (art. 1279 e § único), no caso de depósito necessário (arts. 1282 e 1283), ao mandatário (art. 1315), ao marido (art. 260), ao locatário (art. 1199), ao possuidor de má-fé (art. 517) (17).

Enumera em seguida os casos no campo do direito mercantil: Cod. Com., arts. 96, 97, 116, 117, 156, 189, 190, 216, 632; dec. n.º

(15) DE PLÁCIDO E SILVA, o. c ,vol. V. n.º 2669, pg. 1999.
(16) ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, *O Direito de Retenção*, n.º 102, pgs. 164-165.
No direito precodificado, o fundamento do direito de retenção por benfeitorias era o disposto na Ord. Lº 4, tit. 54, § 1.º: "E se o que recebeu a cousa emprestada, alugada ou arrendada, fêz nela algumas despesas necessárias, ou proveitosas, poderá reter em si a dita cousa, até que lhe seja paga a despesa, que nela fêz''.
(17) ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, o c., n.º 102, pgs. 165-166.

1102, de 21 de novembro de 1903, art. 14; Nova Consolidação das Leis das Alfândegas, de 1894, art. 239; lei n.º 1746, de 13 de outubro de 1869, art. 1.º, § 12; dec. n.º 19473, de 10 de dezembro de 1930, art. 2.º, n.º VII, *in fine,* modificado pelo dec. n.º 19754, de 18 de março de 1931, art. 1.º; dec. n.º 21081, de 19 de outubro de 1932, art. 40; decreto n.º 5746, de 9 de dezembro de 1929 (lei de falências), arts. 92, n.º II, e 93, §§ 1.º e 3.º (18).

Quanto à observação de CARVALHO SANTOS de que "eqüivaleria a tornar ilusório o direito de retenção assegurado na lei civil" o exigir prévia segurança do juízo, opomos a consideração de que o Código de Processo Civil inovou algo em matéria de retenção.

O Prof. ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, em sua citada monografia, escrevera:

"Advirta-se, de início, que o juíz não tem poder de *atribuir direito de retenção* a quem quer que seja; cabe-lhe apenas *declarar* se a *retenção exercida* é justa ou injusta, legal ou ilegal" (19).

Assim ensinava o eminente mestre, em face da lei substantiva e dos Códigos processuais então vigentes.

No entanto, o Código de Processo Civil, em 1939, inovou na matéria pelo preceito do art. 1012.

Mesmo que se considere de direito material e não formal, ainda assim, válida é a reforma da lei substantiva, porque o legislador tinha, constitucionalmente, competência para tanto, embora passível de censura por defeito de técnica jurídica. Daí, a verdadeira invasão que o Código de Processo Civil operou em várias matérias de Direito Civil, *verbi gratia,* consagrando expressamente, no art. 552, o fideicomisso por ato *inter vivos,* até então objeto de viva controvérsia (20), e regulando prescrição (art. 166, §§ 2.º e 3.º), Registro Torrens (art. 457), sub-rogação de bens inalienáveis (art. 629), frutos de bens inalienáveis (art. 943, n.º 1), procurações judiciais (arts. 107 e 108), criando anticrese judicial (art. 982, § 2.º), etc., principalmente quando se entrosam preceitos de carácter formal com os de natureza material.

O art. 1012 do Código de Processo Civil regulamentou o art. 516 do Código Civil e, eliminando qualquer incerteza, disciplinou o exercício do direito de retenção, quando já ajuizada a execução duma ação real, subordinando-o à exigência de *pedido,* por parte do executado,

(18) Releva observar que, como já tivemos ocasião de acentuar a propósito de outro tema (JUSTIÇA, vol. XXVII, pg. 808), a atual lei de falências (decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945), adotando o sistema de sòmente coordenar "a matéria própria da falência com as disposições das leis civis e comerciais e das leis especiais (exposição de motivos, *ut* DIÁRIO OFICIAL, de 31 de julho de 1945, suplemento, pg. 15), apenas se refere ao direito de retenção no art. 102, § 2.º, n.º III.
(19) ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, o. c., n.º 162, pg. 288.
(20) ARMANDO DIAS DE AZEVEDO, *Do fideicomisso,* n.ºs 62-77, pgs. 46-59.

de retenção por benfeitorias ([21]), pedido êsse que deve ser exercido por via de embargos (arts. 992 e 996), mas só depois de seguro o juizo (art. 995).

Êsse exercício do direito de retenção — repetimos — só será admissível com prova preexistente, por exemplo, quando a própria sentença exeqüenda já reconheça a existência de benfeitorias do vencido, a par de sua boa fé, ou quando, em escrito firmado pelo exeqüente, tivesse sido o executado autorizado a realizá-las, etc.

Talvez causem estranheza nossas considerações sôbre o alcance do disposto no art. 996 do Código de Processo Civil, depois de corrigido, mas reputamos inteiramente oportunas, em face de correrem mundo comentários a textos modificados pelo decreto-lei n.º 4.565, portanto, textos legais revogados, de que se valem, por vêzes, advogados inadvertidos de tais alterações tão profundas, e, em certos casos, fundamentais, estabelecidas por leis extravagantes posteriores, àquela época, de tão fácil e abundante produção e, não raro, de tão difícil interpretação.

(21) Dissertando sôbre a exceção e as relações com os direitos de impugnação em geral, ensina o eminente Prof. EDUARDO J. COUTURE, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideo:

"Assim, por exemplo, a compensação, o direito de retenção, a *exceptio inadimpleti contractu*, configuram outras tantas situações nas quais o réu poderia propor contra o autor uma ação autônoma. Tendo êle a faculdade de propor ou não essa ação, e não podendo o juíz dar andamento, de ofício, a uma ação dessa natureza, é lógico sustentar que essas mesmas situações, quando utilizadas como exceções, sòmente poderiam ser invocadas por petição da parte" (EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, n.º 27, pg. 65).

A respeito da natureza do direito de retenção assim escreve COVIELLO:

"La verdad es que el derecho de retención no es ni real ni personal; no es siquiera um derecho, sino simplemente un medio de tutela de un derecho de credito, una excepción dilatoria; lo cual se comprueba por su derivación histórica de la *exceptio doli generalis*, y por su funcionamento práctico" (COVIELLO, *Doctrina general del Derecho*, n.º 166, pg. 557).

O DIREITO INDUSTRIAL NA VIDA E NA OBRA DE RUY BARBOSA

Dario de Bittencourt

I — Preâmbulo. — II. Direito Industrial — emancipação do Direito Mercantil; conceito e campo de aplicação. — III. A Constituição do Império (1824) e a tutela ao privilégio dos inventores. — IV. O Código Criminal e a lei de 28 de agôsto de 1830. — V. O Código Comercial de 1850. — VI. Omissão legal de normas protetoras das marcas de indústria. — VII. A contrafação da marca "Rapé Arêa Preta", na Baía, e o trabalho do jovem advogado Ruy Barbosa, no fôro e na imprensa. — VIII. A atuação do deputado Ruy Barbosa: a) votos em contrário à concessão de privilégios; b) contra o privilégio para fabricação do sulfureto de carbono (1880); c) parecer e redação final do projeto de reforma da lei sôbre os privilégios de invenção (1880). — IX. Desenho industrial e arte aplicada (1882). — X. A elaboração do Código Civil e a Propriedade Industrial. — XI. A crítica de Ruy Barbosa. — XII. As cessões de clientela e um pleito sôbre concorrência desleal. (1911/1913). — XIII. Preconício ruyano (conclusão).

— I —

1. Felicíssima, incontestàvelmente, a resolução há tempos tomada pela douta Congregação da FACULDADE DE DIREITO DE PÔRTO ALEGRE, no sentido de, na semana consagrada às comemorações pelo centenário do nascimento de Ruy Barbosa, realizar cada professor, perante a própria classe, uma dissertação versando os aspectos da obra do insigne brasileiro e que tivessem correlação com a respectiva disciplina.

Cabe-nos, assim, pôr em evidência "O DIREITO INDUSTRIAL NA VIDA E NA OBRA DE RUY BARBOSA" — constituindo a contribuição, por certo mofina, da Docência, às referidas comemorações.

2. E' de dizer, antes de mais nada, das dificuldades desalentadoras, mortificantes, em obter materiais e respigar documentação, indispensáveis à elaboração do escôrço, dada a pobreza de nossas bibliotecas acêrca de trabalhos de Ruy, bastando dizer que, por suprir essa deficiência, só bater às portas nos restou de particulares — especialmente do Prof. Dr. Ney Cabral, eminente filólogo e que, com ser professor exímio de nossa Faculdade de Medicina, é também, em verdade (talqualmente o jovem jurista Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto, cujas indicações foram preciosas), "catedrático em Ruy Barbosa", de vez que, há mais de quatro decênios, carinhosamente, recolhendo vem, e conservando, classificando e catalogando, quanto se disse ou se escreveu sôbre o autor da "Réplica", tendo, ainda, há meses, brindado a todos com um percuciente ensaio sôbre *"Ruy e a Medicina"* (1).

Cumpre-nos, finalmente, solicitar benevolência para êste ensaio, asseverando, como justificativa, que — independentemente da carência de documentação com que nos debatemos, tivemos ainda de lutar com a crise de tempo, mui pouco dêle sobrando para a feitura do pequeno trabalho — que, por isto mesmo, ficará sob a tutela de conhecida parêmia: "a pressa é inimiga da perfeição"...

— II —

3. Cronològicamente considerado, o Direito Industrial, até o século 19, nada mais era que um suplemento do Direito Comercial, mêro capítulo dessa disciplina jurídica (2).

Com o progresso geral, logrou um surto inesperado, vindo, assim, muito cedo, a emancipar-se da tutela do Direito Mercantil, passando a constituir disciplina autônoma no quadro das relações jurídicas, em que peze o ponto de vista de Carvalho de Mendonça — que o considerava, apenas, um "vasto território do Direito Comercial" (3), conceito êsse pelo emérito tratadista esposado em época distante, quando mui pouco havia, a respeito, entre nós, inobstante o progresso já por êle alcançado na legislação peregrina.

4. Prova melhor de sua emancipação, têmo-la na própria seriação das disciplinas do curso jurídico, concedendo-lhe autonomia do Direito Mercantil, se bem que, como irmão siamês, para jungi-lo ao Direito do Trabalho (4); inoportuno não será, por outro lado, referir que, mesmo no Brasil, existe ponderável movimento doutrinário, objetivando conseguir a cisão dessas duas disciplinas.

5. De qualquer forma, poder-se-á conceituar o Direito Industrial — servindo-nos só da prata de casa e deixando de lado tratadistas de tomo alienígenas — como

> "— um complexo de normas que tem por objetivo a proteção à propriedade industrial e suas decorrências; isso, apreciando êsse ramo de direito sob um aspecto estritamente jurídico. Ao encararmos o Direito Industrial ainda sob o ponto de vista econômico, sua finalidade não se restringe ao que já foi objeto de conceituação — tem por objetivo, ainda, as relações de ordem sócio-econômica que dizem respeito à produção das riquezas e do capital industrial" (5).

6. A propriedade industrial abrange o estudo sistemático do estabelecimento industrial e seus elementos, ou, melhor, do patrimônio industrial e seus elementos (6), assim discriminados pelo Prof. Irineu Machado, em suas preleções:

— as invenções industriais,
— os modelos de utilidade,
— os desenhos e modelos industriais,
— as marcas de indústria e de comércio,
— o nome industrial e o nome comercial e
— a repressão à concorrência desleal (7).

Mais amplo, entretanto, é o discrime do vigente Código da Propriedade Industrial, baixado a 27 de agôsto de 1945, com o decreto-lei n.º 7.903, e que, aliás, já sofreu várias alterações:

Art.º 3.º — A proteção da propriedade industrial se efetua mediante:

a) — a concessão de PRIVILÉGIO de:
— patentes de invenção,
— modelos de utilidade,
— desenhos ou modelos industriais,
— variedades novas de plantas;
b) — a concessão de REGISTROS de:
— marcas de indústria e de comércio
— nomes comerciais,
— títulos de estabelecimentos, insígnias comerciais ou (profissionais,
— expressões ou sinais de propaganda,
— recompensas industriais;
c) — as INDICAÇÕES DE PROVENIÊNCIA;
d) — a REPRESSÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL (8).

7. Esclarecido, assim, liminarmente, o campo de aplicação do Direito Industrial, tempo é de incursionarmos pela vida e pela obra de Ruy Barbosa, buscando apreciar como ter-se-ia comportado frente aos problemas, já em sua mocidade atuais, da proteção à propriedade industrial; a exemplo dos mergulhadores que, em certas privilegiadas regiões do globo, penetram até ao fundo do mar, à cata de pérolas, poder-vos-emos assegurar que, desta aventura, também nós haveremos de trazer-vos algumas...

— III —

8. Ruy Barbosa viu a luz do dia na cidade do Salvador da Baía, aos 4 de novembro de 1849, precisamente há um século. Estuda direito — primeiro em Recife, depois em São Paulo e, com a idade de vinte e um anos, "em 29 de outubro de 1870, meio convalescente ainda de uma recaída da doença que tivera em Recife, cola grau e embarca" (9) para sua cidade natal.

Vigorava, então, a Constituição Imperial, promulgada em 1824, a qual, entre as garantias individuais relativas à propriedade, assegurava, aos inventores, o direito sôbre suas produções, consistente em um privilégio exclusivo temporário ou no ressarcimento da perda que houvessem de sofrer pela vulgarização (art.º 179, n.º XXVI) (10); entretanto, aquela Carta Magna "não cogitava, ainda, das marcas de fábrica e de comércio, nem de outras garantias e prerrogativas industriais" (11).

9. No elenco das matérias do curso jurídico daqueles tempos, o Direito Comercial constituía a segunda cadeira do terceiro ano (12) e, ali, ensêjo havia para o respectivo docente prelecionar sôbre problemas que, mais tarde, viriam a ter desenvolvimento e constituir, autônomamente, o Direito Industrial.

De qualquer modo, havia amparo constitucional, à época, para a propriedade industrial; era-o, contudo, precaríssimo.

— IV —

10. A 16 de dezembro de 1830, D. Pedro I.º mandou executar o Código Criminal do Império do Brasil, elaborado pela Assembléia Geral. Em sua parte terceira, abordando os crimes particulares, cogitava, apenas — entre os contra a propriedade — do furto, a bancarrota, o estelionato e outros, mais o dano, e, entre os crimes contra a pessoa e contra a propriedade, o roubo e sua tentativa, o arrombamento, o furto feito por aquêle que se fingir empregado público e autorizado para tomar a propriedade alheia, assim como, finalmente, o abuso do poder dos empregados públicos nesses delitos (13).

Como é de ver, o Código Criminal não classificava, nem punia como crimes, os atentados contra a propriedade industrial; o mesmo ocorreu com as diversas leis penais posteriores (14).

11. Se é verdade que a Constituição Imperial reconhecia a propriedade das invenções, contudo, desconhecia as marcas de fábrica e de comércio, assim como outras garantias e prerrogativas industriais (15); por outro lado, faltava a indicação da forma para tornar efetiva a proteção dos inventores.

Foi aí que, a 28 de agôsto de 1830, promulgou-se uma lei, composta de 12 artigos, regulando a concessão dos privégios e os direitos dêles decorrentes (16), posteriormente esclarecida por decretos, avisos e instruções.

— V —

12. O Código Comercial do Império do Brasil (Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850), também não cogitou das marcas de indústria e de comércio, mau grado constituísse, indisfarçàvelmente, um grande avanço para a legislação nacional e se tivesse abeberado em adiantadas fontes estrangeiras.

Outro tanto ocorria quanto ao nome comercial.

13. Segundo Alfredo Russell, — "nem o Código Comercial ministrava uma noção do que era a marca de indústria e de comércio, nem o Código Criminal, nem as leis posteriormente a êle publicadas capitulavam os delitos de que fôsse objeto a propriedade da marca industrial. Aplicavam os legistas e magistrados diversas disposições vigentes, para reprimir atos que assumiram certa notoriedade" (17).

— VI —

14. Evidentemente, a omissão legal de normas protetoras das marcas de indústria e de comércio, ensejou a que negociantes inescrupulosos, pelo país afora, buscassem tirar partido da situação, fraudando antigas e reputadas marcas, nacionais e estrangeiras.

Saindo-lhes no encalço os prejudicados, geralmente não logravam a melhor, eis que os embaraços de ordem policial e processual os atormentavam — precisamente por isto que inexistiam preceitos assegurando proteção às marcas de indústria, quer sob o ângulo do Direito Criminal, quer em face do Direito Comercial.

Essa situação irregular deu motivo a que Ruy Barbosa, quatro anos após sua formatura e já advogando na capital da então província da Baía, tivesse intervenção no primeiro processo de vulto levado ao conhecimento de juízes e tribunais brasileiros, versando sôbre Direito Industrial.

15. A firma Meuron & Cia., constituída por negociantes estabelecidos na praça da Baía, possuía uma fábrica de rapé, conhecida pela designação — "Arêa Preta" —, produto reputado e de grande procura; isto deu margem a que concorrentes nada rétos procurassem imitar a marca. Constou, assim, a Meuron & Cia., quer pelo teste-

munho de pessoas idôneas, quer por indícios muito significativos (como a diminuição inexplicável manifestada no consumo do produto) (18), a existência, naquela praça, de um rapé originário de outro estabelecimento, "mas que se inculcava com envoltórios, marcas, firma, estampa, sêlo e avisos iguais" aos da sua fábrica, visando, assim, "iludir completamente a boa fé dos compradores desprevenidos".

Assessorando a firma prejudicada, Ruy Barbosa fêz com que o gerente dela fôsse (19), então, ao juízo criminal da Baía, em data de 16 de abril de 1874, narrando o que se passava e informando procederem, antes, a pesquisas longas e escrupulosas, vindo a descobrir e verificar a realidade do crime que estavam cometendo os concorrentes contra a razão social requerente, assim como contra o próprio público. Praticavam o delito José Eduardo Mendes, Emiliano Moreira de Carvalho e Silva, Manoel Moreira de Carvalho e Silva, todos sócios da firma Moreira & Cia., proprietários também de uma outra fábrica de rapé, bem como Carlos Eduardo Gantois e Jorge Rodrigues dos Santos, empregados dessa firma.

16. A petição inicial da queixa, inserta integralmente em *O Direito*" (20), narrava existir grande cópia do artigo falsificado, não só nessa fábrica de rapé de Moreira & Cia., como em outras casas comerciais, quer da capital baiana, quer de sua redondeza e até mesmo do interior, informando que fôra pleiteada e obtida da autoridade policial permissão para realizar busca e apreensões, que tinham resultado frutíferas.

Como a legislação imperial, até então, omissa fôsse a respeito, silenciando as leis criminais e mercantis sôbre as correspondentes figuras delituosas, procurou a firma prejudicada enquadrar o crime no art. 167 do Código Criminal de 1830, segundo o qual era delito fabricar papel falso e usá-lo como se fôsse verdadeiro, sabendo que o não era, tudo em detrimento do querelante, por consistir a falsidade na imitação dos envoltórios com que os queixosos assinalavam os produtos de sua casa, e no uso fraudulento dos envoltórios falsificados, em botes de rapé fabricados no estabelecimento dos mesmos queixosos.

17. Oito dias depois, foi a queixa aditada pelo promotor público interino e, quase um mês após, ingressaram em juízo os querelados com a sua defesa (21), alegando, inicialmente, ser "a primeira vez que neste país é trazido perante a Justiça criminal um fato da ordem dêsse", e subscrevendo-a um grande advogado — Antônio Euzèbio Gonçalves de Almeida, aliás primo de Ruy.

O inesperado, porém, aconteceu: o promotor público efetivo reassumiu o pôsto e, melhor examinando o caso, pediu a despronúncia dos contrafatôres, "alegando ausência de criminalidade e a própria nulidade do processo, decorrente da falta de poderes especiais do signatário da queixa, que era simples agente comercial de Meuron & cia". (22).

A intervenção do Ministério Público, naquele processo, tornava-se francamente contrária à pretensão dos constituintes de Ruy.

O juiz Francisco Liberato de Matos, porém, a 27 de junho de 1874, pronunciou aos réus (23), que apelaram para o Tribunal de Relação da Baía, vindo suas razões de recurso publicadas, na íntegra, na aludida revista *"O Direito"* (24) — onde, preliminarmente, suscitaram de novo a questão da nulidade substancial do processado, "pela ilegitimidade da parte que veio a juízo; assim mesmo o entendeu a segunda instância, em acórdão de 28 de julho do mesmo ano de 1874, dando, pois, pela nulidade do processo — "pela ilegitimidade de sua iniciação, pelo vício do sumário que o tornava imprestável, se já não o fôsse pela falta de base, visto como, nem o Código Criminal, nem nenhuma outra lei, qualificou de delito o fato em que assentou o processo" (25).

Foi a primeira derrota forense de Ruy Barbosa (26).

18. Mas Ruy, que assessorara a Meuron & Cia., não se limitara, apenas, ao trabalho forense: foi, ainda, o autor de tudo quanto publicara o "Diário da Bahia" sôbre êsse processo, em interessantíssima polêmica de quinze artigos, com um certo "Justus" que, pelas colunas do "Correio da Bahia" tomara a defesa dos sócios de Moreira & Cia.

Nessa atividade forense, produziu Ruy longos arrazoados, — publicados, depois, em opúsculo, sob o título de — "Crime contra a Propriedade Industrial" (27), sustentando a existência de um nítido plagiato, no delito de contrafação de marca de fábrica.

19. Segundo RUBEM NOGUEIRA, a favor do ponto de vista esposado por Ruy Barbosa, havia, nos autos, nada menos de quatro pareceres, firmados por notáveis jurisconsultos daquela época: os conselheiros Antonio Pereira Rebouças, Afonso Celso, Antonio Joaquim Ribas e dr. Thomaz Alves Junior, autor de uns comentários ao Código Criminal do Império (28); o patrono "ex-adverso", primo de Ruy, também obteve pareceres jurídicos, sustentando a tese oposta, firmados pelos juristas conselheiro Zacarias de Góes e Vasconcelos e dr. Franklin Doria.

O pai de Ruy, conta-se (29), ficara escandalizado com o fato da derrota do filho, em quem confiança incondicional depositava, não se conformando com o laconismo do acórdão da Relação baiana, onde pontificava inimigo pessoal seu e cujo juiz relator, ademais, era compadre de um dos co-réus... Maior fôra a decepção do pai de Ruy, por sempre ter taxado de "vadio" ao seu sobrinho e patrono adverso de Ruy...

O dr. João Barbosa, pai de Ruy, como médico que era, certamente não tinha obrigação de saber e, por isto, desconhecia esta norma salutar, que abria o nosso vetusto Código Criminal do Império do Brasil, datado de 16 de dezembro de 1830: "Não haverá crime ou delito (palavras sinônimas neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique." (30). Assim, à falta de um preceito legal anterior, consi-

derando crime a contrafação de marca de indústria, lògicamente, jurìdicamente, outra não poderia ter sido a decisão dos juízes da Relação da Baía; o contrário, seria o império da retroatividade, sempre repugnante.

Dói, — mas é a verdade.

20. O jovem advogado, por todo êsse trabalho, por todo o esfôrço despendido — no fôro e na imprensa — em prol dos interêsses de Meuron & Cia., percebeu os honorários de quatro contos de réis, ou, em moeda atual, quatro mil cruzeiros, "a maior quantia que, até ali, tivera nas mãos. O fato se espalhou. A soma era avultada para a época. Zelando pelos direitos da profissão — narra seu genro Baptista Pereira (31) — aludindo aos trabalhos gratuitos que lhe são contingentes, escreveu êle um trecho sôbre a dignidade da remuneração e a justiça de ser taxada pela importância do pleito e situação econômica do cliente". Essa página de Ruy consta das razões de Meuron & Cia., tendo sido transplantada, como legítima página de antologia, para sua "Coletânea Literária" (32).

21. Tendo perdido a questão no pretório, inconformados, Meuron & Cia., ante a injustiça legal (se é possível dizer-se) de que estavam sendo vítimas, tomaram outra iniciativa: — representaram, com outros interessados, ao Poder Legislativo, pedindo editasse normas "contra a fraude que ameaçava aniquilar a indústria na Baía, usurpando, por meio de emblemas e invólucros falsificados ou contrafeitos, a propriedade do nome e do crédito de fábricas antigas, e contra a qual se confessam impotentes os tribunais repressivos, por entenderem que a espécie de que se trata escapou à previdência do legislador" (33). Ouvida a Comissão de Justiça Criminal, a respeito, apresentou ela parecer justificativo do projeto, depois convertido, com modificações ligeiras, na Lei n.º 2.682, de 23 de outubro de 1875 (34).

Vislumbra-se, assim, que, graças, por certo, à indefessa atuação de Ruy Barbosa, ingressaram nos elencos legislativos brasileiros as normas reconhecendo, a qualquer industrial ou comerciante, o direito de assinalar os produtos de sua indústria ou do seu comércio, com marcas que os tornassem distintos dos de outra procedência (35).

Foi êste, sem dúvida, um grande passo à frente, em prol do nosso incipiente Direito Industrial.

22. Tôda obra humana, porém, está indelèvelmente eivada de imperfeição; segundo refere Alfredo Russell, a execução da lei de 1875 pusera em relêvo as suas falhas.

Por isto, na sessão de 18 de outubro de 1882, ofereceu o deputado Almeida e Oliveira um projeto modificando a lei em alguns pontos. Ao mesmo tempo (prossegue Alfredo Russell), as conferências internacionais de Paris, em 1883, para a proteção da propriedade industrial, despertaram para o assunto a atenção governamental, tendo sido, por aviso de 6 de fevereiro de 1884, incumbidas as secções dos negócios do Interior e Justiça do Conselho do Estado, de redigirem

o regulamento da lei de 1875, "que foi, aliás, sàbiamente organizado pelas duas secções reunidas, tendo como relator Afonso Celso (Visconde de Ouro Prêto) (36).

— VIII —

23. Desde mui cedo enamorado pela vida política, Ruy, pelas suas qualidades excepcionais, estava fadado a ingressar no Parlamento precocemente. Foi, assim, eleito deputado geral para as legislaturas de 1873-1880 e 1881-1884; depois dêste ano, foi derrotado em tôdas as eleições gerais a que concorreu. Explica-se isto: "sua posição de abolicionista, agravada por diversas outras circunstâncias, custara-lhe a cadeira de deputado" (37).

A atuação de Ruy Barbosa, como deputado, foi das mais brilhantes, tendo oportunidade de demonstrar, já aí, uma cultura assombrosa, para sua pouca idade, sabendo-se que entrou para a Câmara apenas com 24 anos.

24. Não estão, ainda, por infelicidade, publicados os volumes completos das obras de Ruy, referentes aos seus discursos e trabalhos parlamentares; isto impossibilita, como é óbvio, uma pesquisa completa, a fim de pôr em relêvo a sua atividade tribunícia, endereçada ao campo do Direto Industrial.

Sabe-se, porém, que, sistemàticamente, sempre votou contra a concessão de privilégios de fabricação.

25. No ano de 1880, por exemplo, nas sessões de 18 e 19 de agôsto, teve oportunidade de combater o privilégio para a fabricação do sulfureto de carbono, que se pretendeu conceder, pelo espaço de dez anos, ao conselheiro Guilherme Schüch de Capanema, mais tarde Barão de Capanema. Era um dos expoentes da ciência brasileira e fôra o introdutor, aqui, do famoso formicida que tinha o nome "Capanema", fazendo montar duas fábricas, respectivamente, no Rio e na Baía, para o seu fabrico. (38).

Endereçou, naquele ano, uma petição à câmara, solicitando do poder legislativo o respectivo privilégio, obtendo parecer favorável da Comissão de Comércio, Indústria e Artes, que propôs à aprovação da casa um projeto; iniciada a discussão do mesmo, no mês de agôsto, prosseguiam os debates, com animação, eis quando intervém, nas sessões dos dias atrás referidos, o deputado Ruy Barbosa, para combater o projeto e seus substitutivos, pugnando pelo princípio da liberdade de indústria, tendo, ainda, ocasião de examinar as conseqüências da vetusta lei de 28 de agôsto de 1830.

Atacando o privilégio, alçou a flâmula da livre concorrência no setor industrial, infletindo pelo terreno da química e da agronomia, demonstrando grandes conhecimentos a respeito de tais assuntos.

Ruy, como não poderia deixar de ser, votou contra a aprovação do infeliz projeto (39).

26. Traçando a "evolução histórica da propriedade industrial no Brasil", refere-nos João da Gama Cerqueira que "a lei sôbre privilégios de invenção" — que datava de 1830 — vigorara, "quase sem aplicação, durante mais de 50 anos" e, por "atrasada e imperfeita, estava, por isto mesmo, a exigir completa reforma, que a pusesse de acôrdo com o desenvolvimento que as indústrias começavam a assumir no país" (40).

A iniciativa da reforma partiu do ministro da Agricultura de então, conselheiro Buarque de Macedo, que, em 26 de agôsto de 1880, apresentou ao Parlamento um projeto de lei, regulando a concessão dos privilégios (41).

27. Era Ruy, então, deputado federal e, com seu colega Rodolfo Dantas, integrando a Comissão de Redação, lhe coube redigir parecer a respeito, apresentado à sessão de 9 de dezembro e aprovado a 17, juntamente com a redação final do projeto que, a seguir, encaminhado ao Senado (42), foi convertido em lei.

O projeto tinha o n.º 104, de 1880; o parecer veio a lume no "Diário Oficial" de 10 de dezembro e, na edição da fôlha, do dia 28, págs. 4/5, apareceu a notícia de sua conversão em lei.

— IX —

28. Não só as marcas industriais e os privilégios de invenção absorveram as atenções de Ruy Barbosa; tempo houve, também, para se preocupar com os problemas do "DESENHO INDUSTRIAL E ARTE APLICADA".

Em seu famoso discurso, pronunciado, com a idade de 33 anos, aos 23 de novembro de 1882, no "Liceu de Artes e Ofícios", no Rio de Janeiro, teve Ruy oportunidade de tecer um hino ao desenho industrial, discorrendo proficientemente sôbre a "arte aplicada, como elemento essencial a todos os produtos da indústria humana" (43).

29. Narrou, então, que, na exposição de Londres, em 1851, fôra a Inglaterra altiva derrotada: e, indagava êle, o que derrotara a Inglaterra? e respondia êle próprio: "um *nada,* uma causa extravagante, frívola, pueril aos olhos da gente prática e sábia como nós: o desleixo do ensino do desenho. O govêrno viu-o; o govêrno criou-o; o govêrno proclamou-o; o govêrno estabeleceu que, para a reabilitação da potestade ferida de Albion, só havia um meio: uma reforma radical do ensino do desenho em tôdas as escolas" (44). A reação foi feita e, já em 1862, onze anos após, em nova exposição, as indústrias britânicas estavam disputando a primazia à França e, na montra de 1867, até Napoleão III se alarmou.

30. Sôbre a arte aplicada, assim disserta Ruy: — "Eis a arte que hoje celebramos aqui: aquela que dignifica as necessidades mais habituais da nossa passagem pela terra; que irradia sôbre todos os momentos da nossa vida; que se dedica à felicidade da maioria dos homens: a arte aplicada... Certo não serei eu quem conteste o princípio da unidade superior da arte. Entre a arte aliada à cultura industrial e as belas artes, não há distinção substancial, não há divisória insuperável, não há heterogeneidade. Nem a Grécia, nem Roma, nem a Renascença conheceram essa demarcação. Fídias reflete-se nos artefatos do último oleiro ateniense, como nas colunas do Partenão, na face augusta de Zeus, ou na dignidade inexprimível de Athene. "Pertence à indústria, ou à arte, Lourenço Ghiberti, o fundidor de bronze, Benvenuto Celini, o ourives, Bernardo Pallissy, o oleiro, Pénicaud, o esmaltador, Pinagrier, o vidreiro, Boule, o ebanista?" A indústria, nos nossos dias, utiliza, nas suas mais finas criações, o gênio e a habilidade artística no mais elevado grau. Entre êsses dois domínios, que se discriminam simplesmente por uma gradação de matizes, há uma dependência indissolúvel: não é possível aparelhar o artista para as artes industriais, "sem aproximá-lo, até certo ponto, da vereda que conduz à grande arte."

"Na essência, pois, as belas-artes e as artes industriais são duas naturezas homogêneas e homorgânicas. Todavia, não se lhes confundem os papéis. Uma olha a efeitos superiores: é o fim de si mesma; paira independente nas regiões do ideal. A outra tende a esparzir o belo nos hábitos mais freqüentes da existência humana. Uma não se entrega, senão a uma família necessàriamente mais ou menos limitada de espíritos distintos; a outra não se recusa a ninguém..." (45).

31. Prosseguindo, preconizava a transformação do Brasil — de nação agrícola, em nação industrial: "falece-nos o oiro, a prata, o ferro, o estanho, o bronze, o mármore, a argila, a madeira, a borracha, as fibras têxteis? Seguramente, não. Que é, pois, que nos mingúa? Unicamente a educação especial, que nos habilite a não pagarmos, ao estrangeiro, o tributo enorme da mão de obra, e, sobretudo, a mão de obra artística..." (46).

32. Ruy, entendendo que a solução do problema, conseguintemente, seria "criar a educação industrial" (47), concluiu o formoso panegírico, tecendo um hino ao "Liceu de Artes e Ofícios", onde, de longa data, se ensinava o Desenho Industrial.

— X —

33. A Constituição do Império do Brasil, de 11 de dezembro de 1823, e jurada por D. Pedro I.º a 25 de março de 1824, cogitando "das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros" (Tit. VIII), estabelecia, no art.º 179, entre outras cousas:

> "XVIII — Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça eqüidade". (48).

Sorte, teve-a o Código Criminal, promulgado seis anos depois, a 16 de dezembro de 1830 (49), ao passo que o Civil tivêmo-lo, apenas, a 1.º de dezembro de 1916, quase um século depois da Constituição Imperial...

34. A longa tramitação por que, procrastinadamente, passou a elaboração do Código Civil, é demasiado conhecida, parecendo, por isto mesmo, ocioso repisá-la; não se poderão, contudo, deixar de referir, aqui, ainda que pela rama, os debates travados em tôrno da matéria pertinente ao DIREITO INDUSTRIAL.

Outrora, como, mesmo, ainda hoje, há quem entenda ser essa disciplina o "complexo de princípios que regulam os direitos resultantes das concepções da inteligência humana, que se produzem na esfera sócio-econômica da Indústria, da Literatura (?), das Ciências e das Artes" (50).

Assim, o "Projeto primitivo" do Código Civil Brasileiro, elaborado por Clóvis Beviláqua, nada tratava a respeito de Direito Industrial em seu sentido próprio, apenas se reportando, em um capítulo, ao "Direito Autoral" (51). Êsse trabalho, como se sabe, foi revisto por uma comissão nomeada e presidida pelo então titular da pasta da Justiça e Negócios Interiores, sr. Epitácio Pessoa, que, inovando, houve por bem intitular ao capítulo em referência de — "Da Propriedade literária, científica, artística e INDUSTRIAL".

Desdobrou a matéria em três seções, destinando a primeira ao "Direito Autoral", a segunda aos "PRIVILÉGIOS DE INVENÇÃO" e, a terceira, às "MARCAS DE FÁBRICA" (52).

35. A Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, emitindo parecer a respeito, sendo relator o Prof. Cândido de Oliveira, impugnou tôda a seção terceira, sôbre MARCAS DE FÁBRICA, preconizando viesse a ser destacada do projeto, justamente, "por ser estranha ao domínio do Direito Civil", tornando-se "evidente a invasão feita pelo projeto na esfera do Direito Mercantil. Sòmente abolida a dualidade dos direitos e decretando-se um Código Geral de Direito Privado é que esta seção se justifica". (53).

Relata-nos o autor do projeto primitivo, Clóvis Beviláqua, que, acolhendo o preconício, e considerando justa a crítica, — "... o Congresso achou que essa matéria melhor se enquadrava em leis especiais, ou no direito comercial, e suprimiu as duas secções a ela consagradas pela Comissão do Govêrno" (54).

— XI —

36. Deploràvelmente, desinteressou-se Ruy Barbosa pela parte doutrinária do projeto de Clóvis Beviláqua, preocupando-se — e a fundo — com o aspecto meramente formal, filológico, vindo a terçar armas, quer com o próprio autor do projeto, quer com o venerando professor baiano, Ernesto Carneiro Ribeiro, seu antigo mestre.

Na parte relativa à "Propriedade Literária, Científica e Artística", teceu Ruy uma crítica acerba, meticulosamente vindo a examinar, artigo por artigo, quanto, a respeito, referia o projeto.

O art.º 657 do projeto em questão — que é o atual art.º 652 do Código Civil — aludia à expressão "Direito Autoral"; Ruy não gostou da locução, combatendo-a, vantajosamente, esparrimadamente, iniciando assim a sua crítica:

> "Direito autoral" — Num capítulo, cuja inscrição declara a *propriedade literária, científica e artística,* me parece não caber rigorosamente o uso da locução *"direito autoral"*, ou, pelo menos, não ser necessária essa locução, engendrada especialmente com o fim de servir à teoria, que reduz a mero privilégio os direitos da produção intelectual. Se esta se equipara ao domínio, e tem a mesma natureza, basta-lhe a denominação de *propriedade,* sob a qual se reúnem e designam tôdas as manifestações do senhorio individual, exercido pelo homem sôbre as coisas..."

Ruy prossegue em sua crítica, zurzindo o adjetivo "autoral", preferindo a expressão "direito de autor" e considerando aquêle um neologismo perfeitamente dispensável (55), inobstante a locução ter sido criada por Tobias Barreto (56).

37. Quantos, alguma vez, se debruçaram sôbre o ciclópico trabalho de Ruy, sob o ângulo filológico, só tiveram a deplorar sua parcimoniosa crítica jurídica ao projeto de Clóvis Beviláqua; é elucidativo, a respeito, o testemunho de Lacerda de Almeida: Ruy "já antecipava o fito de sua intervenção puramente gramatical e lexicológica, no futuro trabalho jurídico" lamentando, assim, profundamente, que "o valor jurídico da obra nunca merecesse a crítica do nosso grandíloquo senador, o qual, entretanto, bem podia tê-la feito..." (57).

Que trabalho monumental não haveria de ser, ao certo, a crítica jurídica ao projeto de Clóvis Beviláqua, produzida pelo grande Ruy Barbosa!

— XII —

38. Alguns anos antes da promulgação do Código Civil, na condição de advogado, teve Ruy Barbosa, todavia, oportunidade de ventilar, na arena judiciária, outra questão pertinente aos Direitos Industrial, Mercantil e, mesmo, ao Penal: *"As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais"* (58).

Sob a epígrafe geral de — "O angustioso problema da concorrência desleal" — Rubem Nogueira, em sua obra *"O advogado Ruy Barbosa"*, (59), traça o seguinte "breve histórico":

"Uma questão relevantísssima agitou, em 1911, o fôro da Capital do Estado de São Paulo. Por um lado, ela envolvia pessoas altamente classificadas no mundo social e financeiro do distrito de Piratininga, cujo parque industrial iniciava então um período de acentuado florescimento. Por outro lado, entrechocavam-se altos interêsses relacionados de modo muito particular com o desenvolvimento das indústrias locais. Daí a repercussão que teve essa demanda, não apenas na vida forense paulistana, mas na do próprio país, cuja jurisprudência alcançou então uma nova etapa.

"Tudo decorreu de um complexo negócio feito pelo Conde Álvares Penteado, homem de grande fortuna e capitão de indústria de iniciativas muito avançadas. Era êle dono de uma fábrica de tecidos de juta, denominada *Santana*. Em belo dia, em 1908, entendeu de convertê-la em sociedade anônima, associando para isso pessoas de sua família, a quem transferiu pequeníssimas partes do respectivo capital. À nova entidade mercantil chamou *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* — cujas ações, logo em seguida, foram tôdas vendidas a uma equipe de industriais e capitalistas, entre os quais estava Jorge Street, homem de grande projeção nos meios paulistas. Feito isso, o Conde Penteado e seus antigos companheiros de sociedade, logo em seguida, fundaram uma outra emprêsa, com o nome de *Companhia Paulista de Aniagens*. Uma vez organizada a nova indústria, o Conde viajou para a Europa.

"Os donos da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta* sentiram-se, porém, profundamente agravados com a fundação dessa competidora e trataram imediatamente de defender-se contra o que, a seu ver, não passava de uma funesta *concorrência desleal,* pois entendiam que o Conde e a sua *Companhia Paulista de Aniagens* iriam utilizar o mesmo mercado de outrora, ou seja a sua antiga clientela. E essa clientela, Jorge Street e seus companheiros consideravam-na incluída na cessão das ações da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta.*

"Carvalho de Mendonça, advogado que se notabilizara na comarca de Santos em assuntos de direito mercantil, especialidade de que já vinha dando ao país um extenso e profundo tratado de muitos volumes, assumiu o patrocínio dos interêsses da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta.* Uma controvérsia vastíssima e sem precedentes nos tribunais do país ia ter comêço, mobilizando os mais célebres jurisconsultos do mundo e, por fim, colocando, face a face, estas duas cumíadas da cultura jurídica pátria: Ruy e Carvalho de Mendonça..." (60).

39. Sustentava o autor do "Tratado de Direito Comercial" a tese de que a clientela estava, implìcitamente, contida na venda da fábrica, estribando-se em tratadistas peregrinos, especialmente franceses; contestou o Conde Penteado, amparado em "13 pareceres dos mais famosos jurisconsultos do Brasil e da Europa", adversos, todos, à opinião de Carvalho de Mendonça. Entendiam, êstes, que, no caso de venda de estabelecimento, a clientela estaria incluída, sòmente se houvesse referência expressa a tal circunstância.

Ruy, em dia sempre com os repositórios jurídicos e jurisprudenciais estrangeiros, como patrono do Conde Penteado, venceu a causa em primeira instância; sobrevieram, então, os inevitáveis recursos — e o Supremo Tribunal Federal, a 30 de abril de 1913, reformou a sentença apelada, dando pela procedência da ação da *Companhia Nacional de Tecidos de Juta,* de Jorge Street e outros, apenas com discrepância do voto vencido do ministro Oliveira Ribeiro.

Opõe Ruy embargos ao acórdão, e verifica-se uma desnorteante reviravolta: — o voto, antes vencido, na instância preclara, torna-se vencedor, dando vitória final ao Conde Penteado, desde o princípio indefessamente defendido por Ruy Barbosa (61), galhardamente, magistralmente.

O rumoroso prélio travado, no palco judiciário, entre Carvalho de Mendonça e Ruy Barbosa, foi, em verdade, um duelo de Gigantes!

40. Quanto — é de se indagar — teria percebido Ruy, qual teria sido sua remuneração, a título de honorários profissionais, pelos serviços prestados em causa de tanto relêvo e importância? Confessou-o, êle próprio, certa feita:

> "... Cem contos, ainda há poucos meses, me pagaram os herdeiros do Conde Álvares Penteado, pelo meu trabalho nos embargos a uma sentença de apelação, tarefa penosa e exaustiva, dado a natureza da causa, mas que me não ocupou mais de dois meses..." (62).

41. As interessantíssimas teses sustentadas pelos dois Gigantes do nosso Direito não sucumbiram, melancòlicamente, inumadas nos autos volumosos do feito; ao revés, agora, cada dia, adquirem maior oportunidade e juízes e tribunais, aqui e alhures, são conclamados, com insistência, a dirimir casos concretos, aliás numerosos. Por isto, com propriedade, assevera Rubem Nogueira, — "a controvérsia doutrinária não está encerrada. Pelo contrário, continua desafiando a argúcia dos especialistas e a agilidade mental dos dialetas forenses..." (63).

— XIII —

42. A existência, despida de Idealismo, é, quiçá, u'a morte.

Requer a Vida uma razão de ser, uma finalidade; exige a fé em alguma cousa.

Sucumbindo o Ideal, perde a Vida todo o seu objetivo, não merecendo, sequer, a pena de ser vivida, sendo-lhe, assim, lùridamente, de entoar, — num cantochão mortuário, qual o fêz Bilac, — u'a

MARCHA FÚNEBRE

"Thamuz, Thamuz, panmegas tethneke!..."

Como se ouviu no Epiro, outrora, o extremo grito
"Pan morreu!", — na amplidão rebôe o meu lamento:
torpe a ambição, perdido o amor, inane o alento,
nestas baixas paixões de um século maldito!

Rolem trenos ao oceano e elegias ao vento!
Concentrai-vos na dor do funerário rito,
ó asas e ilusões, num miserere aflito,
e, ó flores, num responso, e, ó sonhos, num memento!

Bôcas, bradando ao céu de minuto em minuto,
olhos, velando a terra em sudários de pranto,
corações, num rufar de tambores em luto,

guaiai, carpí, gemei! e ecoai de pôrto a pôrto,
de mar a mar, de mundo a mundo, a queixa e o espanto:
o Grande Pan morreu de novo! O IDEAL É
[MORTO! (64)

43. De outro feitio, aço de outra têmpera, era, entretanto, Ruy Barbosa. Em 1903, discursando na colação do grau de bacharéis em ciências e letras do Colégio Anchieta, em Nova Friburgo — quando se reconciliou com a Igreja Católica — buscou resumir a sua vida, julgando, então (como informa seu genro Baptista Pereira) "que fazia o seu testamento político e que nunca mais volveria a ter influência nos destinos nacionais". E, exímio sempre, fê-lo assim:

> "... Quando me consulto a mim mesmo, no mais recolhido exame, forcejando atinar em que teria eu merecido algum aprêço dos meus compatrícios, e por que vos inspirara tais simpatias, não acho a meu crédito senão três modestas verbas. Caso, postos de parte os descontos humanos, houvessem de condensar numa síntese o meu *curriculum vitae*, e do meu naufrágio salvassem alguns restos, tudo se teria, talvez, resumido com dizer: *"ESTREMECEU A PÁTRIA, VIVEU NO TRABALHO, E NÃO PERDEU O IDEAL."* (65)

Grande e formosa lição!

44. E vós — moços, acadêmicos de Direito que ora nos escutais — maneira melhor não achareis, por certo, de comemorar a passagem do centenário do nascimento do Grande Brasileiro, senão porfiando, e persistindo, e perseverando, em seu exemplo magnífico:

— ESTREMECENDO A PÁTRIA,
— VIVENDO NO TRABALHO, e, sobretudo,
— JAMAIS PERDENDO O IDEAL!

Pôrto Alegre, 4 de novembro de 1949.

---

(1) NEY CABRAL — "Ruy e a Medicina", 1949, Livraria do Globo, Pôrto Alegre, 198 págs.; 18 1/2 x 13 ½ cms.
(2) A. B. BUYS DE BARROS, "Direito Industrial e Legislação do Trabalho", vol. I — Direito Industrial (Propriedade Industrial), vol. XIII da Biblioteca Jurídico-Universitária; A. Coelho Branco F.º, editor, rua da Quitanda n.º 9, Rio de Janeiro, 1940, 390 págs. pág. 11.
(3) A. B. BUYS DE BARROS, **opus cit.**, pág. 12. — CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.) — "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", 2.ª edição posta em dia por Achiles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça, vol. V.º, Livro III, parte I (Do estabelecimento comercial — Das mercadorias — Da propriedade industrial), 1934, Livraria Editôra Freitas Bastos, ruas Betencourt da Silva 21 A e 13 de Maio 74 e 76, Rio de Janeiro, 464 págs. — págs, 11, n.º 7.
(4) Lei n.º 176, de 8 de janeiro de 1936 — Estabelece a cadeira de "Direito Industrial e Legislação do Trabalho" — Traz as assinaturas dos srs. Getúlio Vargas e Gustavo Capanema.
(5) A. B. BUYS DE BARROS, **opus cit.**, 1.º vol., pág. 13.
(6) A. B. BUYS DE BARROS, **opus cit.**, 1.º vol., pág. 28.
(7) IRINEU MACHADO, "Aulas", publicadas e revistas pelo autor.
(8) CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, edição de Saraiva & Cia., Livraria Acadêmica, São Paulo, Largo do Ouvidor 26, 1946, 118 págs.; pág. 14 — Idem, edição da Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, Brasil, 1945, 40 pág.; pág. 3.

(9) RUBEM NOGUEIRA, "O Advogado Ruy Barbosa" — Momentos culminantes de sua vida profissional — 1949 — Gráfica Olímpia Editôra, Rio de Janeiro, 494 págs. pág. 73. — Na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre (da Universidade do Rio Grande do Sul), existe, emoldurada, uma cópia fotostática do diploma de bacharel em direito, cujo original encontra-se na "Casa de Ruy Barbosa", no Rio de Janeiro.

(10) JOSÉ CARLOS RODRIGUES, "Constituição Política do Império do Brasil", seguida do Ato Adicional, da lei da sua interpretação e de outras, analisadas por um Jurisconsulto e novamente anotada com as leis regulamentares, decretos, avisos, ordens e portarias que lhe são relativas — Rio de Janeiro, em casa dos editôres Eduardo & Henrique Laemmert, rua da Quitanda 77 — 1863 — 273 págs.; pág. 15 — JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "Tratado da Propriedade Industrial", vol. I, Edição da Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, 538 págs.; pág. 31.

(11) JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, **opus cit.**, vol. I, pág. 31.

(12) A. TAVARES DE LYRA, "Os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda", in "Livro do Centenário dos cursos jurídicos, da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro", 1927, pág. 443.

(13) ARAÚJO FILGUEIRAS JÚNIOR, "Código Criminal do Império do Brasil" anotado com os atos dos poderes legislativo, executivo e judiciário que têm alterado e interpretado suas disposições, desde que foi publicado, e com o cálculo das penas em tôdas as suas aplicações. — 2.ª edição, Rio de Janeiro, em casa dos editôres proprietários Eduardo & Henrique Laemmert, rua do Ouvidor, 66, 1876, 370 págs.; págs. 272/297.

(14) JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, opus cit., vol. I, pág 34 — AFONSO CELSO, "Marcas industriais e Nome comercial" — Lei n.º 3.346, de 11 de outubro de 1887 e Regulamento n.º 9.828, de 31 de dezembro de 1887 — B. L. Garnier, livreiro editor; rua do Ouvidor, 71 — Rio de Janeiro — Imprensa Nacional, 1888, 422 págs.; pág. 8 — ALFREDO RUSSELL, "O Direito Comercial e sua codificação", in Livro do Centenário citado, págs. 147/149.

(15) JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "Tratado", 1.º vol. pág. 31.

(16) JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "Tratado", 1.º vol., págs. 31 e 33.

(17) ALFREDO RUSSELL, "O Direito Comercial e sua codificação", in Livro do Centenário dos cursos jurídicos", da Fac. de Dir. da Univ. do Rio de Janeiro, pág. 147, n.ºs 49/50.

(18) "O DIREITO", revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência; propriedade de João José do MONTE Júnior; ano II, 1874 5.º vol.; pág. 649.

(19) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, pág. 84 — JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, **opus cit.**, pág. 34.

(20) "O DIREITO", vol. 5.º, págs. 649, e seguintes.

(21) "O DIREITO", vol. 5.º, págs. 651/663.

(22) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, pág. 84. — "O DIREITO", vol. 5.º, págs. 663/665.

(23) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, pág. 84. — "O DIREITO", vol. 5.º, págs. 665/672.

(24) "O DIREITO", vol. 5.º, págs. 672/688.

(25) "O DIREITO", vol. 5.º, págs. 688/689.

(26) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, pág. 86.

(27) RUY BARBOSA, "Crime contra a Propriedade Industrial" — Questão Meuron & Cia., Bahia, Tip. do Diário, 1874, 110 págs. (apud: FONTENELE, "Ruy e o Vernáculo", edição comemorativa

do 1.º centenário do nascimento de Ruy Barbosa — Editôra "Jornal dos Livros", Chiodi & Cia. Ltda., R. Visconde de Parnaíba 343, telefone 3-4215, São Paulo, 112 págs.; s/d).

(28) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, págs. 84/85.

(29) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, pág.

(30) ARAUJO FILGUEIRAS JUNIOR, "Código Criminal do Império do Brasil", Rio, 1876, 370 págs.; pág. 1.

(31) RUY BARBOSA, "Collectânea Literária", 5.ª edição, 1944, Companhia Editôra Nacional, São Paulo, 306 págs.; anotação de BAPTISTA PEREIRA, a pág. 36.

(32) RUY BARBOSA, "Collectânea Literária" cit., págs. 34/36.

(33) "O DIREITO", vol. 7.º, págs. 28/29. — JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "Tratado", vol. 1.º, pág. 35.

(34) AFONSO CELSO, **opus cit.**, pág. 9.

(35) JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "Tratado", 1.º vol., pág. 35, n.º 5.

(36) ALFREDO RUSSELL, "O Direito Comercial e sua codificação", in "Livro do Centenário dos cursos jurídicos", da Fac. de Dir. da Univ. R. Janeiro, págs. 147/149, n.º 52.

(37) HERMES LIMA, "Notas à vida brasileira", 1945, Editôra Brasiliense Ltda. — São Paulo — 180 págs. — A citação é do ensaio "Ruy Barbosa como jornalista", prefácio à Queda do Império", vol. XVI das Obras Completas de Ruy Barbosa, editado pela "Casa Ruy" págs. 70 e 71 do livro acima citado.

(38) OBRAS COMPLETAS DE RUY BARBOSA", vol. VII. 1880. Tomo I — "Discursos Parlamentares. Câmara dos Deputados". Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1945, 378 págs. 223/249.

(39) RUY BARBOSA, Obras Completas, vol. VII, tomo I, pág. 236.

(40) JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "Tratado", vol. 1.º, pág. 38

(41) JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "Tratado", 1.º vol., pág. 38/39.

(42) JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, "tratado", 1.º vol., pág. 39.

(43) RUY BARBOSA, "Orações do Apóstolo", Rio de Janeiro, edição da Revista de Língua Portuguêsa", 1923, pág. 74. — "Obras Completas", vol. IX, 1882 — tomo II — "Discursos e trabalhos parlamentares. Centenário do Marquês de Pombal. O Desenho e a Arte Industrial". — Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948, 336 págs. — pág. 240.

(44) RUY BARBOSA, "Orações do Apóstolo" cit., págs. 75/76. — "Obras Completas", vol. IX, tomo II, cit., pág. 241.

(45) RUY BARBOSA "Orações do Apóstolo" cit., págs. 85/87 — "Obras Completas" vol. IX, tomo II cit., págs. 247/248.

(46) RUY BARBOSA, "Orações do Apóstolo" cit., pág. 98 — "Obras Completas" vol. IX, tomo II cit., pág. 255.

(47) RUY BARBOSA, "Orações do Apóstolo" cit., pág. 97. — "Obras Completas", vol. IX, tomo II cit., pág. 225.

(48) JOSÉ CARLOS RODRIGUES, "Constituição Política do Império do Brasil" cit., pág. 151.

(49) ARAÚJO FILGUEIRAS JÚNIOR, **opus cit.**, pág. 318.

(50) ADAUTO FERNANDES, "Direito Industrial Brasileiro", n.º 7 da Biblioteca Jurídico-Universitária; 1938, A. Coelho Branco F.º (editor), Rua da Quitanda, 9 — Rio de Janeiro; 412 págs. — pág. 327.

(51) "Projeto do CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO — Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados" (mandados imprimir pelo ministro do Interior, Dr. Sabino Barroso Junior) — vol. I, Projetos primitivo e revisto — Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, 396 págs. — Págs. 94, art.ºs 757/774.

(52) "Projeto" citado, vol. I, págs. 211/216.

(53) "Projeto" citado, vol. III, pág. 57, 1.ª coluna.
(54) CLOVIS BEVILAQUA, "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", vol. III (2.ª edição), Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1923, 452 págs. — Pág. 184, n.º 4, comentários ao art.º 649.
(55) "Projeto" citado, "Trabalhos da Comissão Especial do Senado", vol. II — RÉPLICA do senador Ruy Barbosa às defesas da redação do projeto da Câmara dos Deputados", Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1904, págs. 423/424, n.º 91 (art.º 657 — Direito Autoral) — FERNANDO NERY, "Ruy Barbosa e o Código Civil ou O Código Civil Brasileiro com apostilas de Ruy Barbosa, Clóvis Beviláqua, Carneiro Ribeiro e outros" (crítica e defesa), Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1931, 592 págs. — págs. 276/278.
(56) FERNANDO NERY, opus cit., pág. 278, n.º 221 "in fine".
(57) F. P. LACERDA DE ALMEIDA, "O Direito Civil e sua Codificação" in "Livro do Centenário" citado, págs. 174/177.
(58) "Obras completas de RUY BARBOSA", vol. XL, 1913 — Tomo I — "As cessões de Clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais" — Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 414 págs.; 1948.
(59) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, pág. 383.
(60) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, págs. 385/386.
(61) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, pág. 393.
(62) RUY BARBOSA, "A Esfola da Calúnia", Rio, 1931, (prefácio e notas de Fernando Nery), Editôra Americana, Rua dos Ourives, 95; 258 págs.; pág. 140.
(63) RUBEM NOGUEIRA, **opus cit.**, pág. 408 — Ver, também, CARVALHO DE MENDONÇA, in "Revista do Supremo Tribunal Federal", vol. II, págs. 480/483; vol. III, págs. 187/194 e "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. VI, 2.ª parte, n.ºs 763 a 767. — TULLIO ASCARELLI, "Panorama do Direito Comercial", Saraiva & Cia., S. Paulo, 1947, 230 págs.; págs. 187/213. — HERNANI ESTRÊLLA, "Uma lição de Ruy", in "Revista da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre", ano I, n.º 1, 1949, págs. 145/149.
(64) OLAVO BILAC, "Tarde", Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, S. Paulo, Belo Horizonte, 1919, 214 págs.; págs. 166/167 — "Poesias", cit. Livraria, 1921 (7.ª edição revista), 392 págs.; pág. 362.
(65) RUY BARBOSA, "Collectanea Literaria", 5.ª edição, 1944, Companhia Editôra Nacional, São Paulo, 306 págs.; págs. 192/193.

EXTENSÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA

Galeno Lacerda

1. — Ensinam os autores que o exercício da ação declaratória está sujeito ao concurso dos seguintes requisitos:

a) incerteza quanto à existência ou inexistência da relação jurídica;

b) possibilidade de o autor sofrer um dano, se a incerteza não fôr eliminada pela coisa julgada, e

c) aptidão da sentença declaratória para eliminar a incerteza e impedir o dano.

Nossos Tribunais, na prática, têm superestimado êstes requisitos, de tal sorte que se pode afirmar, sem receio de contestação, que grande parte das ações declaratórias terminam pela rejeição preliminar. As mais das vêzes, concluem os acórdãos "não ser caso da ação".

Em verdade, o problema da extensão da ação declaratória vem sendo enfrentado com angústia e avareza não apenas pela doutrina, mas mais ainda pela jurisprudência.

Enquanto aquela submete o interêsse de agir a condições de difícil apreciação, esta é tentada a considerar a declaratória sob o critério estreito de um procedimento especial, esquecida de que a declaração é *função* principal do processo.

Via de regra, as sentenças que rejeitam a ação na preliminar destoam das modernas concepções do direito processual, olvidam-se de que o processo existe para a realização da justiça mediante a solução ou prevenção da lide e que, assim, o cuidado exagerado das questões instrumentais compromete fundamentalmente aquela finalidade. A jurisdição se exaure de forma frustra, atraiçoando a seus próprios objetivos e servindo-se ao papel de acirrar ódios e paixões.

Nunca será bastante o louvor à nova teoria das nulidades processuais, ao sadio relativismo que a domina, à clara noção de meio e de fim que trouxe à atividade jurisdicional.

A facilidade em repudiar-se a declaratória, que ainda ensaia seus primeiros e tímidos passos no universo dos remédios processuais, não parece manter, assim, perfeita consonância com os princípios básicos do direito judiciário.

A culpa da incompreensão em que foi lançado êste tipo de ações cabe, porém, antes à doutrina que à jurisprudência. Os requisitos a que aquela o submeteu, pretendendo através dêles refletir traços próprios do instituto, não resistem a uma crítica mais detida.

2. — Inicialmente, cumpre distinguir entre ação declaratória pròpriamente dita e função declaratória do processo.

Esta existe nos três tipos fundamentais de ação. É, mesmo, a função principal da jurisdição — a declaração do direito. Nas ações condenatórias, essa declaração é prévia à condenação. E se a sentença aí proferida desestima a demanda, ela se torna puramente declaratória. Nas ações constitutivas, a sentença é por igual declaratória: limita-se, no fundo, a declarar o nascimento, a extinção ou a modificação da relação jurídica. E nas ações pròpriamente declaratórias, ela se cinge a declarar a existência ou inexistência da relação.

Tôda ação é, pois, em princípio, de conteudo declaratório, o que se evidencia se considerarmos que, distinguindo-se elas pela natureza do pedido, nêle é comum o elemento declaração, conforme se vê dêste esquema:

Ação condenatória = declaração + condenação.
Ação constitutiva = declaração constitutiva.
Ação declaratória = declaração pura, não constitutiva.

Geram sentenças apenas declaratórias tôdas as ações pròpriamente declaratórias, tôdas as ações constitutivas e as condenatórias em que o pedido fôr rejeitado.

Sendo, portanto, a declaração o elemento comum a tôdas as ações e afirmando a lei positiva, no direito brasileiro, de acôrdo, aliás, com as concepções mais ortodoxas, que o interêsse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência da relação — claro está que, do ponto de vista lógico, a ação declaratória, de menor compreensão que as demais, possuidoras de notas que as singularizam (condenação ou constituição), terá necessàriamente maior extensão que aquelas.

Demonstra-nos, assim, a lógica que o campo de exercício da ação declaratória, meio não só de definição como de prevenção da lide, é forçosamente *mais vasto* que o das ações condenatórias e constitutivas.

3. — Como justificar-se, pois, a série de condições restritivas opostas pela doutrina e acolhidas pela jurisprudência ao exercício dêste remédio processual?

Por que motivo o interêsse legítimo, na ação declaratória, há de ser de mais difícil verificação, sujeito a requisitos próprios, não reclamados pelos autores quando tratam das outras ações?

Como conciliar estas exigências que, sem dúvida, angustiam o campo de aplicação da declaratória, com as conclusões a que nos leva a lógica num exame sereno do instituto?

Na verdade, essas condições não são próprias e exclusivas da ação declaratória — e neste ponto reside o equívoco principal da doutrina. Os requisitos por ela propostos para o instituto, ou são comuns a tôdas as ações, ou dizem respeito sòmente a um dos tipos de ação declaratória, a preventiva, tipo insuscetível de assemelhação às demais, porque transcende as condições comuns que as legitimam. Examinemos, porém, em particular, cada um dêstes requisitos.

4. — Exige-se, inicialmente, incerteza quanto à existência ou inexistência da relação jurídica.

Que incerteza será esta? Subjetiva ou objetiva? Sendo ela condição para o interêsse de agir, será um dado do sujeito ou do objeto?

A rigor, deveria sê-lo do sujeito, pois que a pesquisa do interêsse legítimo mergulha fundo no problema das *intenções* do autor, problema eminentemente subjetivo.

Subordinaríamos, assim, a ocorrência do interêsse legítimo, na ação declaratória, à verificação de incerteza subjetiva de parte do autor quanto à existência ou inexistência da relação.

E enveredaríamos, então, para um campo perigosíssimo de subjetivismos, acadêmico e anticientífico, além de irreal, pois que a incerteza subjetiva, via de regra, não existe no autor. Na maior parte das vêzes, nem a sentença contrária fá-lo perder a certeza subjetiva de seu direito.

Fugindo à dificuldade, apressam-se os autores a afirmar que a incerteza reclamada para legitimar-se o interêsse do autor na declaratória é objetiva, não subjetiva.

Mas, que é a incerteza objetiva?

Colocando a questão em têrmos positivos, entende-se por certeza objetiva aquela que não depende de nenhuma circunstância pessoal do sujeito, isto é, a evidência da coisa.

O interêsse do autor, na declaratória, estaria subordinado, assim, à não evidência quanto à existência ou inexistência da relação, à incerteza *in rem*, à incerteza ontológica.

Dentro do direito processual, porém, do ponto de vista formal, quando, em que momento, se atinge à certeza ontológica da existência ou não da relação jurídica substancial? Não é sòmente através da autoridade e eficácia da coisa julgada material? Evidentemente.

Enquanto a sentença de mérito não transitar em julgado, reina dentro da ação uma incerteza objetiva, ontológica, quanto à existência ou inexistência da relação.

Êste estado de incerteza objetiva é *comum* a tôdas as ações. Encontrâmo-lo não apenas na declaratória, mas igualmente na condenatória e na constitutiva.

O interêsse do autor, nestas, como naquela, se apresenta sob um clima de incerteza objetiva quanto à existência do direito alegado. Esta incerteza, que ocorre em tôda ação, só se desfaz pela coisa julgada material.

O primeiro requisito exigido pela doutrina para o exercício da ação declaratória — a incerteza objetiva quanto à existência ou inexistência da relação jurídica — é, assim, comum a tôdas as ações.

5. — Poder-se-ia objetar que essa incerteza que se faz presente em tôdas as ações é a que ocorre *dentro* do processo, sob a forma de expectativa quanto ao resultado da sentença, ao passo que, na ação declaratória, se exige que ela exista *antes* do processo, sem qualquer referência à futura sentença. A primeira diria com o plano ontológico formal, a segunda com o material.

O argumento não procede, por isto que a expectativa que se gera no curso da ação quanto ao resultado da sentença nada mais é que a projeção dentro do processo da incerteza *objetiva,* material, que existe anteriormente à demanda.

Se o estado de incerteza prévia fôsse próprio e exclusivo da declaratória, seria interessante indagar qual a certeza objetiva que poderá haver antes das ações condenatórias ou constitutivas? Evidentemente, nenhuma. Se nestas houvesse a certeza prévia quanto à existência do direito alegado pelo autor, não teríamos possibilidade de demanda infundada.

Tomemos como exemplo, capaz de gerar o mais alto grau de certeza sôbre a existência da relação, o caso da ação executiva cambiária, tìpicamente condenatória.

Ainda aqui não teríamos certeza absoluta antes ou no curso da ação. Basta que se admita a possibilidade de defesa causal ou extintiva do pedido, para que se cáia no estado de incerteza objetiva.

E, já que se trata de ação executiva cambiária, por que não admitir-se também ação declaratória para a decretação da existência ou não da obrigação? O título, que se presume líquido e certo, não comportaria a ação?

Evidentemente, sim. Se se admitem, na condenatória, defesas causais ou extintivas do pedido, a declaratória é sempre possível. Como argumento de ordem legal, ainda, bastaria considerar que o Código de Processo, sem qualquer restrição, afirma que o interêsse do autor pode limitar-se à simples declaração da existência ou inexistência da relação, interêsse que se justifica, portanto, mesmo quando do litígio se possa gerar ação cambiária.

Como se vê, ainda nos casos em que se presuma um alto grau de certeza quanto à existência da relação, o que se verifica é que, em verdade, a incerteza objetiva existe, mesmo nas ações fundamentalmente condenatórias.

Esta incerteza objetiva, via de regra, é causa do litígio, da controvérsia, da qual nasce a ação.

Existe, portanto, em tese, sempre que houver ação, seja ela qual fôr.

6. — Generaliza-se, desta forma, o primeiro requisito que a doutrina vislumbrara como próprio da ação declaratória.

Vejamos se os demais comportam a pretendida exclusividade.

Como segunda condição capaz de legitimar o interêsse do autor na declaratória, se requer a possibilidade de vir êle a sofrer um dano se a incerteza não fôr eliminada pela coisa julgada.

A condição, em parte, está prejudicada pelos argumentos anteriores, em que se demonstra que o estado de incerteza é comum a tôdas as ações.

Tendo a incerteza gerado o conflito, dêle nasceu evidentemente o dano para o autor. Dano agudo e gritante, nas ações condenatórias, em que se pede reparação; dano latente ou também agudo, nas ações constitutivas, em que se reclama a modificação, a extinção ou a criação da relação jurídica.

A existência do dano, portanto, é ainda comum a tôdas as ações.

Mas, não haverá uma nota peculiar à declaratória no requisito que vimos analisando? Há, com efeito, mas para determinado tipo de declaratória.

É que a ação declaratória, como vimos, é de maior extensão que as demais, pois que pode ser proposta não só quando o dano já se verificou, mas ainda quando existe a sua simples *possibilidade.*

Neste caso, justifica-se, para o exercício da ação declaratória *preventiva,* o requisito da possibilidade do dano. Note-se, porém, que êste requisito não importa em restrição ao uso da ação comparativamente ao das demais. E' que êle se refere a um tipo *inexistente* nestas últimas — a ação preventiva.

A possibilidade do dano, aí, nada mais é que a concretização do próprio interêsse legítimo de agir.

Esquematizando, diríamos que a ação declaratória pode ser usada em todos os casos de condenatória. Não diríamos que ela *pode sê-lo* em todos os de constitutiva, mas que ela é declaratória, *lato sensu,* em todos êles. E que, além disto, pode revestir-se de modalidade ignorada das outras — a preventiva.

Nesta última hipótese terá por condição a possibilidade de dano.

7. — O terceiro requisito pôsto pela doutrina é que a sentença declaratória seja apta para eliminar a incerteza e impedir o dano.

Que ela seja apta para eliminar a incerteza — não há nisto nenhuma propriedade da declaratória. *Tôdas* as sentenças de mérito, passadas em julgado, eliminam a incerteza objetiva que existe em tôdas as ações.

Que ela seja apta para impedir o dano — há neste requisito o perigo de uma contradição flagrante. Como pode a declaratória impedir o dano, se ela não tem coercibilidade sôbre as partes, se vale apenas como preceito? Não seria esta condição a negação da própria declaratória?

Sua eficácia é antes moral que material.

Seria de reconhecer-lhe a virtude impeditiva se déssemos valor absoluto à sua autoridade moral, se considerássemos o dano apenas

em seu aspecto ético, ou naqueles poucos casos em que êle pudesse ser evitado, por exemplo, pelo registro ou sua anulação, hipóteses em que se admite execução da sentença declaratória.

Mas, eficácia impeditiva ou restauradora do dano têm-na, em grau mais elevado, as sentenças condenatórias e constitutivas.

Donde concluir-se, uma vez mais, pela irrelevância do terceiro requisito com que a doutrina pretende delimitar o uso da declaratória.

8. — Demonstrada, desta forma, a inconsistência dos argumentos restritivos, no que concerne ao interêsse legítimo para o exercício da ação declaratória, fica evidenciada a exatidão da análise anterior em que se verificou, em têrmos de lógica formal, que a extensão dêste tipo de ações é maior que a dos demais.

O argumento legal conforta a tese.

Se a lei concede que o interêsse do autor possa limitar-se à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, é porque podem gerar declaratórias todos os casos que dariam margem a ações condenatórias.

Não diríamos o mesmo das ações constitutivas porque elas já são, de si, declaratórias em sentido lato. Nelas, o interêsse do autor se limita à declaração da existência ou inexistência da relação — êle consiste, precisamente, na *declaração* da existência de uma nova relação, de modificação na atual ou de sua extinção. O fenômeno declaratório é o mesmo.

A ação declaratória possui, assim, extensão mais vasta que as demais, pois se apresenta, em sentido próprio ou lato, em todos os casos em que estas podem ser exercidas e, além disto, ainda naqueles em que o conflito não se manifestou, em que se a usa de forma preventiva, outorgando às partes um título que valha como preceito, como norma, para o caso concreto.

Mas, por que motivo pode o interêsse do autor limitar-se à declaração da existência ou inexistência da relação, circunstância que o legitima para a declaratória nos mesmos casos da condenatória?

A razão decorre de princípios fundamentais do direito processual civil.

Se, nêle, a incoação é da parte; se, como conseqüência, se veda ao juiz sentenciar *ultra-petita;* se a parte é livre de fazer valer ou não em juízo o seu direito; se ela tem o poder de movimentar com o seu pedido tôda a máquina jurisdicional e de delimitar a atividade desta nas lindes traçadas na inicial; em suma, se a ação é um direito potestativo — então, o autor tem o poder de desprezar a condenação e exigir a prestação jurisdicional ùnicamente para a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica.

Razões óbvias, de ordem moral e até jurídica, legitimam tal procedimento, e a êle o Código dá guarida expressa no parágrafo único do artigo 2.º.

Mais não será preciso para demonstrar-se o vastíssimo alcance da ação declaratória, e o motivo por que nela encontrou o gênio prático dos norte-americanos um dos mais salutares remédios judiciais.

Vê-se, agora, como o problema do interêsse nesta ação é simples, como êle não tem nada que o singularize em relação às demais e como tem sido mal pôsto pela doutrina, com desastrosa repercussão sôbre a jurisprudência, criando-se assim um clima de incompreensão para um remédio fadado por sua natureza à mais larga aplicação na prática processual.

9. — Como conseqüência *a latere* da análise feita, seria curioso assinalar que não se justifica a divisão tripartida das ações. Uma vez que as constitutivas se reduzem, em última instância, às declaratórias — só seria aceitável, no fundo, uma divisão bipartida, de acôrdo com o esquema abaixo:

Ações ..
- condenatórias
- declaratórias *lato sensu*
  - constitutivas
  - declaratórias, pela renúncia processual à condenação
  - declaratórias preventivas

Êste esquema evidencia a importância fundamental da ação declaratória.

E' tempo de abrirmos os olhos para os horizontes que ela possui, e de os aceitarmos com a sua amplidão, saindo, enfim, de um empirismo estreito e negativista, que se aferra a condições de formulação esdrúxula, cuja singularidade é puramente nominal, próprias como são a tôdas as ações, ou então incompatíveis com o instituto que desejam asfixiar sob sua sujeição.

Reconheçamos que ela vem dar novo sentido à atividade jurisdicional, facilitando a consecução de seus objetivos, pela prevenção dos litígios e pela definição do direito sempre que solicitada pela parte. Nela, a justiça se torna mais simples, mais acessível, mais despida de formalismos.

A ação declaratória, em verdade, espera compreensão.

A NOÇÃO JURÍDICA DO DELITO

Rubens Sant'Anna

O delito é uma dissonância harmônica.
Carrara — "Programa".

Introdução

O estudo do delito suscita as mais variadas questões. Constituindo êle o centro de interêsse da ciência criminal, pode ser apreciado sob diversos prismas.

Se formos investigar suas causas, seguindo as rotas da Criminologia, irá nos preocupar, precìpuamente, o autor do ato punível, as condições biopsicológicas, bem como as influências que o meio pode exercer sôbre a pessoa do delinqüente.

Atualmente, uma teoria completa do delito não pode desprezar a pessoa do delinqüente, tão avançados estão os estudos da personalidade humana.

Sendo o crime, necessàriamente, um ato humano, êsse ato, para sua integral compreensão, deve ser apreciado à luz da lei e através da estrutura psicológica de seu autor.

Em todos os tempos, houve a consideração do aspecto legal do ato punível. Hoje, talvez mais do que nunca, o problema jurídico do delito está a exigir novos estudos, visando o alcance de uma caracterização de amplo sentido, embasada em sólidos princípios jurídicos e informada pelas modernas conquistas da ciência psicológica.

No que tange à disciplina penal em si, é expressiva a observação de Luis Jimenez de Asua, quando declara que "a teoria jurídica do delito constitui hoje a pedra angular do Direito punitivo". (1)

Dentre as diversas facêtas por que pode ser encarado o delito, nos cingiremos, aqui, ao exame de sua noção jurídica, através das principais enunciações que têm sido feitas dentro da doutrina penal.

Retrospecto histórico

Nasceu o delito com o primeiro ato humano que feriu os supremos princípios de estrutura do primeiro grupo social, organizado à base de comuns interêsses associativos e sob a inspiração de inatos princípios de ordem interior.

Dessa forma imaginamos a origem do ato delituoso, porque não é possível falar-se em qualquer fenômeno concernente ao mundo jurídico, sem o relacionar com a idéia de sociabilidade humana.

A idéia clássica do homem como um animal social, remonta à antiguidade grega. Modernamente, Romagnosi retomou a idéia, sustentando-a no sentido de que ela constitui o carácter essencial da espécie humana.

Tal noção, entretanto, foi completada por Francesco Carrara, quando, ao definir o homem como um "animal jurídico", apresentou a característica da sociabilidade como decorrente da sociedade *civil* e derivada, conseqüentemente, da juridicidade. (2)

O critério de juridicidade, decisivo para Carrara, êle o justificou dizendo que "entre os animais o homem é o único que está dotado de direitos e tem a consciência de possuí-los". (3)

Aquela definição do homem, deve ser tomada como básica dentro da doutrina carrareana. Fundamentalmente, serviu ela para que seu autor encontrasse "na natureza mesma do homem a gênese do direito criminal". Ela serve, igualmente, como pressuposto para a teoria do delito como ente jurídico, sustentada por Carrara, que mais tarde examinaremos.

Através da história da ciência penal, encontra-se sempre o delito como uma infração da norma legal. Desde os tempos remotos, no primitivo Oriente, na Pérsia, em Israel, na Grécia, em Roma, sempre o critério da responsabilidade penal existiu em função do resultado anti-jurídico da ação delituosa.

O delito, na antiga Roma, era considerado como uma infração à lei. Sustenta Albertário, segundo informa Florian, que "delictum", na época clássica, "significou o ato ilícito fonte de *obligatio*, castigado pelo *jus civile* com pena privada; o "crimen", o ato ilícito castigado pelo *jus publicum* com pena pública". (4)

Posteriormente, na época post-clássica e justiniana, quando o direito penal privado e as penas privada e pública foram absorvidas pelo direito penal público, a antítese desapareceu e os dois têrmos passaram a ter significação idêntica.

Entre os romanos, nos pirmórdios, a reação contra o delito ou o crime tinha por fundamento a "vindicta", tanto privada como pública. Conforme esclarece Rudolf von Jhering, o objetivo final da vingança era "a satisfação do prejuízo", e podia ser obtida por um

convênio entre as pessoas. Tal objetivo era mais fàcilmente alcançado pela justiça privada que pela pública, onde era impossível satisfazer a exigência de todos os cidadãos. (5).

Daí afirmar o insigne romanista que "talvez a vingança pública, se assim nos pudemos expressar, fôsse muito mais forte, muito mais opressora e, por isso mesmo, menos intensa do que a vingança privada" (6)

Conseqüentemente, quando se organizou em Roma a justiça criminal, o povo passou a ser representado por uma pessoa autorizada, e a satisfação do prejuízo a ser exigida através de um modo de resgate específico que contentasse a todos.

Mesmo assim, na República, era imperfeito o funcionamento dessa justiça, como podemos inferir ainda do ensinamento de Jhering: "sabe-se que o resultado dos debates que se realizavam perante o povo não dependiam tanto da grandeza e do grau de criminalidade do delito, como da sêde de vingança do povo e da intensidade de seu ressentimento" (7).

Antes da República, os reis exerciam a jurisdição criminal com um "carácter puramente militar" (8).

O sistema de organização e os resultados alcançados pela justiça criminal romana, decorriam do fundamento convencional de sua primitiva organização social. Em Roma, escreve, Jhering, "a vontade do Estado é a vontade do conjunto dos cidadãos, a lei um contrato, pelo qual êstes se obrigavam recìprocamente a observar certo modo de proceder; a obrigação de todos, que disso resulta, é o direito no sentido objetivo. O sujeito do poder legislativo não é o Estado, considerado como um ser superior aos cidadões, mas sim os indivíduos. A forma primitiva da lei não é uma ordem ou uma proibição, dirigida aos subordinados, mas um convênio concluído entre pessoas iguais. O direito, no sentido objetivo, deriva-se do pacto" (9).

Conclui aquêle autor: "em sua origem, a lei e o contrato não se distinguem pela sua eficácia intensiva, mas, ùnicamente, pela extensão de seu campo de aplicação, do mesmo modo que a *vindicta pública* se diferencia da *vindicta privata*" (10).

Durante a Idade Média, prevaleceu a preocupação pelo resultado da ação considerada ilícita, a tal extremo que até os animais e as coisas podiam ser sujeitos das mesmas, havendo, portanto, absoluto desprêzo pelo elemento subjetivo do delito.

Na Inglaterra, no século XIII, o Rei João promulgou a *Magna Charta,* cujo preceito proibitivo da analogia "continha, sem dúvida, a idéia fundamental de limitação da autoridade do Estado em face da liberdade individual" (11).

E' face ao testemunho da história que Jimenez de Asua afirma que "o delito foi sempre o antijurídico e por isso um *ente jurídico*" (12).

O direito primitivo, entretanto, não determinou os verdadeiros pressupostos e os elementos integrantes da noção legal do delito. Antes da reforma liberal inspirada pelos princípios da Revolução Francesa, as leis expressavam tão-sòmente o absolutismo do poder temporal reinante.

Durante três milênios, desde os primórdios até o décimo-oitavo século, viveu o direito penal um estádio em que, na expressão de Carrara, não passou de uma doutrina *teológica.* Nesse período, — escreveu o mestre de Pisa — "el pecado se confunde con el delito, y el delito con el pecado; la pena con el sacrificio, y el sacrificio con la pena" (13).

Para completar a valorização jurídica do delito faltava a devida caracterização da autoridade social, seus pressupostos e sua exata posição face ao homem.

O axioma *nullum crimen nulla poena sine lege,* sustentado por Feuerbach, e explìcitamente constante da Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela Revolução Francesa, firmou em definitivo, nos sistemas jurídicos posteriores, o princípio de legalidade dos delitos e das penas.

Como acentua o Desembargador Nelson Hungria, "antes de ser um critério jurídico-penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio político (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado" (14).

Sôbre o alcance daquele axioma, escreve Donnedieu de Vabres: "Il faut considérer ces deux règles: *Nullum crimen sine lege* et *Nulla poena sine lege* comme solidaires, inséparables l'une de l'autre, et comme constituant le fondement nécessaire de la liberté individuelle. Si ces règles n'étaient pas observées, s'il était admis que l'action publique peut être mise en mouvement pour la répression d'un fait que la loi n'incriminait pas lorsqu'il a éteé commis, que le juge peut prononcer une peine à laquelle le délinquant n'a pas dû s'attendre, la justice pénale serait une justice de circonstance, d'occasion, abandonnée à l'influence des passions individuelles" (15).

Essa fase na história do direito penal foi decisiva. Os acontecimentos político-sociais, desenrolados na Europa durante o último quartel do século dezoito, se refletiram no campo da doutrina e das leis penais, sepultando no passado o sombrio quadro das crueldades resultantes do *plenum arbitrium* judicial.

Para que fôssem fixados os conceitos basilares e verdadeiros do direito penal, era mister, preliminarmente, que uma nova ordem social fôsse estabelecida, onde pairassem soberanos e intangíveis os princípios de igualdade e de fraternidade humanas.

A era do liberalismo, resultante da Grande Revolução, criou as condições necessárias à construção da disciplina penal em bases eminentemente jurídicas, inspiradas nos princípios do direito natural.

A obra de Beccaria foi o chamando à renovação. Êle, na expressão de Florian, "inaugura la guerra santa contra los abusos y las arbitrariedades del magisterio penal y señala al mismo un fundamento completamente humano y social" (16).

Mais tarde, Kant, Romagnosi e Bentham, em suas obras, demoliram o que restava do passado arcaico, e tentaram expressar a doutrina penal através de fórmulas, em têrmos metafísicos.

Novos rumos foram traçados, na primeira metade do século dezenove, por Carmignani, que deu à ciência criminal a estrutura de uma doutrina ontológica, enunciando a noção genérica do ente chamado delito, para cuja compreensão aflorou a teoria das fôrças do mesmo. A Carrara coube a tarefa máxima da sistematização.

A doutrina de Carrara

A noção de delito, como vimos através de um rápido retrospecto histórico, sempre estêve ligada ao aspecto legal do ato punível. Insuficiente, entretanto, era essa genérica caracterização legal, de vez que não ficavam estabelecidos os seus necessários pressupostos.

Faltava, nas concepções anteriores, a exata e total caracterização da norma penal, a qual deve ter por objeto a tutela da sociedade, respeitando, entretanto, a pessoa humana, que não vive para o Estado mas no Estado, expressado êste na autoridade social.

Para Carrara, a autoridade social tem sua gênese na natureza primitiva do homem, "enquanto o homem é um animal jurídico" (17).

Radicando no homem, sêr jurídico, a autoridade social existe por exigência e necessidade mesmas do direito, protejendo e tutelando-o. A necessidade de uma direção dessa tutela fundamenta o princípio da autoridade.

Os direitos, a serem tutelados, constituem o centro de interêsse da autoridade social. Ela, em seu tríplice exercício tutelar de "prevenção, "coação direta" e "repressão", deve existir em função do bem e para utilidade dos membros da sociedade, cujos direitos protege, não podendo jamais os ferir despòticamente.

Lapidarmente, frisa Carrara: "En efecto, incluso el culpable es siempre un animal juridico. Y si con justicia debe sufrir una disminución de sus derechos, en cuanto ha violado los derechos ajenos, sin embargo tiene derecho a exigir que respecto de todos los demás derechos suyos se mantenga la tutela juridica, y que la autoridade social la ejerza fielmente para protejerlo, como lo hace para protejer a los demás" (18).

Para elaboração de seu sistema, a que denominou de "Programa", procurou Carrara inicialmente enunciar em uma *fórmula* simples "a verdade reguladora de tôda a ciência criminal", e que contivesse "em si o gérmen de tôdas as verdades nas quais tivesse vindo a compendiar-se a ciência do direito criminal em seus particulares desenvolvimentos e aplicações" (19).

Tal fórmula êle a encontrou na noção constitutiva do delito, e a expressou nestes têrmos: "o delito não é um ente de fato, senão um ente jurídico" (20).

E' um ente jurídico "porque — explicou o insigne mestre — sua essência deve consistir necessàriamente na violação de um direito" (21).

O direito, como vimos, é intrínseco ao homem, cuja característica primária é ser um animal jurídico. Êle possui direitos e tem a consciência de possuí-los, porque êles lhe são congênitos, inscritos por Deus em sua natureza, como necessários à sua convivência no seio da sociedade civil.

Daí ter o delito, como ente jurídico, origem e fundamento na natureza dessa mesma sociedade civil.

Definiu Carrara o delito como "a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e polìticamente danoso" (22).

Definindo o delito como uma "infração" e não como uma "ação", acentuou Carrara que "sua noção não se deduz nem do *fato material* nem da *proibição da lei,* isoladamente considerados, senão do conflito entre aquêle e esta" (23).

Conseqüentemente, a idéia do delito é uma idéia de *relação*: "relação *contraditória* entre o fato do homem e a lei". Nessa contradição está manifestada a natureza jurídica do delito (24).

E' um ente que possui elementos materiais e elementos morais, cujo conjunto lhe dá unidade. "Mas o que completa o seu ser é a contradição dêsses antecedentes com a lei jurídica" (25).

Assim, aceita Carrara a fórmula que expressa o delito como uma *dissonância harmônica.* A dissonância consiste em ser o delito um fato do homem, contrário ao direito. Mas a relação que se forma, da reação da lei, que o proíbe, frente ao fato delituoso, restabelece a harmonia no reino do direito.

Pertence às condições ontológicas do delito não só a relação de contradição entre a vontade e o fato do agente e o direito tutelado pela lei penal, como também tudo o que corresponde à intenção e constitui o elemento moral ou psicológico do ato delituoso (26).

Dessa forma, é completa a noção ontológica do delito, não se esgotando esta numa caracterização abstrata exclusivamente de relação jurídica, mas abarcando, em sua generalidade, a totalidade dos aspectos fundamentais que envolvem a complexa figura do delito.

Como ente jurídico, o delito tem por objeto não uma coisa ou o homem, senão uma *idéia,* o *direito* violado, protegido pela lei.

Aqui se faz necessária uma distinção fundamental: a ação do homem (comissão ou omissão), que expressa a materialidade da conduta criminosa, tem por objeto uma coisa ou um ser humano, mas o ente jurídico só pode ter por objeto o próprio direito tutelado, atingido pelo ato delituoso.

Resulta o delito do "choque do fato com a lei", mercê do concurso de elementos que constituem as fôrças do delito. A teoria das fôrças é fundamental dentro da doutrina em exame, porque por intermédio dela ficou traçada a distinção entre os fatos que podem se considerar legìtimamente delitos e aquêles que não podem sê-lo senão por despotismo (27).

Duas são as fôrças que concorrem na consecução do delito: a moral e a física. Essas duas fôrças foram dadas pela natureza ao homem, constituindo o conjunto de ambas a sua personalidade, devendo, por isso, concorrer no delito, para que êste seja um ato humano (28).

Carrara qualificou sua doutrina de ontológica. E' uma ontologia, como acentuou o Professor Sebastián Soler no prefácio de sua tradução do "Programa", de entes ideais e não de coisas (29).

Êsses entes ou sêres ideais, entretanto, estão dotados de "fôrça constrictiva, semelhante à que deriva dos fatos da natureza" (30).

Como os sêres do mundo real, também os objetos jurídicos têm uma natureza, a qual não pode ser alterada pelos legisladores.

Acentua o Professor Soler que êsse conceito de natureza não se identifica com o de realidade material, mas o abarca (31).

Essa elaboração da doutrina penal por meio do manejo de objetos ideais, reconhecendo nêles qualidades preexistentes, constitui o fundamento da ontologia jurídica de Carrara.

E' de se notar que essa elaboração de princípios jurídicos, com o emprêgo de entes ideais, não constitui u'a mera elocubração abstrata, mas é um pressuposto necessário à própria formulação concreta do direito.

A doutrina penal de Carrara é eminintemente jurídica. Daí se poder afirmar que a ciência criminal começou a existir, como disciplina jurídica pròpriamente dita, a partir da sistematização por êle feita da mesma.

Assim, com o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, com a definição da verdadeira função da autoridade social e com a precisa caracterização jurídica do delito, a justiça penal viu-se purificada das iniqüidades do passado, o homem, mesmo o culpado, senhor dos seus direitos, e a sociedade mais livre.

"Estabelecido, de uma vez para sempre, o limite do *proibido*", podia-se afirmar que a ciência criminal era "o supremo código da liberdade" (32).

A Escola Positiva

Em fins do século passado, verificou-se, na Europa, uma forte reação à doutrina de Carrara, produzida pelas concepções de Lombroso, Ferri e Garófalo, que organizaram a Escola Criminal Positiva.

Justificou-a Ferri escrevendo "que *antes* de estudar o crime como o "ente jurídico" e infração da lei penal, era preciso estudá-lo e conhecê-lo como ação humana, isto é, como fenômeno natural e social, notando-lhe as causas tanto naturais como sociais e avaliando-o como expressão anti-social de uma dada personalidade delinqüente" (33).

O interêsse jurídico do delito deslocou-se do plano ontológico para o da realidade social, que passou a ser estudada com o emprêgo do método experimental.

O ato delituoso, constituindo um mero fenômeno natural e social, devia ser encarado através da pessoa do delinqüente, considerado agora como o principal "protagonista" da ciência criminal, na expressão de Ferri.

Para êle, o crime tem um objeto jurídico genérico e um objeto jurídico específico. "O genérico é a *norma penal*, imposta pelo Estado e violada pelo delinqüente. O específico é o direito subjetivo (que na maior parte dos casos existe e é regulado e protegido também por outras normas de direito civil, público, etc.) ou realmente ofendido ou pôsto em perigo; e, na sua falta, o bem ou *bem-interêsse* jurìdicamente protegido pela norma penal e respeitante ou a um indivíduo, ou a uma coletividade ou à sociedade inteira, jurìdicamente organizada no Estado ou ainda à sociedade dos Estados" (34).

E desta forma conclui seu pensamento: "tudo isto, entenda-se, como resulta da organização jurídico-positiva de cada povo" (35).

O direito penal foi absorvido pela Sociologia, da qual se tornou parte. A noção jurídica do delito perdeu seu substrato ontológico e passou a ser mera expressão da lei, objetiva ou subjetivamente considerada.

Ao lado de Ferri, seguindo diretrizes semelhantes, avulta-se Garófalo, com sua teoria do "delito natural", o qual assim definiu: "o delito social ou natural é uma lesão daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais (piedade e probidade) segundo a medida média em que se encontram nas raças humanas superiores, cuja medida é necessária para a adaptação do indivíduo à sociedade" (36).

Também a noção de Garófalo refoge ao campo da dogmática-jurídico penal.

A construção da Escola Positiva, por orientar seus estudos com o emprêgo de um método insuficiente e por "dedicar-se, como afirma Asua, de um modo quase exclusivo à crítica das leis", desvirtuou a noção jurídica do delito em seu profundo e universal significado.

Incisiva é esta crítica de Jorge Frias Caballero: "La Escuela Positiva pugna, pues, por destruir el edificio jurídico del Derecho Penal. Inicialmente la cienca del Derecho Penal es o una rama de la Antropologia criminal o un capitulo de la Sociologia criminal. Es evidente que el positivismo, volviendo más tarde sobre sus pasos, emprende con

tardio brio la tarea de la elaboración jurídica; pero lo cierto es que su exageración primitiva acarrea para esta disciplina un notable rezago respecto de las otras ramas del Derecho" (37).

Tentativas de síntese

Passado o fervor inicial da orientação positiva, uma outra surgiu no campo do direito penal, intitulada Terceira Escola e liderada por Alimena e Carnevale.

Quanto ao método, aproximava-se da escola anterior, aceitando, entretanto, a investigação filosófica.

O delito era encarado como um fenômeno individual e social, semelhantemente ao ponto de vista de Ferri e seus companheiros de escola. Por isso mesmo, não trouxe a nova escola substanciais alterações.

Na Alemanha, Franz von Liszt e os demais fundadores da União Internacional de Direito Penal, postulando princípios semelhantes, apresentaram uma contribuição mais avançada.

Pregava v. Liszt uma nova Política Criminal, a qual definiu como o "conteúdo sistemático de princípios — garantidos pela investigação científica das causas do delito e da eficácia da pena —, segundo os quais o Estado dirige a luta contra o delito, por meio da pena e de suas formas de execução" (38).

Para êle, o crime, a pena constituíam as idéias fundamentais do direito penal. Sua preocupação principal foi a de apresentar um fundamento jurídico à pena finalista, com a aplicação, no campo do direito penal, das idéias desenvolvidas por Jhering na Filosofia do Direito.

Genèricamente, para Liszt, "delito (ato punível) é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima conseqüência" (39).

No fato delituoso, destaca os seguintes caracteres:

a) o delito é um ato humano, voluntário; b) é um ato *contrário ao direito*, que "implica na lesão ou perigo de um bem jurídico"; c) é um ato culpável por dolo ou culpa.

O delito, escreveu em seu Tratado, "é um ato apreciado jurìdicamente em duas direções: no elemento essencial contrário ao direito e no elemento característico de culpabilidade. E conclui: "O conceito do ato, apreciado pelo direito, se estabelece como conceito fundamental da teoria do delito" (40).

Especìficamente, o delito é a infração penal: "o delito é o ato culpável, contrário ao direito e sancionado com uma pena" (41).

A reprovação jurídica que recai sôbre o ato é dupla. O ato é *formalmente* contrário ao direito enquanto é transgressão de uma norma estabelecida pelo Estado, de um mandato ou de uma proibição da ordem jurídica. E' *materialmente* ilegal enquanto significa uma conduta contrária à sociedade, isto é, anti-social.

Acentua Liszt que "o ato contrário ao direito é um ataque aos interêsses vitais dos particulares ou da coletividade, protegidos pelas normas jurídicas" (42).

O dever fundamental, primeiro, das normas jurídicas, é proteger êsses interêsses vitais. Constituem êles "bens jurídicos", em razão da proteção que lhes outorga o direito.

A sua vez, o dever principal da ordem jurídica positiva é assegurar a consecução da convivência social, humana. Resulta daí que "a lesão de um bem jurídico só será materialmente *contrária ao direito* quando estiver em contradição com os fins da ordem jurídica" (43).

Essa lesão pode ser legítima mesmo quando fira interêsses jurìdicamente protegidos, uma vez que, e na medida, responda aos fins da ordem jurídica, conseqüentemente, da comunidade. Seria, para exemplificar, o caso da legítima defesa.

O juiz está adstrito à lei, não podendo, em circunstância alguma, retificar o direito positivo. Significa isso não só a aceitação do princípio de legalidade do delito, como também a proibição da analogia em matéria penal.

Von Liszt erigiu sua doutrina com fundamento no direito positivo. O direito positivo são as normas jurídicas que protegem os interêsses individuais e coletivos da sociedade, elevados por elas à categoria de "bens jurídicos".

Sub specie juris, o delito é *formalmente* ilegal enquanto transgride aquelas normas, é *materialmente* ilegal enquanto expressa uma conduta anti-social.

A investigação do fundamento jurídico do delito está ligada à da norma jurídica. Esta, a seu turno, expressará os fins ou interêsses da sociedade, os quais lhe cumpre resguardar.

Não há, aqui, uma fundamentação ontológica do ato delituoso, mas há, entretanto, uma superação da doutrina penal positiva, porquanto enuncia pressupostos de ordem filosófica, informadores da estrutura do direito temporal.

Em começos do corrente século, originou-se na Itália uma nova orientação dentro da doutrina penal, hoje conhecida pela denominação de Escola Técnico-Jurídica.

Entre seus maiores vultos, assinalam-se Rocco, Manzini, Massari, Vannini e outros, destacando-se atualmente Filippo Grispigni.

Sôbre essa escola, escreve Florian: "Ela prescinde da liberdade de arbítrio, mas a figura do homem imputável não muda; ademais, ela repudia o método puramente racional da investigação filosófica, rechaça, em suma, aquêle método do direito natural que havia dado à escola clássica perfeição, glória e consideração, de onde se infere que restringe o estudo do direito penal ao campo do direito positivo vigente" (44).

A orientação de Grispigni, por êle mesmo denominada de "orientação técnico-científica", tem por objetivo "estudar a decisão cri-

minal com os critérios e finalidades práticos da psicologia experimental, sem fechar a ninguém a possibilidade de integrar, em *sede filosófica,* os limitados conhecimentos oferecidos pela psicologia experimental" (45).

Visa, no tratamento dos problemas do direito penal, uma superação filosófica, tentando uma "síntese" dos princípios da Escola Clássica e da Escola Positiva.

Substitui o método filosófico pelo científico, no estudo dos delitos e seus autores, e atribui ao direito penal uma função "meramente técnico-instrumental, como meio de tutela social" (46).

Com o emprêgo do método próprio — chamado de jurídico ou empírico-científico — constrói uma teoria do delito-tipo objetivo.

Encarado sob o ponto de vista puramente formal, o delito, para Grispigni, é "todo o fato ao qual o ordenamento jurídico faz seguir uma pena, como conseqüência jurídica" (47).

Dessa definição, como acentua seu autor, resulta que, para se identificar um delito, é necessária a referência à sua conseqüência jurídica: a pena.

Comporta, assim, o delito, conceito sociológico: "é o delito a conduta que faz impossível ou põe em grave perigo a convivência e a cooperação dos indivíduos que constituem uma sociedade" (48).

Sob êsse aspecto, o delito implica "lesão ou perigo de lesão dos bens e interêsses fundamentais da sociedade" (49).

Encara, ainda, Grispigni, o delito sob o ponto de vista político-jurídico ou teleológico, ou seja, do ordenamento jurídico.

Ainda aqui o delito é encarado sob o prisma da sanção específica que acarreta. Essa circunstância especifica o conteúdo jurídico do delito, que é qualitativamente diferente do conteúdo jurídico dos demais ilícitos.

Enquanto os outros ilícitos são "causa de dano ou de perigo *diretos* e imediatos, o delito é encarado como "causa de dano ou de perigo *sociais indiretos*" (50).

Assim é, porque o ordenamento jurídico lança mão de sanções extra-penais como reação contra o dano e o perigo direto e imediato, e da pena frente ao dano e ao perigo sociais indiretos.

O bem tutelado pelas leis penais e atacado pelo delito, "constitui o direito do Estado à sua própria existência e conservação, porque o delito é a negação do Estado mesmo em sua vida e conservação" (51).

Dentro dêsse princípio geral, Grispigni encontra que o objeto jurídico do delito é o direito subjetivo do Estado à sua existência e conservação. Como conseqüência, a função do direito penal é a de tutelar os bens fundamentais e essenciais do Estado.

Mais positiva do que clássica, apesar de seu enderêço conciliador, a orientação de Filippo Grispigni busca trabalhar a realidade jurídica temporal com um método empírico, ao qual atribui carácter de científico.

Alheia a qualquer investigação de natureza filosófica, pretendendo mesmo transcendê-la, a posição técnico-jurídica encara o delito, jurìdicamente, através da pena, cuja natureza sancionadora especifica o ilícito penal.

Essa concepção constitui uma rígida dogmática jurídica formalista do direito penal, cujos fundamentos entende radicam no Estado.

A teoria da tipicidade

Em 1906, Ernest Beling, professor da Universidade de Munich, lançou, em sua obra "Teoria do delito", a teoria da tipicidade.

O "tipo", em delito, anteriormente, tinha o carácter de especificidade, compreendendo o ato delituoso em todos os seus elementos, inclusive o dolo e a culpa.

Com destaca Jimenez de Asua, a tipicidade, na "evolução do conceito de conjunto do ato punível, compreende três fases" (52).

A primeira, é representada pela doutrina de Beling, em que a tipicidade tem função apenas descritiva, destacada da antijuridicidade e da culpabilidade da ação delituosa.

Para Beling, *tipicidade* é a "qualidade do fato, em virtude da qual êste se pode enquadrar dentro de alguma das figuras de crime descritas pelo legislador mediante um processo de abstração de uma série de fatos da vida real" (53).

Em função dessa idéia, define o delito como uma ação típica, contrária ao direito, culpável, sancionada com uma pena adequada e suficiente às condições objetivas da penalidade.

Essa noção do delito é composta de vários elementos, que integram a figura do delito em um todo.

Em primeiro lugar, o delito é uma ação *típica,* enquadrável dentro de uma determinada figura legal de ilícito penal.

O segundo carácter do delito é a *antijuridicidade.* Deve êle ser um fato contrário ao direito, à ordem jurídica vigente.

O fato deve, ainda, ser culpável. E' o critério da *culpabilidade,* compreendida em sua dualidade de dolo e culpa.

Por último, a ação delituosa deve ser sancionada com uma pena específica. Êsse critério da *punibilidade* tem em mira a adequada e suficiente aplicação da pena, a fim de que ela atenda às condições objetivas da *penalidade.*

A doutrina de Beling, pelo rigor lógico de sua dogmática formalista do direito, tem tido grande repercussão junto aos penalistas que encaram o direito penal sob o ângulo único do tecnicismo.

A segunda fase da teoria da tipicidade está expressa, de acôrdo com Jimenez de Asua, no Tratado de Direito Penal de Mayer, publicado em 1915.

Mayer revisou a noção de tipicidade de Beling, a qual, de mera descrição do delito, ganhou valor indiciário.

Distingue, também, a tipicidade da juricidade. Entretanto, entende que a circunstância que torna típica uma determinada ação, constitui, já, um indício de sua antijuridicidade. "A função indiciária — esclarece Jimenez de Asua — se cumpre principalmente em relação aos elementos normativos, como por exemplo a inclusão no tipo do furto da qualidade *alheia* da coisa" (54).

Edmundo Mezger, em seu Tratado de Direito Penal, publicado em 1931, expõe nova teoria da tipicidade, constituindo-se, então, a terceira fase de investigação da matéria.

A doutrina de Mezger está sucintamente expressa na sua definição de delito: "Ação tìpicamente antijurídica e culpável".

Três classes de elementos contêm a idéia de *tipo,* para Mezger: objetivo, subjetivo e normativo.

O elemento objetivo está representado pela descrição objetiva correspondente ao caso legal particular. Refere-se, assim, à totalidade dos elementos materiais que interferem num determinado delito.

O elemento subjetivo corresponde aos elementos psíquicos, relativos ao agente delituoso e, via de regra, omissos no dispositivo legal que descreve o fato incriminado.

O elemento normativo se desdobra em uma série de outros elementos. Depende dêsses elementos o juízo sôbre a verdade ou não de uma afirmação.

São êles: os elementos cognoscitivos de valorização, as circunstâncias de perigo comum, as circunstâncias de perigo individual, os conceitos de valorização jurídica e os conceitos de valorização cultural.

Sôbre a doutrina de Mezger, declara Jimenez de Asua: "Na concepção de Mezger a tipicidade é muito mais que indício, muito mais que *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, chegando a constituir a base real desta, ou seja sua *ratio essendi*" (55).

Como observa aquêle autor, a doutrina de Mezger cria uma antijuridicidade penal frente à antijuridicidade geral.

A teoria geral da tipicidade, encarada englobadamente nas três expressões assinaladas, trouxe uma alta contribuição à teoria do delito.

Foi destacado e ficou assinalado o aspecto "típico" do ato punível. Entretanto, não é aceitável o exagêro a que certos doutrinadores quiseram levar a função da tipicidade na explicação do delito.

Florian, criticando a doutrina da tipicidade, entende que a mesma não faz mais do que "revestir de muitas sutilezas e abstrações um conceito tão simples, como é o de que um fato para ser punível deve exatamente corresponder a alguma figura delituosa descrita no sistema do direito vigente" (56).

Uma conclusão atual

A Primeira Conferência Pan-Americana de Criminologia, reunida, em 1947, no Rio de Janeiro e em São Paulo, incluiu, entre os temas oficiais, o referente à "estrutura jurídica do crime".

Foi relator oficial da tese o Professor Sebastián Soler, membro da Sociedade Argentina de Criminologia.

Como resultado do brilhante trabalho daquele ilustre professor, a Conferência adotou a seguinte conclusão sôbre o tema: a) é possível assinalar uma estrutura jurídica do delito válida para a maioria dos países, sem prejuízo das peculiaridades nacionais; b) êsse conceito pressupõe, como característica essencial, o princípio "nullum crimen sine lege"; c) a noção de delito deve construir-se sôbre a base do conceito de ação definida.

Para chegar ao primeiro ponto da conclusão acima, Soler sustenta que hoje se pode intentar a estruturação de um conceito de delito de largos alcances. Para isso, é necessário proceder-se a um trabalho de *síntese,* pondo em frente tôdas as figuras possíveis do direito vigente, e tratando de extrair delas o denominador comum.

O devido conceito é o de *fato humano,* que, por não resultar apenas da vida biológica do homem, mas envolver também uma participação psíquica, se transforma em *ação humana.* Resulta, assim, a primeira conceituação genérica e universal do ato punível: o delito é ação.

Êsse elemento humano do delito pode ser encarado sob dois aspectos ou ângulos diferentes: de fora ou de dentro da pessoa do autor; ou seja, o acento pode ser pôsto no resultado, no *dano,* ou na fonte, na *mens rea.*

Mas, acentua Soler, "nem a *mens rea* nem o dano são conceitos firmes e substantivos dos quais possamos partir sem equívocos com relação a todos os delitos. O conceito substantivo que achamos comum a todo delito no direito civilizado é o conceito de *ação,* que não é só subjetividade ou só cega agitação de elementos naturais, senão a forma especìficamente humana de mesclar-se com a realidade" (57).

Êsse conceito de *ação* não se confunde com o de *conduta,* porquanto esta compreende a totalidade dos comportamentos de uma pessoa, e a aceitação de tal idéia, conseqüentemente, levaria a um autoritarismo ilimitado. Daí haver necessidade de a lei definir quais as ações que podem ser consideradas culpáveis.

Por êsse motivo, é de importância fundamental, absoluta, o princípio *nullum crimen sine lege.* Entende Sebastián Soler que tal princípio constitui a base constitucional do direito penal moderno.

O sucinto e anterior conceito do ato punível fica, assim, completo: "o delito não é nem uma condição da pessoa, nem abarca o conceito genérico e contínuo de conduta; não é nem sequer uma ação qualquer, senão sòmente a ação definida, pré-definida, em uma palavra, a *ação tìpicamente adequada a uma figura pré-estabelecida*" (58).

Com essa noção é fixado o ponto de partida sólido para que o jurista cumpra sua tarefa: determinar quando uma ação deve ser considerada delito.

Para alcançar êsse desiderato, o Professor Soler entende que não basta o enquadramento externo do fato, faz-se necessária uma ade-

quação em profundidade, não basta haver o enquadramento jurídico da ação, é necessário também que ela seja jurìdicamente valorizada.

O pressuposto, nesse caso, é o de que o direito é um conjunto de normas, por conseguinte, tudo o que a êsse sistema se incorpora fica valorizado.

O delito, portanto, vem a ser a negação fática do valor jurídico: "é a negação do direito mediante a ação" (59).

Mas, atendendo-se ao princípio de descontinuidade, próprio do direito penal, o delito vem a ser, pois, "uma ação tìpicamente adequada a uma figura, e antijurídica no sentido e extensão dessa mesma figura e não de outra ou de um modo indefinido ou genérico" (60).

Essa objetividade tìpicamente antijurídica estabelece o limite para a Sociedade julgar os homens.

Precisado, em seus têrmos, o fato objetivamente ilícito, é suscitado o problema da pena. Esta, nos códigos penais modernos, consta cominada ao lado dos delitos. Aí não está com mera finalidade de simetria, mas como ameaça e, dessa forma dirigida ao homem, sêr espiritual e não apenas físico.

Tem a pena uma função preventiva, pois o direito leva em consideração que o homem *sabe* o que significa o cárcere, a multa, etc. O êxito de um sistema punitivo se funda na coincidência entre a valorização jurídica e a valorização social dos bens sôbre os quais irá recair a sanção. Dentro dessa ordem de idéias, portanto, o delito vem a ser uma ilicitude culpável.

Quanto à capacidade genérica da pessoa, nesse particular, a imputabilidade é um pressuposto da culpabilidade.

Concluindo sua admirável exposição do tema, o Professor Sebastián Soler, à base dos elementos examinados, conclui o seguinte conceito: "o delito é uma ação tìpicamente antijurídica, culpável e adequada a uma figura legal" (61).

Essa admirável análise, em tôrno da estrutura jurídica do delito, realizada pelo Professor Soler, é de grande penetração do tema, e seu conceito final encerra em síntese todos os elementos que o problema jurídico do delito suscita.

Sua noção de delito como ação tìpicamente antijurídica, se coaduna com a idéia de *relação* sustentada por Carrara, ou seja a relação contraditória entre a ação, o fato humano, e a lei.

Essa relação, em última análise, resulta, evidentemente, da comparação entre a ação ou fato do homem e uma valorização social, disciplinada esta pela ordem jurídica vigente.

O elemento de culpabilidade, que integra a noção jurídica do delito, envolve imediatamente o problema da sanção penal e pressupõe as condições de imputabilidade do agente.

Como frisámos, inicialmente, uma teoria completa do delito não pode ignorar a pessoa do delinqüente, encarado êste em sua totalidade biopsicológica. Paralelamente aos interêsses de ordem jurídica,

resultantes não só do sistema positivo como também dos princípios ontológicos do direito, devem ser levadas em linha de conta as condições pessoais do agente, na avaliação do delito.

A adequação legal do delito — na conclusão do conceito de Sebastián Soler — reveste-se de transcendental significado, face aos têrmos em que é exposta por seu autor.

Essa adequação não é de carácter meramente externo, não é um enquadramento estanque, isolado. Ela deve, necessàriamente, ser uma adequação com sentido valorativo, em função do direito, e não de acôrdo com o dispositivo isolado da lei.

Evidencia-se, assim, o carácter de universalidade do direito. A valorização jurídica só pode existir em função dêsse princípio.

Uma determinada disposição temporal de carácter iníquo, promulgada para proteger uma situação de arbítrio, sendo contrária aos princípios naturais e universais do direito não terá jamais fôrça valorativa, porquanto será contraditória, não se poderá enquadrar no sistema geral do direito.

Assim, a lei, ao lado de seu carácter obrigatório, deve ter um fundamento racional de justiça.

Asevera com sabedoria Cathrein, que "siendo la ley una norma obligatoria, no podrá ser verdadera ley, evidentemente, ningún precepto contrario a la razón. La obediencia de los súbditos precisa ser racional y no lo sería si se exigiera la sumisión a una ley contraria a la razón; seria, por el contrario, tal obediencia una renuncia del hombre a su verdadera dignidad, a la elevada cualidad que como ser racional posee" (62).

O delito, figura fundamental da disciplina penal, não pode, em sua caracterização jurídica, afastar-se de tais princípios universais do direito, sob pena da ciência criminal regredir aos recuados tempos do despotismo.

Notas bibliográficas:

(1) Luiz Jimenez de Asua — El Criminalista — tomo 2.º — pág. 28.
(2) e (3) Francesco Carrara — Programa del Curso de Derecho Criminal — Apêndice — B. Aires, 1949 — pág. 12.
(4) Eugênio Florian — Parte General del Derecho Penal — Tomo I — Habana, 1929, — pág. 370.
(5) Rudolf von Jhering — O Espírito do Direito Romano — Vol. I — Rio, 1943 — págs. 156 e 157.
(6) Jhering — Op. cit. — pág. 157.
(7) Jhering — Op. cit. — pág. 158.
(8) Jhering — Op. cit. — pág. 159.
(9) Jhering — Op. cit. — pág. 159.
(10) Jhering — Op. cit. — pág. 160.
(11) Nelson Hungria — Comentários ao Cód. Penal — Vol. I — pág. 28.
(12) Jimenez de Asua — La Ley y el Delito — Caracas, 1945 — pág. 250.
(13) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 63.

(14) Hungria — Comentários — pág. 10.
(15) H. Donnedieu de Vabres — Traité de Droit Criminel et de Legislation Penale Comparee — Paris, 1947 — pág. 53.
(16) Eugênio Florian — Op. citada — pág. 45 e 46.
(17) Carrara — Apêndice — pág. 12.
(18) Carrara — Apêndice — pág. 16.
(19) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 4.
(20) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 4.
(21) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 4.
(22) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 41.
(23) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 48.
(24) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 48/49.
(25) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 49.
(26) Carrara — Programa — Vol. VII — pág. 162.
(27) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 61.
(28) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 67.
(29) Carrara — Programa — Vol. I — Prefácio — pág. XV.
(30) Carrara — Programa — Vol. I — Prefácio — pág. XV.
(31) Carrara — Programa — Vol. I — Prefácio — pág. XV.
(32) Carrara — Programa — Vol. I — pág. 5.
(33) Henrique Ferri — Princípios de Dir. Criminal — S. Paulo — pág. 40.
(34) Ferri — Op. cit. — pág. 399.
(35) Ferri — Op. cit. — pág. 399.
(36) Garófalo — Criminologia — Turin — Bocca, 1885 — pág. 30.
(37) Jorge F. Caballero — El Processo Ejecutivo del Delito — pág. 89.
(38) Franz von Liszt — Tratado de Derecho Penal — Tomo 2.º — Segunda Edição — Madrid, 1927 — pág. 56.
(39) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 252.
(40) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 253.
(41) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 254.
(42) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 324.
(43) F. von Liszt — Op. cit. — pág. 325.
(44) E. Florian — Op. cit. — pág. 32.
(45) Filippo Grispigni — Derecho Penal Italiano — Vol. I (1) — Buenos Aires, 1948 — pág. XXX.
(46) F. Grispigni — Op. cit. — pág. XXXIX.
(47) F. Grispigni — Op. cit. — Vol. I (2) — pág. 44.
(48) F. Grispigni — Op. cit. — Idem — pág. 45.
(49) F. Grispigni — Op. cit. — Idem — pág. 45.
(50) F. Grispigni — Op. cit. — Idem — pág. 61.
(51) F. Grispigni — Op. cit. — Idem — pág. 260.
(52) Jimenez de Asua — El Criminalista — tomo 2.º — pág. 30.
(53) Beling — "Die Lehre vom Verbrechem" — 1906.
(54) J. de Asua — Op. cit. — pág. 32.
(55) J. de Asua — Op. cit. — pág. 33.
(56) E. Florian — Op. cit. — pág. 382.
(57) Sebastián Soler — Anais da Primeira Conferência Pan-Americana de Criminologia — Imprensa Nacional, 1948 — "Estrutura Jurídica del Crimen" — pág. 171.
(58) S. Soler Op. cit. — pág. 173.
(59) S. Soler Op. cit. — pág. 174.
(60) S. Soler Op. cit. — pág. 175.
(61) S. Soler Op. cit. — pág. 178.
(62) Victor Cathrein, S. J. — Filosofia del Derecho — Madrid, 1945 — pág. 54.

FUNÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE *

Mem de Sá

Transporte é o deslocamento material dos bens no espaço.

Assim, sendo a circulação dos bens, em Economia, definida como a passagem dêles do produtor ao consumidor, o transporte em amplíssima margem se confunde com o fenômeno da circulação, pois que, via de regra, esta implica aquêle. Daí, costumar-se distinguir, nos compêndios, dois conceitos de circulação: o econômico, próprio, amplo, e o restrito. No primeiro, circulação é a passagem ou transmissão de direitos sôbre os bens, entendendo-se que êles circulam quando mudam de proprietário. A distinção tem pleno cabimento quando se pensa na hipótese de transmissão de bens imóveis e, particularmente, quando se refere às operações correntes nas Bôlsas e nos chamados Armazéns Gerais. Em todos êstes, a circulação se opera independentemente de transporte. Mas, abstraídos que sejam, na prática e na realidade corrente da vida econômica, transporte se confunde com circulação ou, mais precisamente, não se pode verificar esta última sem a ocorrência do primeiro. Teríamos, assim, em forma muito genérica, expressa a função primacial do transporte.

Remontando a períodos recuados da vida econômica e social, bem é de ver que, então, a confusão ou implicação aludida teria sido a norma.

Em tais períodos foi o transporte por terra, usando da fôrça humana ou da animal, o que primeiro se praticou. Era o transporte terrestre entre tribos e clãs, entre agricultores e artesãos, entre os produtores do campo e os dos primeiros agrupamentos na vila.

Desde que a evolução econômica chegou ao surgimento do comércio como ato específico de intermediação, com a característica de habitualidade e de profissão, natural é que o transporte se haja igualmente desenvolvido; mais preciso, talvez, fôra dizer que o desenvolvimento do transporte é que permitiu a eclosão daquela atividade. E, nesta fase, via de regra a função comercial se confundiu com a transportadora. O transportador era o comerciante. Nesta fase, cuja

*) Prova escrita do concurso prestado recentemente pelo autor para provimento da cátedra de Economia Política, sôbre ponto sorteado na ocasião.

duração se projeta por muitos séculos e que assume predominância até o século 19, é que se desenvolve, em seus inícios, o transporte por água, rios ou mares interiores, muito principalmente o Mediterrâneo.

Desde a descoberta da roda — cuja importância para a civilização dispensa seja ressaltada — e desde a descoberta do aproveitamento da fôrça do vento para o transporte por água, durante largas centúrias não se registram progressos nos processos de transporte, isto é, com mais precisão, nos três elementos básicos que o integram: a via, o veículo e o motor.

Em fins do século 18 e começos do 19, coincidindo com a chamada "revolução industrial", ou melhor, dela fazendo parte integrante e saliente, ocorrem sucessivamente invenções e revelações técnicas que se prolongam ao longo do último século. Elas ocorrem nos três elementos citados, e, de forma mais acentuada, no que concerne ao motor. São tais inventos e seus resultados, a aplicação prática que a vida econômica lhes deu, que permitiram revelar-se, em tôda a extensão e alcance, a função econômica do transporte.

Não interessa ao ponto em exposição determo-nos na significação particular de cada um de tais inventos, conhecidos e constantemente referidos: o motor a vapor, o motor a explosão interna com a utilização do petróleo em suas diversas formas, o tratamento da via terrestre pelo processo de Mac-Adam, a ferrovia, o avião, a fôrça elétrica — eis, aí, sem ordem lógica nem cronológica, os que mais profundamente puderam revelar a capacidade e a amplidão das funções transportadoras.

Tambem foge ao ponto ressaltar as funções sociais, culturais e políticas exercidas pelo transporte, mediante o contrato, o conhecimento e a interpenetração recíproca dos povos, dos hábitos, costumes e gráus diversos de civilização, que o transporte possibilitou. Ressaltemos apenas que todos êstes aspectos se entrelaçam estreitamente à função estritamente econômica do transporte e, na maioria dos casos, decorre dela; isto é, foi o exercício da função econômica do transporte que geralmente permitiu, propiciou e desenvolveu os demais aspectos. Nem seria demais deixar a anotação de que o transporte, como condição essencial do comércio, esteve muito de perto ligado à política e às relações internacionais.

Mas, retornando ao fio da exposição, devemos acentuar que foi com o adiantamento dos meios de transporte — e ainda graças à descoberta da bússola — que a civilização se alargou e o homem veio a tomar posse ou pelo menos conhecimento do seu orbe.

Com os grandes descobrimentos e, depois, com os progressos técnicos dos secs. 18 e 19, desdobram-se os horizontes da vida econômica e no decurso dos séculos 16 a 19 ocorre uma profunda e radical modificação na própria estrutura econômica dos povos. Foge também, à exposição, mostrar as causas múltiplas desta mudança

de estrutura — causas múltiplas e complexas, sem dúvida, mas, entre as quais, bem se deve destacar a do transporte como das de ação mais efetiva.

Chegados, entretanto, a êste gráu de evolução e de progresso, atingido o imenso desenvolvimento dos transportes que caracteriza o século 19 e, muito especialmente, a primeira metade do atual — podemos alinhar as mais destacadas funções que o transporte exerceu ou tem possibilidade de exercer:

— Reconhecida a importância fundamental da divisão do trabalho, como fenômeno básico de todo progresso material do homem, bem é de ver que o transporte o complementa essencialmente, pois sem êle a divisão do trabalho entre os homens teria ficado apenas embrionária, sem condições de promover a eclosão de seus frutos.

E, dentre as formas de divisão do trabalho, de forma particular tudo deve à função transportadora a que tem sido denominado divisão internacional ou, melhor, territorial do trabalho.

E' baseado na excelência desta virtude do transporte, que a corrente livre cambista alicerçou sua admirável construção teórica. A divisão territorial do trabalho, graças ao transporte, permite aos homens o aproveitamento ideal dos recursos naturais de que dispõem, ou, usando da linguagem da escola matemática, permite a ofelimidade máxima. Ela — divisão, — com o transporte, realizaria entre as regiões e as nações o aproveitamento ótimo dos recursos, consoante os princípios das escolas liberal e hedonística — o maior rendimento com o menor dispêndio. Possibilitaria o aproveitamento de tais recursos mediante a especialização das atividades humanas. Daí, a bela teoria dos custos comparativos que asseguraria a todos os povos, indistintamente, gozar de tais vantagens, ainda quando fôssem os menos bem dotados de condições ou recursos naturais. Não analisaremos, entretanto, a procedência ou realidade dêsses argumentos — (Benini resumiu o ponto de vista hoje dominante dizendo que se trata de uma "bela ilusão teórica") — nem os demais do velho debate entre livre câmbio e protecionismo.

Mas, inegável é, como balanço da contenda, que o ideal do melhor aproveitamento do trabalho e dos recursos naturais — que se realize êle integralmente ou apenas com as drásticas restrições e extremas reservas dos dias atuais — inegável é que ao transporte — em sua função econômica primacial — se deve tudo quanto temos e ainda gozamos da divisão territorial do trabalho, vigente, aliás, plenamente, quando se exerce sem peias políticas e alfandegárias, entre partes ou regiões de um mesmo país.

— Conseqüência direta desta primeira, e de máximo destaque para a economia, é a função do transporte como ampliador ilimitado dos mercados. Temos aqui uma das causas fundamentais da alteração de estrutura que marca a evolução econômica dos fins da Idade Média para a época moderna. Caracterizava, entre outras marcas não menos

importantes, aquela economia o fato da limitação do mercado. E, daí, a par do desfavor natural, lhe decorreram méritos assinalados por todos os estudiosos. Era o período da produção para o consumo, isto é, para as necessidades efetivas da coletividade, ao invés do traço marcante da economia moderna: produzir para produzir lucro, atendendo e esperando necessidades de mercados distantes e ilimitados; o consumidor não mais comanda a produção, mas é comandado por ela. Como diria Marx, ao ciclo mercadoria-dinheiro-mercadoria, substituiu-se o ciclo dinheiro-mercadoria-dinheiro.

Foi, portanto, o transporte que permitiu a expansão onímoda e quase sem limites dos grandes centros produtores que, por meio dêle, esperam colocar seus produtos em mercados mundiais. Não há que distinguir, nestas concepções, entre necessidades humanas essenciais ou simples satisfação suntuária de prazer ou de confôrto.

— Em decorrência da função anterior, outra surge: o transporte ou criou ou possibilitou as grandes concentrações urbanas modernas. Certo que outras existiram em épocas distantes da história. Mas as atuais são, por via de regra, conseqüência direta da criação da grande indústria e do grande comércio, graças à existência de grandes mercados, que, de sua vez, são fruto da função transportadora. Anote-se, doutra parte, que, criado o grande centro produtor, criado está o grande centro consumidor.

Vamos aí encontrar o transporte — que, aliás, é condição essencial para a existência do grande centro urbano, pois a função do transporte interno, dentro dêle, é imprescindível para a sua vigência — vamos aí encontrar o transporte, dizíamos, como causa de um dos fenômenos de maior transcendência na vida econômica e social da era moderna. Tôda a questão chamada social — isto é, tôda a questão das relações entre trabalho e capital, tôda a luta que caracteriza a civilização ocidental, nos últimos séculos, de concorrência de extermínio, de concentrações econômicas, de luta de classes, de consciência de direitos e reivindicações, de iniqüidades sociais no critério da distribuição das riquezas — tudo isto deriva, em grande parte, da criação dos grandes centros urbanos e das grandes concentrações humanas e proletárias.

— Afora estas, de maior relevância, e ainda como decorrências delas, outras se assinalam ao transporte. Assim, a da possibilidade ou tendência para a igualização de preços entre os diversos mercados. Tal tendência ou possibilidade, cuja significação é evidente, é, entretanto, relativa. Ela deflui do extraordinário progresso do transporte e de sua conseqüente degressão de custo. Vigora, ou poderia vigorar, porém, para certas classes de mercadorias, aquelas que têm o atributo da densidade econômica, isto é, em que é favorável a relação entre valor e pêso ou volume. Assim, não existissem barreiras protecionistas, para grande número de bens, graças ao transporte barato dos dias atuais, poderiam as nações gozar de preços sensìvelmente iguais para artigos da mesma espécie e qualidade.

— Ainda outra: o melhor aproveitamento das mercadorias perecíveis. Estas, que são em grande número, e interessam diretamente, em geral, à subsistência do homem, graças ao transporte, podem ser servidas a consumidores distantes, máxime com o aparecimento dos transportes em câmaras frigoríficas, possibilitando, mais uma vez, o aumento da produção de certos bens e o aumento de bem-estar à humanidade.

Expostas, em linhas gerais, e a vol-d'oiseau, as funções principais do transporte, devemos nos deter na forma específica pela qual estas funções se distribuem entre os diversos tipos ou sistemas de transporte. Podem ser êstes assim classificados, para o que interessam ao ponto:

Por terra: ferroviários ou rodoviários.

Por água: fluviais (incluindo lacustres) e marítimos.

Por ar: aviação.

Os requisitos que se reclamam dos transportes, por sua vez, são: segurança, rapidez, regularidade, comodidade e barateza.

São os interêsses da produção, da circulação e consumo dos bens que, em cada caso, determinarão a escolha do tipo ou sistema mais adequado ao preenchimento da função transportadora.

Bem é de ver que todos os sistemas são, do mesmo passo, ou em determinado gráu, concorrentes e complementares entre si.

É assim, em boa parte, função do transporte rodoviário, e, em menor gráu do fluvial, alimentar o transporte ferroviário. Êste, bem como os dois outros, fornece cargas ao transporte marítimo e ao áereo, e assim por diante se poderiam indicar os pontos de contato e conjugação entre êles, sendo função de cada um, até certo ponto, alimentar os demais.

Doutra parte, porém, é a concorrência que prevalece entre êles na disputa da função. E é o interessado no transporte quem vai decidir pela preferência, de acôrdo com a significação que, em cada caso, terá cada um dos atributos ou requisitos acima enumerados. Em outras palavras, o interessado, em cada caso, procurará a "linha de menor resistência" econômica ao escolher o tipo de transporte. E daí poder-se traçar, em linhas gerais e pouco rígidas, a função predominante de cada tipo na realização da função genérica do transporte.

Para facilidade de exposição, tomemos como base ou ponto de referência, o transporte ferroviário que tem sido, e ainda continua a ser, em geral, dos de maior vulto de carga dentro de cada país.

O transporte ferroviário reúne uma série de caracteres de que decorrem conseqüências diretas quer para a sua preferência, quer para os efeitos da concorrência com os demais.

Dêstes característicos, o primacial é o de ser um sistema que exige a inversão de grandes, senão imensos capitais fixos. Assim, temos o caso de emprêsas em que, para o cálculo do custo unitário, é a parte chamada constante que largamente prevalece.

São, efetivamente, capitais fixos, criadores de quotas de custo constante, nas emprêsas ferroviárias: a chamada linha, ou via, permanente, ou leito de transporte; todos os elementos de tração e de circulação (máquinas e vagões); assim como constantes são as despesas de administração e as chamadas despesas gerais; as de reparação e reconstituição (oficinas, etc.) e, ainda, em grande parte, a de pessoal.

Acresce que dentre os atributos do t. ferroviário estão os da regularidade e segurança — o que significa, de acôrdo com o primeiro, que as emprêsas devem fazer circular composições regulares dentro de horários e entre pontos determinados, afora os que, não sujeitos a tais determinações, se formam de acôrdo com a procura de transporte.

Em qualquer caso, porém, em geral, formada uma composição ferroviária, a parte variável das despesas, integrantes do custo, é relativamente pequena em relação à constante: consiste principalmente em combustíveis, lubrificantes e, em muito pequena escala, em pessoal.

Há ainda a levar em conta que o caso do transporte, especialmente do ferroviário, é um caso característico de emprêsa de produção de produtos conjuntos, como chama a teoria econômica; isto é, dentro do têrmo geral de transporte e carga, há uma multiplicidade de tipos que, por analogia, se assimilam ao caso padrão dos produtos conjuntos. Esta mesma analogia leva a designar como um caso símile ao do subproduto o que se chama, em transporte, frete de retôrno.

Das linhas sumàriamente descritas, depreende-se que se torna pràticamente inexeqüível ligar em cada caso o preço do transporte (frete) ao seu custo.

A noção de custo: tonelada-quilômetro, passageiro-quilômetro — é teòricamente obtida e o custo unitário teòricamente calculado. Mas, pràticamente, não é possível fixá-lo com precisão ex-ante (para usar uma expressão cara aos economistas suecos), mas apenas ex-post.

Daí o fato de serem as tarifas ferroviárias traçadas em bases estatísticas e obedecerem à norma de fixação do custo dos produtos conjuntos, isto é, estipulam-se tarifas diversas, obedecendo a critérios múltiplos, de forma a que as receitas globais cubram as despesas globais, ou de forma a que, das tarifas, a média ponderada dos fretes se aproxime ou ultrapasse da média do custo unitário.

Usando de outra forma, pode-se afirmar que não existe relação de fixidez entre cada tarifa ou frete e o seu respectivo custo, havendo uma larga margem para acomodações que têm por critério, afinal, o custo médio unitário.

Inferências dêstes princípios fàcilmente se percebem. A primeira delas é que a distância é fator de significação menos importante na

ferrovia do que, p. ex., no veículo rodoviário. A ferrovia, em outros têrmos, opera francamente em consonância com o princípio do custo decrescente. Assim, em geral, suas tarifas, em conseqüência, são degressivas, isto é, o frete da tonelada-Km. diminui com a distância, porque a economia ferroviária assim o favorece.

Outra conseqüência está na possibilidade de fretes de retôrno que fiquem abaixo do custo médio, ou mesmo que apenas cubram a parte variável, também chamada especial, do custo unitário (o retôrno opera como subproduto). Esta circunstância possibilita a dualidade de tarifas conforme a direção do transporte e, em conseqüência, outorga à ferrovia, com especialidade, uma notável função: a de estímulo de zonas econômicamente pouco produtoras.

Esta falta de fixidez na relação entre frete e custo, ainda se distingue, na elaboração das tarifas, permitindo que algumas delas atendam ao critério do valor do produto, em conexão com sua capacidade de sofrer maior ônus (o que depende, de sua vez, do gráu de elasticidade da procura do bem em causa). Daí, novas combinações se oferecem: o frete de algumas, por lucrativo, permite o frete abaixo de custo (ou apenas cobrindo o custo variável) de outras mercadorias. Permite, ainda, tal série de combinações, o estabelecimento de tarifas especiais, preferenciais, de combate, etc. em que a emprêsa tem em vista as características econômicas das zonas servidas e a concorrência de outros tipos de transporte.

Mas, do conjunto de tais elementos, chega-se, em resumo, à afirmativa de que o tr. ferroviário tem preferência sôbre o rodoviário para as cargas de menor densidade econômica e para as grandes distâncias. Sua função econômica é, pois, primordial, pois sem elas difìcilmente teriam escoamento os artigos mais baratos (principalmente gêneros alimentícios) e ficariam sem ligação com os grandes centros consumidores as zonas de produção mais distante. Isto encareceria ou dificultaria a vida, máxime das classes pobres, e daria maiores possibilidades às "rendas de situação", isto é, enriqueceria os produtores próximos, a coberto da concorrência dos distantes.

Se, do ferroviário, passarmos ao rodoviário, pondo-os em confronto — e vamos nos referir exclusivamente ao de veículos automotores, por motivos óbvios — especialmente depois do extraordinário surto da técnica registrada principalmente neste século, quer quanto a motor, quer quanto a combustível — verificamos que o automóvel difere profundamente do trem, não só quanto a aspectos técnicos, mas também exclusivamente econômicos. Os capitais fixos lhe são bastante menores (não correm a cargo das emprêsas as despesas da via) e avultam as despesas variáveis: combustíveis, lubrificantes, pneus, salários (sendo de notar que êstes são relativamente muito mais onerosos ao custo unitário no tr. rodoviário do que no ferroviário).

Em resultado, não se verifica a degressão dos custos, o que inferioriza o automóvel para o transporte em longa distância.

Em compensação, porém, o automóvel oferece uma série de vantagens sôbre o seu concorrente, especialmente a adaptação à carga, isto é, a consideração às exigências específicas das mercadorias, a extrema mobilidade, a ausência de rigidez do traçado, o fato de estar à disposição a qualquer momento, e, sobretudo, o fato de permitir o transporte de porta a porta, como se costuma dizer. Ora, esta circunstância redunda na economia dos transbordos, que tanto onera o tr. ferroviário.

Doutra parte, a concorrência entre as emprêsas transportadoras geralmente não permite a discriminação de tarifas conforme o valor da carga. Daí, pela concorrência, haver a tendência de coincidir o frete com o custo unitário, ressalvadas, naturalmente, as hipóteses de rendas.

Em conclusão, o transporte rodoviário vence para as distâncias pequenas, em geral calculadas até 200 kms., e para as mercadorias de maior densidade econômica.

Doutra parte, a extrema mobilidade, a possibilidade de rotas diversas e de paradas a qualquer momento, (os "atalhos", etc.) dão outra função econômica à rodovia: ela fecunda e estimula mais enèrgicamente o progresso de uma região do que a ferrovia. Emquanto esta opera aquêle estímulo originando núcleos e povoações distanciadas umas das outras (as "estações" e "paradas" que são os pontos de concentração de carga das zonas influídas) o automóvel dissemina a produção e o incremento econômico com mais uniformidade ao longo de todo o leito e nas regiões adjacentes.

Passando ao transporte fluvial, encontramos nêle características que lhe permitem um custo unitário de transporte muito mais baixo do que os demais. A via natural de que se serve é a primeira grande vantagem, pois ainda nos casos de regularização de rios, de construção de eclusas ou canais, tais obras não correm por conta das emprêsas e permitem longos prazos de amortização. Acresce o fato de serem igualmente de pequeno desgate, e, pois, de longa amortização, o capital fixo das emprêsas (embarcações em geral) e, ainda, o da feliz relação entre pêso bruto e capacidade de carga — isto é, relação econômica de transporte entre a carga total, inclusive combustivel, e a capacidade de carga útil — muito favorável. No transporte por água, quer fluvial, quer marítimo, aliás, outro ponto merece destaque: — suas despesas são pràticamente constantes, esteja o veículo em marcha ou estacionado, pois, quando em marcha, apenas as despesas de combustível (que são das mais baixas em relação ao efeito) é que acrescem. Portanto, quer no transporte fluvial, como no marítimo, a distância exerce mínima importância; o que importa é a existência de carga abundante, de ida e retôrno, qualquer que seja a quilometragem.

Mas, na fluviovia há a desvantagem da fixidez das linhas, que dependem dos próprios cursos tais como os traçou a natureza, ou, dentro de estreitos limites, de obras de engenharia, unindo tais cursos através de canais.

Graças, porém, às vantagens acima expostas, o tr. fluvial exerce insuperável concorrência aos terrestres, a pequenas ou longas distâncias, para as mercadorias de menor densidade econômica e que não exijam rapidez. Não esqueçamos, porém, como já referido, que as ferrovias, em determinadas hipóteses, podem enfrentar vantajosamente a concorrência, mediante fretes abaixo de custo, como lhe permitem as características de suas tarifas. As emprêsas de navegação fluvial freqüentemente operam sem tarifas fixas, mas através de combinação prévia de frete em cada caso, e devem, em linhas gerais, acomodar seu frete ao custo unitário. Como as ferrovias, porém, e graças à regularidade de suas linhas, tem a possibilidade de fretes de retôrno vantajosos e baratos.

Uma função especial da via fluvial é a localização ao pé de suas margens, e nas zonas portuárias, de um determinado grupo de indústrias — tôdas as que carecem de transporte barato, dada a natureza do produto ou matéria-prima. De outra parte, ela permite esta localização, como dissemos, ao longo de todo o curso, o que favorece a desconcentração ou disseminação da indústria, o progresso de amplas regiões, etc.

Fácil se torna, por oposição, fixar, em poucas linhas, as características do tr. aéreo que, nas últimas décadas, tem tido um desenvolvimento dificilmente previsível. Êste é, de todos, o mais rápido. Mas, doutra parte, o de maior custo, dadas as altas despesas variáveis: grande despesa de combustíveis, grande desgaste de materiais, grandes salários com pessoal altamente especializado. Também não são pequenas as despesas constantes com o que se chama a infraestrutura dos serviços, as oficinas de reparação e o vulto das inversões em capitais fixos. Daí, em conseqüência, o transp. aeroviário estar em condições especiais em relação aos outros: êstes lhe são alimentadores de carga e pouca influência exercem, quanto à concorrência, dado que a aerovia é usada apenas para carga de alta densidade econômica e que exige especial rapidez, pois esta é o atributo por excelência do avião.

Quanto ao transporte marítimo, sua função é específica: a ligação de continentes e regiões, através de mares e oceanos. Os transportes por terra e os fluviais são alimentadores de sua carga e em poucas situações lhe podem fazer concorrência (apenas entre países ou zonas vizinhos, servidos por boas linhas férreas ou rodoviárias). Mesmo nesta situação, o transporte marítimo leva vantagem quanto a fretes, que são muito menores do que os terrestres por motivos que foram direta ou indiretamente expostos. Doutra parte ou encarando doutro prisma, o transporte marítimo é complementar aos demais, pois leva ao destino transoceânico a carga trazida ao pôrto pelos outros tipos transportadores.

De todo o exposto, podem ser fixadas conclusões.

Dentro da função genérica do transporte, cada tipo tem sua função específica. Embora concorram entre si, em muitos casos, são complementares uns dos outros e podem e devem, por isto, ser coordenados, para proveito geral da economia nacional, como da universal.

A ferrovia, o transporte marítimo e o aéreo oferecem grande regularidade, enquanto o rodoviário é o que menor índice de regularidade apresenta. Quanto a velocidade, depois do avião, a ferrovia é a de maior índice, máxime nas longas distâncias (basta pensar que o automóvel é forçado a parar longas horas por dia) e o transporte fluvial o de menor gráu.

Quanto à comodidade, o automóvel a todos supera pelas suas características de adaptação e mobilidade. Quanto a custo: o avião, o automóvel para longas distâncias, o trem para pequenas, o transporte fluvial e o marítimo se apresentam em ordem decrescente.

Fácil será depreender as inúmeras combinações possíveis entre êstes vários sistemas — o que não tem faltado de se verificar, quer espontâneamente, por entendimentos (cartéis, ententes, etc.), entre êles, quer sob a iniciativa do Poder Público. Cremos, aliás, que êste é um dos setores em que mais se verifica — e progressivamente ocorre — a intervenção do Estado na Economia, sob inúmeras modalidades.

E' que a função econômica do transporte aparece como fundamental e exerce influência decisiva sôbre todos os setores e aspectos da vida econômica. As características de muitos dos sistemas estudados, particularmente o ferroviário, o marítimo e o aéreo, conduzem naturalmente à concentração, fato quase universalmente observado. Isto fàcilmente se explica porque quanto maiores as zonas atendidas, quanto mais variados seus produtos, maiores vantagens se oferecem ao transporte, em sua economia interna e na elaboração de suas tarifas. Mostramos, doutra parte, que, principalmente no tr. ferroviário, domina a característica da pluralidade de fretes, isto é, a multiplicidade de preços em categorias (o que se observa também no transporte de pessoas) — e êste é um traço específico dos preços de monopólio. Daí, portanto, por diversos motivos de ordem econômica, se haver chegado às mais altas formas de concentração e de cartelização ou trustificação nos vários gêneros de transporte.

Sempre que isto ocorre, natural e necessária é a intervenção do Poder Público, em qualquer das múltiplas formas que se registram, atualmente, nos vários países do mundo, para a defesa da economia e dos interêsses da coletividade, para a proteção do bem comum, em uma palavra.

E nada melhor do que isto sublinha a transcendência da função econômica do transporte.

OS IMÓVEIS SITUADOS NO URUGUAI E A EXTRATERRITORIALIDADE DO ESTATUTO BRASILEIRO REFERENTE AO REGIME DE BENS NO CASAMENTO

Camillo Martins Costa

EXPOSIÇÃO

Marido e mulher brasileiros, casados, no Brasil, na vigência do Código Civil, sem contrato antenupcial, querem, agora, desquitar-se. O casamento se realizou antes de 1942. Ambos os nubentes eram domiciliados no Brasil, onde também se fixou o domínio conjugal. Não ocorreu qualquer dos motivos indicados no § único do art.º 258 do Código Civil como determinantes do regime de separação obrigatória. Antes do casamento, o marido adquirira, por herança materna, um imóvel situado na República do Uruguai. Pretende êle que tal imóvel representa patrimônio seu, particular, isto é, não compreendido no patrimônio do casal, e que, assim, na partilha, referente ao projetado desquite, não entrará o aludido imóvel. Posto isso,

PERGUNTA-SE:

1.º) É ou não o regime da comunhão universal de bens que prevalece nesse casamento?

2.º) No caso afirmativo, — êsse imóvel do Uruguai estará, porventura, excluído da comunhão?

3.º) Se o imóvel não está excluído na comunhão, haverá, para a mulher, alguma dificuldade no sentido de tornar efetivo o seu direito de incluí-lo na partilha?

4.º) No caso de existir alguma dificuldade a êsse respeito — de que modo se poderia proceder para obviá-la?

PARECER

I. Entedemos que o regime de bens, que se estabeleceu, foi o da comunhão universal, já que ambos os cônjuges eram brasileiros e nada estipularam acêrca de relações patrimoniais, sendo certo, também, que nada ocorreu de natureza a impor o regime de separação, nos têrmos do § único do art.º 258 do Código Civil Brasileiro. Instituiu-se, portanto, a comunhão universal, que é o regime legal decorrente da regra exarada no dito art.º 258, regra essa que se aplica ao caso por fôrça do preceito do art.º 8.º da primitiva Lei de Introdução ao Código Civil, assim enunciado:

> "A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e *o regime de bens no casamento*, sendo lícito quanto a êste a opção pela lei brasileira".

Como se vê, a nossa Lei de Introdução, vigente ao tempo da celebração do casamento, ocorrido antes de 1942, incluía o regime de bens entre as relações jurídicas dominadas pelo estatuto nacional da pessoa. Na espécie, ambas as pessoas eram brasileiras; e, aliás, para o efeito, bastaria que o fôsse apenas o marido. Sendo assim, as relações patrimoniais dos cônjuges se estabeleceram pelo estatuto pessoal, isto é, pela lei brasileira, segundo a qual o regime da comunhão é o que prevalece quando não há contrato e quando não ocorre nenhum dos fatos que tornam obrigatória a separação. Fixado tal regime, tornou-se êle definitivo e imutável por efeito do princípio da irrevogabilidade, consagrado pelo art.º 230 do Código Civil. Aliás, mesmo que o casamento se tivesse realizado na vigência da nova Lei de Introdução do Código Civil (decreto-lei n.º 4.657, de 7 de setembro de 1942) outro não seria o regime de bens referente aos cônjuges aludidos na consulta. E' exato que por essa nova lei (art.º 7.º § 4.º), o estatuto pessoal, até então prevalente em matéria de regime patrimonial dos cônjuges, foi substituído, no Brasil, pelo estatuto do primeiro domicílio conjugal. Mas, se é certo que, no caso, os nubentes eram domiciliados no Brasil, onde se casaram e onde continuaram domiciliados, conclui-se que, mesmo a teor do aludido art.º 7 § 4.º da Nova Lei de Introdução, o estatuto brasileiro teria dominado o regime patrimonial. A verdade, porém, é que êsse regime se estabeleceu nos têrmos do direito brasileiro, por fôrça do estatuto nacional, que êsse mesmo direito impôs no art.º 8.º da primitiva Lei de Introdução. Tal regime que, aliás, em espécie não se alterou, é o da comunhão universal de bens.

II. Como se vê da exposição, o marido, antes de casar, herdou um imóvel situado no Uruguai. Segundo se despreende, não se trata de sucessão testamentária, ficando, pois, excluída, para os efeitos dêste parecer, a hipótese de que o imóvel esteja clausulado de incomunicabilidade ou de que esteja prêso a algum fideicomisso. Assim sendo, êsse imóvel, por fôrça do regime da comunhão universal, estabelecido no caso, entrou para o patrimônio do casal.

Prevemos, entretanto, a objeção decorrente do art.º 10.º da Lei de Introdução ao nosso Código Civil (a primitiva), a mesma a que pertence o art.º 8.º acima invocado.

Dispõe o art.º 10.º:

> "Os bens móveis *ou imóveis* estão sob a lei do lugar onde situados, ficando, porém, sob a lei pessoal do proprietário os móveis de seu uso pessoal ou os que êle consigo tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outros lugares".

Dir-se-á que, se o art.º 10.º submete os bens móveis ou imóveis à lei da sua situação (estatuto real), — é a lei do Uruguai, e não a brasileira, que deve ser observada, em tôdas as relações jurídicas referentes ao imóvel em questão, isto é, ao imóvel que o marido, figurado na consulta, herdou na vizinha República, antes do casamento. Assim, as relações patrimoniais dos cônjuges, no que se referem a êsse imóvel, estariam regidas pela lei oriental, o que vale dizer — regular-se-iam pelo art.º 1951 e 1964 do Código Civil Uruguaio, artigos por fôrça dos quais o mesmo imóvel se considera "capital marital" e não se inclui na comunhão resultante da sociedade legal estabelecida pelo fato do casamento (art.º 1950).

Reza o art. 1951:

> "Son bienes proprios de la mujer los que constituyen la dote y del marido los que componem el capital marital".

Dispõe o art. 1964:

> "Se reputará gananciales todos los biens existentes en poder de cualquiera de los conjuges al tiempo de disolverse la sociedad, si no se prueba *que pertenecian privativamente al marido ó á la mujer, á la celebracion del matrimonio* ó que los adquirió después por herencia legado ó donacion".

Mas, a verdade é que a regra de direito internacional privado, expressa pelo art.º 10.º do nosso Código Civil, não tem alcance de fazer prevalecer, relativamente ao dito imóvel, situado no Estado Orien-

tal, o regime matrimonial de bens, adotado pela legislação uruguaia. É que, segundo a exata inteligência dêsse art.º 10.º, os móveis ou imóveis só estão submetidos ao estatuto real (lei da situação) enquanto considerados isoladamente, isto é, *uti singuli*, como objeto imediato do direito de propriedade. Quando, porém, algum de tais bens, embora apareça numa relação jurídica, nela figura como elemento secundário ou indireto, ou seja como parte integrante de uma universalidade, criada sob a precípua influência de interêsses e direitos pessoais, — êle não atrai para essa relação jurídica o estatuto real.

Assim, por exemplo, quando se perquire qual o estatuto que deve dominar uma sucessão hereditária ou o regime patrimonial de um casamento, não se cogita da natureza dos bens existentes em qualquer dessas universalidades, mas, sim, da índole destas últimas e de certas circunstâncias de expressão estritamente pessoal. Clóvis Beviláqua — "Código Civil", vol. 1.º, pág. 130; Rodrigo Otávio — "Manual do Código Civil de Paulo de Lacerda" — vol. 1.º, parte 2.ª, n.º 320, pág. 302; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho — "Tratado de Direito Civil Brasileiro" — vol. VIII, parte especial, tomo 2.º, págs. 640 e 641; Carvalho Santos — Código Civil Interpretado" — vol. I, pág. 143).

O art.º 8.º da nossa primitiva Lei de Introdução, ao determinar que o regime de bens no casamento, na ausência de pacto, é regulado pela lei nacional da pessoa consorciada (isto é, do marido), indicou um estatuto único e universal para todos os bens, seja qual fôr o lugar da sua situação. O estatuto real, de que fala o art.º 10.º relativamente aos bens móveis ou imóveis, não prevalece contra a regra do art.º 8.º Esta sobreleva e predomina, não só porque é referente a uma universalidade, como porque rege situações jurídicas não suscetíveis de divisão ou fracionamento. A unidade do casamento postula um estatuto único para as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges. Repugna admitir que, em razão da situação dos bens trazidos para o casamento ou adquiridos durante êle, se imponham, para tais bens, regimes matrimoniais diferentes.

O que vai aqui resumidamente exposto, são os princípios do direito brasileiro concernentes ao assunto, princípios que, aliás, não discrepam dos consagrados, quanto à matéria, pelo Código Bustamantete, e já, anteriormente, pela Conferência de Haya.

III. Infelizmente, tais princípios, pôsto sejam os melhores, não são pacíficos em doutrina, e nem sempre foram acolhidos nas leis civis dos diferentes países. O Código Civil do Uruguai, por exemplo, que é de 1868, assim dispõe no seu art.º 5.º:

> "Los bienes raices situados en la Republica son exclusivamente regidos por las leys orientales, aunque sus dueños sean extrajeros y no residan en el pais".

Note-se o rigor com que aí se consagra o estatuto real para os imóveis situados no país. Por êsse art.º 5.º, a submissão de tais bens à lei da situação corresponde a uma regra quase absoluta, em face da qual não cabe distinguir entre os imóveis encarados *uti singuli* e os considerados *uti universitas*.

Todos êles, a teor do art.º 5.º, ficaram "exclusivamente" regidos pela lei oriental. Neste advérbio "exclusivamente", o legislador de 1868 exprimiu tôda a intransigência da sua adesão à escola estatutária.

Isto, evidentemente, não significa que, para os imóveis situados no Estado Oriental, deva, obrigatòriamente, prevalecer, como regime matrimonial de bens, o tipo "gananciales", definido, como regime legal, nos art.ºs 130 e 1.950 e seguintes daquele Código Civil.

O legislador uruguaio, no art.º 1.938, permitiu as convenções especiais, admitindo que elas se afastassem do tipo geral, respeitados, naturalmente, os bons costumes e certas restrições de ordem pública, que outras não são, pelo menos quanto ao fundo, além das apontadas nos art.ºs 1.939 e 1.940. Daí os enunciados seguintes:

> "La ley, sólo á falta de convenciones especiales, rige la asociación conjugal en cuanto á los bienes" (art.º 1.938 in fine).
>
> "Á falta de estipulaciones especiales que modifiquen la sociedad conjugal, las reglas establecidas en el capitulo seguiente formaran el derecho comum de la Republica" (art.º 1.941).

Claro está, portanto, que o citado art.º 5.º, no que diz respeito aos regimes matrimoniais referentes a imóveis situados no país, não exclui os regimes resultantes de convenção especial, desde que lícita. Tais imóveis, por serem regidos exclusivamente pelas leis orientais, não estão submetidos, necessàriamente, ao regime legal uruguaio (ganaciales), e, sim, a qualquer regime decorrente de expressa convenção, desde que admitido pelas leis daquela República.

Parece evidente que, se o legislador de 1868, nos citados art.ºs 1.938 e 1.941, se referiu a "convenciones", e ainda restringiu o conceito por fôrça do adjetivo "especiales", — não teve em mira permitir que também os regimes estrangeiros, resultantes da falta de qualquer pacto antenupcial, pudessem prevalecer sôbre o da lei uruguaia.

Não vamos discutir se a aplicação supletiva dos chamados regimes legais se funda, ou não, na vontade presumida dos cônjuges, ponto êste sôbre o qual, como se sabe, há sérias divergências entre os doutrinadores. Mas, concedendo, mesmo, que o fundamento daquela

aplicação supletiva seja a presunção de um pacto tácito, nem assim se poderia enxergar, nesse pacto, o atributo exigido pelos ditos art.ºs 1.938 e 1.941. Por isto que é tácito e resulta de uma vontade presumida, difícil seria enquadrar aquêle na categoria das "convenções especiais", que outras não serão senão as resultantes de manifestação expressa.

O único dispositivo do Código Uruguaio, que permite a extraterritorialidade de estatutos legais estrangeiros, em tema de regimes matrimoniais de bens, é o do art.º 130; mas êste só o faz sob a condição de que os cônjuges, tendo casado no estrangeiro, hajam fixado domicílio no território do Uruguai.

Eis o preceito do art.º 130:

> "Los que se hayan casado en pais extrangero, y "pasaren á domiciliarse em la Republica, se miraran como separados de bienes, siempre que, en conformidad á las leys bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes".

Não vem agora ao caso, para os objetivos do parecer, fixar todo o exato conteúdo dêsse art.º 130, o qual, como se sabe, foi transplantado do Código Civil Chileno com as mesmas obscuridades originais e com a mesma larga margem para controvérsias de interpretação. Uma cousa, porém, é clara: é que o dispositivo pressupôs cônjuges que viessem fixar o seu primeiro domicílio no Estado Oriental. Para êstes, não há dúvida que o art.º 130, pelo menos em certas circunstâncias, admitiu a extraterritorialidade dos regimes legais sob os quais, no estrangeiro, êles contraíram casamento.

Outro tanto, porém, não se pode dizer, em face do Código de 1868, relativamente aos cônjuges que instalaram fora do Uruguai o seu primeiro domicílio.

IV. No Tratado de Direito Civil Internacional, que celebrou, em 1889, no Congresso Sul-Americano de Montevidéu, o Uruguai abrandou, sensìvelmente, o rigor do seu territorialismo, em tema de regimes patrimoniais no casamento. O princípio, de que os bens situados no país são regidos pelo estatuto real, não foi definido, nesse Tratado, com a mesma amplitude com que apareceu no Código de 1868.

No Tratado, o império da lei da situação dos bens só se proclamou para as relações jurídicas, de carácter real, em que tais bens fôssem envolvidos. Nesta restrição não é difícil descobrir a influência da moderna orientação doutrinária, segundo a qual os bens só estão submetidos ao estatuto real sob o ponto de vista da sua natureza e de cada um dos atributos ligados a esta, — refugindo, porém, a êsse estatuto enquanto considerados dentro de uma universalidade jurídica, criada sob o predomínio de interêsses e de direitos pessoais.

Reza o art.º 26 do Tratado de 1889:

> "Los bienes, cualquiera que sea sua naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto á su calidad, á su possession, á su enajenabilidad absoluta ó relativa y á todas las relaciones de caracter real de que son susceptibles".

Dispõe o art.º 41:

> "En defecto de capitulaciones especiales, en todo lo que ellas no hayan previsto y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, las relaciones de los esposos sôbre dichos bienes se rigen por la ley del domicílio conjugal que hubieren fijado de comum acuerdo, antes de la celebracion del matrimonio".

Preceitua o art. 42:

> "Si no hubiessen fijado de antemano un domicilio conjugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebracion del matrimonio.

No conjunto dêsses três dispositivos colhem-se duas observações de muita importância.

A primeira é a de que o estatuto da situação dos bens não impede, em regra, mesmo no tocante a tais bens, o efeito extraterritorial do regime de casamento de outro país — se êsse outro país fôr aquêle em que os nubentes, antes de casar, combinaram domiciliar-se, — ou, então (por não ter havido êsse prévio convênio), se fôr aquêle em que o marido, ao casar, estava domiciliado.

A segunda observação é a de que essa extraterritorialidade só se opera em falta de contrato especial ou nas omissões dêsse contrato, — mas nunca para estabelecer regimes patrimoniais *proibidos pela lei da situação dos bens*.

Verifica-se, pois, que o Tratado de Montevidéu não é infenso ao ponto de vista segundo o qual os bens, no direito internacional privado, devem, para certos efeitos, ser considerados como elementos de uma universalidade jurídica, para se submeterem ao estatuto que corresponde a esta última. Apenas, como é natural, êle não permite que tenham qualquer eficácia, no país da situação dos bens, estatutos estrangeiros *proibidos pela lei dêsse país*.

V. Por isto mesmo que era um diploma de carácter convencional, o referido Tratado vinculou, apenas, os países signatários, que foram

o Uruguai, a Argentina, a Bolívia, o Paraguai e o Peru. Apesar disso, os princípios, que nêle se consagraram, foram, pouco a pouco, dominando, pelo menos no Uruguai, o direito internacional privado aplicável *erga omnes*, e não, sòmente, aos naturais dos Estados contratantes.

Assim, as regras do Código Civil, de 1868, se completaram com as do Tratado, recebendo dêste a influência de elementos novos, por cujo efeito bem se pode dizer que o direito uruguaio, na expressão da sua doutrina e da sua jurisprudência, moderou sensìvelmente o rigor territorialista decorrente daquele velho Código.

O Professor Irureta Goyena (filho), um dos mais autorizados mestres do direito civil internacional uruguaio, ensina que o Tratado de Montevidéu, de 1889, pode ser invocado, no Estado Oriental, como doutrina corrente, incorporado ao direito dêsse país, nos têrmos do art.º 16 do seu Código Civil (Curso de Sucesiones — vol. II, pág. 24).

Quem quer, pois, que, atualmente, se proponha expor ou interpretar o direito uruguaio, no tocante aos problemas da sua aplicação espacial, não poderá deixar de parte o Tratado de Montevidéu, mas, ao contrário, terá de considerá-lo vigente, não, apenas, para os naturais dos países signatários, mas para todos quantos tenham problemas daquele gênero, ao alcance da jurisdição uruguaia.

O Brasil, como se sabe, conquanto tenha tomado parte no Congresso Sul-Americano em que foi elaborado o Tratado de Montevidéu, não é signatário dêste diploma, nem a êle aderiu.

A despeito disso, e uma vez que os princípios de direito civil internacional, consagrados nesse documento, estão incorporados, como doutrina corrente, ao direito comum uruguaio, podem, sem dúvida, os brasileiros invocar tais princípios, sempre que tenham de raciocinar sôbre os problemas atinentes à eficácia da lei civil brasileira no território do Uruguai, e à eficácia da lei civil uruguaia no território do nosso país.

VI. Ponhamos, portanto, em fase do direito uruguaio, a questão de saber se dois brasileiros — casados no Brasil pelo regime legal da comunhão universal, e sempre domiciliados neste país — são, ou não, havidos, no Estado Oriental, como ligados por êsse regime, relativamente aos bens que um dos cônjuges já aí possuía por herança, ao tempo do casamento.

Já vimos (item IV, supra) qual é a fórmula dentro da qual o direito da vizinha república resolve o problema. A fórmula é esta: o estatuto domiciliar estrangeiro só prevalecerá quanto aos bens situados no Uruguai, *se não envolver um regime proibido pela lei oriental.*

Ora, no caso, êsse estatuto domiciliar (que é o brasileiro) impõe supletivamente o regime da comunhão universal. Cumpre, portanto, verificar se a comunhão universal de bens entre cônjuges, é, porventura, um regime proibido no Uruguai.

Segundo o testemunho do mesmo Irureta Goyena, a questão é controvertida no seu país, embora êste jurisconsulto não vacile em afirmar que a comunhão universal, como regime de casamento, absolutamente não é proibida pelas leis orientais. O emérito professor de Montevidéu, depois de examinar, uma por uma, as três objeções comumente levantadas contra a admissibilidade dêsse regime, inclusive a que procura amparar-se no art. 1.880, do Código de 1868, rebate vitoriosamente tais objeções, para proclamar, como proclama, a perfeita licitude daquele.

Ora, se a comunhão universal, entre cônjuges, não é proibida no Uruguai, conclui-se que o regime legal brasileiro — quando representar o estatuto domiciliar dos nubentes, ou, ao menos, o do marido — tem efeito extraterritorial, e domina, pois, os bens que qualquer dêles, antes de casar, já possuísse naquela república.

Sendo assim, a própria justiça do Uruguai, na estrita observância dos princípios de direito internacional privado do seu país, teria de considerar como pertencente à comunhão conjugal o imóvel a que se refere a consulta.

VII. Entendemos que o juiz brasileiro, na eventual contenda, deve fazer todo o possível por assegurar o império do estatuto pessoal dos cônjuges, inclusive no tocante ao imóvel situado no Uruguai.

Isso nada mais será do que cumprir a lei brasileira (art.º 8.º da primitiva Introdução ao nosso Código Civil) e de observar, aliás, a regra de direito internacional, acolhida tanto no Código Bustamante, como, já anteriormente, na Conferência de Haya.

Assim, na ação, em que os cônjuges se tiverem de empenhar (pois tudo leva a crer que o desquite seja litigioso), o juiz deve considerar o imóvel no Uruguai como pertencente ao casal, para o efeito de ser incluído no monte partível.

Precavendo-se contra as complicações que possam, eventualmente, surgir no Uruguai, com base num diverso critério acêrca do dito problema de direito internacional privado, cumpre, prudentemente, ao juiz brasileiro, ao deliberar a partilha, imputar, no quinhão meeiro do marido, o referido imóvel do Estado Oriental, dando-lhe sôbre os bens situados no Brasil, o que fôr necessário para completar a sua meação. Se não houver, no nosso país, bens suficientes para perfazer a meação da mulher, o marido será condenado a repor, a benefício daquela, o necessário valor. Por via de reposição em dinheiro, também seria resolvido o caso de não haver, no Brasil, quaisquer bens de comunhão. A ação de cobrança, correspondente à obrigação de realizar tais reposições, poderia, de futuro, se tornar ùtilmente possível.

Figuremos, entretanto, a hipótese de que o juiz brasileiro, a despeito das presentes sugestões, entendesse de incluir, no todo ou em parte, o imóvel do Uruguai na meação da mulher, formando o quinhão do marido, no todo ou em parte, com bens ou valores existentes no Brasil.

Imaginemos, mais, que tal partilha não pudesse ser homologada ou executada no Uruguai, exatamente pelo fato de ter atribuído à mulher, total ou parcialmente, um imóvel considerado naquele país como estranho à comunhão conjugal.

Neste caso, parece que a mulher teria, contra o marido, a ação de que trata o art.º 1.802 do Código Civil. O obstáculo, decorrente daquela atitude da justiça uruguaia, corresponderia pràticamente à evicção.

Enfim, — tendo sempre em vista o objetivo de fazer prevalecer, na espécie, o preceito do art.º 8.º da primitiva Lei de Introdução ao Código Civil, o juiz deliberará a partilha, guardado o critério recomendado pelos art.ºs 4.º e 5.º da atual Lei de Introdução.

O que vai acima exposto, responde aos quatro quesitos da consulta.

Em resumo, e reportando-nos, em seguida, a cada um dêles, somos de parecer:

1) — que, em face do direito brasileiro, é o regime da comunhão universal o existente entre os dois cônjuges aludidos na exposição;

2) — que, em face do direito brasileiro, o imóvel situado no Uruguai não está excluído da comunhão;

3) — que, mesmo perante o direito do Uruguai, segundo a interpretação que lhe dá uma autorizada corrente de doutrina e de jurisprudência dêsse país, o regime de bens do casal, aludido na consulta, é o da comunhão universal, com efeitos, também, sôbre o imóvel situado na vizinha república;

4) — que o juiz brasileiro, na previsão das dificuldades que possam surgir por parte da justiça uruguaia, outra cousa não tem a fazer do que adaptar a partilha às sugestões expostas acima.

E' o que pensamos, salvo melhor juizo.

NOTA — A tese, sustentada neste parecer, já foi, há mais de 70 anos, ruidosamente debatida no Rio Grande do Sul, a propósito de uma ação rescisória de partilha, ajuizada em Santa Vitória do Palmar, por Nicoláu Rodrigues de Lima e sua mulher contra os herdeiros do Comendador Manoel Corrêa Mirapalheta. O Tribunal de Relação, de Pôrto Alegre, em confirmação da sentença de primeira instância, declarou, contra o voto, aliás, do Desembargador Martins Costa, que as justiças do Império não tinham competência para decidir, por via de partilhas ou por outro qualquer modo, sôbre bens existentes em países estrangeiros. O caso, porém, foi submetido, por efeito de recurso de revista, ao Supremo Tribunal de Justiça, com sede no Rio de Janeiro, o qual, por acórdão unânime de 1.º de maio de 1880, deu provimento ao recurso, fazendo, assim, triunfar aquele voto do Des. Martins Costa. O tópico culminante dêsse aresto da mais alta côrte judiciária do Império, está assim concebido: "Tendo sido a recorrida casada com o finado Comendador Miräpalheta, conforme o costume do Império e, consequentemente, com comunhão de bens (Ord. liv. 4, tit. 46) — ainda mesmo que se tivesse procedido judicialmente, e mandando o juiz compreender no inventário e partilha os bens pertencentes à recorrida, situados no Estado Oriental, não excedia os limites da sua jurisdição, antes se conformaria com o disposto na citada Ord. liv. 4, tit. 96, § 17, devendo, sim, como se praticou na partilha amigável a fls., aquinhoar com aqueles bens a mesma recorrida, para que continuasse no exclusivo domínio e posse dela, como anteriormente, evitando, assim, qualquer conflito com a legislação daquele Estado." (Vide "O Direito" — antiga revista do Dr. João José do Monte — vol. 21, págs. 574 a 613, e vol. 22, págs. 258 a 277).

"SUPOSTA A EMISSÃO DE AÇÕES COM ÁGIO — NA HIPÓTESE DE AUMENTO DE CAPITAL DE SOCIEDADE BANCÁRIA, — DEVE ENTENDER-SE A IMPORTÂNCIA DO ÁGIO, QUANDO DESTINADA E INCORPORADA AO FUNDO DE RESERVA, COMO SUJEITA AO IMPÔSTO SÔBRE A RENDA E, POR VIA DE CONSEQÜÊNCIA, AO IMPÔSTO SÔBRE LUCROS EXTRAORDINÁRIOS?"

Walter Carlos E. Becker

RESPOSTA:

1. — Porque também no ato nulo há conteúdo econômico, passível de tributação (1), é aqui despicienda a controvérsia existente, na doutrina brasileira, sôbre a questão de saber se o decreto-lei n.º 2.627 (Sociedades por Ações) de 26 de setembro de 1940, permite a emissão de ações com ágio (2).

2. — A tributabilidade (impôsto de renda) do ágio das ações depende da *natureza* que se reconhecer a êsse ágio. Muito se discute em tôrno dela (3).

---

(1) E. VANONI. Natura ed Interpretazioni Delle Leggi Tributarie, pág. 137.

(2) Pela negativa: WALDEMAR FERREIRA, "Compêndio de Sociedades Mercantís", 2.ª edição, 1942, vol. 3.º, pg. 188; Pela afirmativa: FRANCISCO CAMPOS, "Revista Forense", vol. 97, pág. 327.

(3) Apud SOPRANO, Trattato delle Società Commerciale, vol. 1.º, pág. 479: RICCARDI, Riv. di dir. publ., 1910, 11, 183-192; GOBBI, Mon. dei tribunali, 1910, 41; MANARA, Riv. di dir. comm., 1908, II, 531, e 1909, I, 128; e in Foro italiano, 1911, 726; La pretesa imponibilità del sopraprezzo nelle azioni di nuova emissione, Torino, 1911; DE GREGORIO, Riv. di Dir. comm., 1908, 1,301 e segg.; BONELLI, ivi, 1909, I, 833; GRAZIANI (Augusto) Dir. e giur., 1910, 284; CHIRONI, Riv. di diritto comm. 1910, 74, e 1912, 973; CHIRON, II soprarezzo, ecc., TOESCA DI CASTELLAZZO, Dir. Finanziario, 1911, 465; SABBATINI, Cons. comm., 1911, 161.

3. — Êsse ágio é prestação do acionista (capital) ou renda da sociedade?

A. — Sustentam uns ser o ágio "acréscimo do capital" (4).

E. — Outros o consideram "verdadeira renda percebida pela sociedade" (5).

4. — Entretanto, a maioria (6) repele êsses dois conceitos (*A* e *B* do item *3*). Com ela entendemos impossível inscrever o ágio na "conta capital". Unicamente o valor *nominal* da ação representa o capital. A entrada excedente do montante nominal da ação eqüivale ao excedente do valor real das ações subscritas pelos acionistas antigos. O valor sobrelevante não aumenta o *capital* e sim o fundo *social*. A proporção existente entre o capital e o conjunto dos recursos da emprêsa permanece o mesmo.

De outro lado, as reservas constituídas com o ágio da emissão de ações diferem das reservas *ordinárias*, não correspondem a *rendas percebidas*. Não se pode identificar o ágio da emissão com renda, sem desconhecer o papel econômico e a razão de ser daquele.

Não constitui o ágio soma produzida pela atividade *normal* da emprêsa; êle é elemento *produtor*, não elemento *produzido*.

Em suma, confunde-se o ágio com as reservas e constitui, como estas, capital diretamente constituído pela vontade social, vontade superior e independente dos acionistas (7).

5. — Precisamente porque o ágio na emissão de ações vai formar reserva da sociedade, um bem do ativo, não surgido como renda do capital social, o impôsto de renda não o alcança (8).

6. — Assim também entendeu a antiga Delegacia Geral do Impôsto de Renda, fundada em pareceres de Joaquim Pinheiro Paranaguá, J. X. Carvalho de Mendonça, Epitácio Pessoa e Augusto Meirelles Reis (10).

(4) L. LYON-CAEN, De l'emission d'actions au-dessus du pair ou à primes, Revues des Societés, 1909, p. 185; WODON, Rev. prat. Stés. Belge, 1913, p. 89.
(5) Jurisprudências Belga (CROIZAT, La Notion de Fruits en Droit Privè et La Notion de Revenus en Droit Fiscal, p. 181) e Italiana, esta até 15 de outubro de 1925, data do decreto-lei n.º 1.802 que Isentou o ágio em análise do impôsto de "reddito".
(6) Apud CROIZAT, op. cit., p. 183: VIVANTE, Traité de droit commercial, t. II, n.º 485; AMIAUD, Des comptes de réserves dans les societés par actions, 2.ª édit., ps. 138, 438 e 439. HOUPIN et BOSVIEUX. Traité gén., théor. et prat. des sociétés commerciales, t. II, n.º 888 e t. III, n.º 1.413. BARATIN. De la prime d'émission d'action en regard de la loi du 29 juin 1872, Rev. Stés, 1923, p. 455. WAHL. Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières, t. II (1909), n.º 2.243. BINET. Revue de l'Enregistrement, 1920, n.º 7.146. MAGUERO. Traité alphabétique des droits d'enregistrement, v.º Société, n.º 192, 2.ª ed. BOSVIEUX. Jal. Stés, 1920, p. 211. JACQUES FRIMOSE. Du caractère juridique des primes d'émission envisagé ao point de vue de la perception des droits d'enregistrement et de l'impot sur le revenu, Rev. not et Enreg., 1925 n.º 20.472. CHARRON. Rev. not. et Enreg., 1922, n.º 18.991.
(7) CHARLES CROIZAT, La Notion de Fruits em Droit Privè et la Notion de Revenus en Droit Fiscal, pgs. 183 a 189.
(8) TÚLIO ASCARELLI, RUBENS GOMES DE SOUZA e JOÃO BAPTISTA PEREIRA DE ALMEIDA SILVA, Lucros Extraordinários e Impôsto de Renda, 1944, pg. 117, n.º 57.
(9) TITO REZENDE, Manual Prático do Impôsto de Renda, 3.ª edição pág. 396.
(10) TITO REZENDE — op. cit. loc. cit.

7. — Entretanto, o Primeiro Conselho de Contribuintes julgou tributável, em poder da sociedade, o ágio de emisssão de ações, consoante se verifica do acórdão proferido, sob n.º 21, em 1926, em recurso interposto pelo Banco Comercial do Estado de São Paulo (11).

8. — Em 3 de novembro de 1934, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de pronunciar-se, em parte, sôbre a questão em análise: decidiu que a distribuição aos acionistas de "prêmio de emissão de ações", mantido em reserva pela sociedade, valeu "distribuição de lucros aos acionistas, lucros auferidos no Brasil e que não tinham sido tributados" (12).

9. — Nos têrmos do decreto-lei n.º 6.224, de 24 de janeiro de 1944 (Lucros Extraordinários), art. 3.º, § 3.º, "para a fixação do rendimento tributável será adotado o conceito de lucro estabelecido no art. 37, do decreto-lei n.º 5.844, de 29 de setembro de 1943" (Impôsto de Renda).

Assim, no Brasil, lucro extraordinário sòmente será considerado o lucro que, no conceito fiscal da lei do impôsto de renda, constitua "renda" da pessoa jurídica.

10. — Desta sorte, negado ao ágio questionado o carácter de renda, está êle, *ipso facto*, livre do impôsto de "*lucro* extraordinário".

É o parecer que submeto à censura dos doutos.

(11) TITO REZENDE — op. cit. loc. cit.
(12) DIÁRIO DA JUSTIÇA — 25/11/37.

INTELIGÊNCIA DO ART. 217 DA CONSTITUIÇÃO SUL-RIO-GRANDENSE

Ruy Cirne Lima

CONSULTA

Dispondo a Constituição do Rio Grande do Sul, artigo 217, que "o Estado manterá um órgão colegiado e autônomo, incumbido do estudo dos problemas de administração geral e, especialmente, do contrôle da legalidade dos atos referentes ao serviço civil", consulta-se:

a) qual a posição dêsse órgão, no quadro do poder administrativo, em virtude da autonomia que lhe é outorgada por êsse preceito constitucional?

b) se os seus pronunciamentos, no tocante aos problemas de administração geral e à legalidade dos atos referentes ao serviço civil, constituem decisões a que o Governador deva estrita observância, ou se revestem de carácter meramente consultivo?

EXPOSIÇÃO

1. Secular tradição consagra, no Direito Constitucional Brasileiro, a atribuição ao Poder Legislativo da competência para a criação de cargos públicos. A Constituição do Império prescrevia já: "E' atribuição da Assembléia Geral... criar ou estabelecer empregos públicos e estabelecer-lhes os ordenados" (art. 15, nr. 16). Na Constituição de 1891, inseriu-se disposição de conteúdo idêntico (art. 34, nr. 25), e assim também na Constituição de 1934 (art. 39, nr. 6), como presentemente na Constituição, de 18 de setembro de 1946 (art. 65, nr. IV). A organização administrativa é, pois, no Direito Constitucional Brasileiro, tradicionalmente matéria de legislação.

Seguimos fielmente, nêsse particular, o exemplo norte-americano. Na sua monografia famosa sôbre o Poder Executivo nos Estados Unidos, De Chmabrun, a propósito, observa oportunamente: "le

Pouvoir Legislatif a organisé, dès l'origine du gouvernement, les principaux départements ministériels qui allaient se trouver placés sous la direction immédiate du Président", e acrescenta: "... le Congrès, en organisant l'administration publique, remettait au Pouvoir Executif le soin de la diriger" (Le Pouvoir Executif aux États Unis, Paris, 1896, p. 171 e 174).

2. Nem mesmo em teoria, ao demais, "de lege ferenda", pode ser considerada a competência do Poder Legislativo para organizar a administração pública, como uma anomalia, diante do princípio constitucional da separação de poderes.

Hänel sinalou excelentemente que, em certo sentido, o poder de organização é o mais alto e mais nobre dos poderes, porque expressão da suficiência e independência do Estado como princípio de operação, potência da sociedade humana: "In einem gewissen Sinne ist diesselbe (Organisationsgewalt) die oberste und vornehmste Gewalt. Denn die Organisation ist nicht als der Ausdrück dafur, dass der Staat überhaupt als ein sebstandiges Wesen da sei und für die menschliche Gesellschaft eine Potenz bilde" (Deutsches Staatsrecht, t. I, Leipzig, 1892, § 56, p. 365 e 366).

Assim concebido, o poder de organização aparece-nos como uma forma residual do poder constituinte, que estabelece a organização fundamental do Estado, da qual, à sua vez, a organização administrativa não é senão continuação e complemento. Em regimes, como o nosso, conseqüentemente, nos quais o Poder Legislativo conserva, de modo virtual ou quiescente, em maior ou menor extensão (art. 217, da Const. Fed.), o poder constituinte, a atribuição ao Poder Legislativo da competência para a organização administrativa, manifestação remanescente do mesmo poder constituinte, resulta como de uma exigência lógica do sistema, sem embargo de tôdas as outras razões que, com o mesmo enderêço, usualmente são trazidas a exame.

3. Tal é, também, nêsse respeito, o sistema da Constituição do Rio Grande do Sul (art. 45, nr. VII). E nesse sistema, ressalvada a iniciativa cabível ao Poder Executivo (art. 67, § 2, Const. Fed.; art. 57, nr. III, Const. Est.), fora de dúvida é que sòmente ao Poder Legislativo poderia assistir competência para criar os cargos públicos, capazes de integrar, articulados entre si, o órgão colegiado e autônomo, a que o artigo 217 da Constituição Estadual se refere.

Ainda que se tratasse meramente de coordenar e agrupar, com tal objeto, cargos já existentes, o instrumento que operaria a coordenação ou o agrupamento teria, sempre, que ser uma regra jurídica, uma lei em sentido material (cf. O Mayer, Le Droit Administratif Allemand, t. I. Paris, 1903, § 7, nota 18, p. 118; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. B., 1892, p. 222; E. Löning, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig, 1884, p. 230, etc.).

Na competência para criar cargos públicos, está implícita, além disso, a de fixar-lhes e definir-lhes as atribuições, do mesmo modo por que, na noção de cargo, implícita está a de tarefa a cumprir. Pereira e Souza registra expressivamente "sub verbo": "Estas funções são verdadeiramente cargos, porque necessàriamente trazem consigo trabalho de corpo e espírito" (Dicionário Jurídico, t. I, Lisbôa, 1825, verb. CARGO).

Na jurisprudência norte-americana, digno de nota, a respeito, é o aresto da Suprema Côrte, United States versus Kendall, no qual o juiz Thompson teve ensejo de manifestar-se nestes têrmos: "Seria doutrina alarmante a de que o Congresso não pudesse impor a qualquer funcionário executivo qualquer dever que entendesse adequado e se não mostrasse repugnante a nenhum dos direitos assegurados e protegidos pela Constituição; "it would be an alarming doctrine that Congress cannot impose upon any executive officer any duty they may think proper, which is not repugnant to any rights secured and protected by the Constitution (cf. Frank J. Goodnow, The Principles of the Administrative Law of the United States, New York, 1905, nota 2, p. 79 e 80).

4. Sem embargo da competência indiscutível do Poder Legislativo, não padece dúvida que a Constituição mesma pode determinar diretamente a criação de cargos públicos, ou estabelecer lineamentos mais ou menos complexos de organização administrativa. Antes, se um critério material existe de qualificação da norma jurídica contitucional, êsse ainda é o da organização governamental e administrativa do Estado, que Ulpiano nos herdou: "Publicum jus... in magistratibus consistit" (Dig., lib. I, tit. I, de justitia et de jure, fr. 1, § 2). Willoughby advertiu essa evidência, ao escrever: "somos conduzidos a designar como constitucionais aquelas leis que se relacionam diretamente com a forma de govêrno que há de ser, e com o aquinhoamento dos poderes e a imposição de limitações aos múltiplos órgãos e funcionários governamentais"; "we are led to denominate as constitutional those laws which relate directly to the form of government that is to exist, and to the allotment of powers to, and imposition of limitations upon, the several governamental organs and fonctionaries". E ajuntou: "As disposições constitucionais, definidas de acôrdo com o seu conteudo substantivo, diluem-se em leis e regulamentações administrativas e ordens executivas ou administrativas"; "constitutional provisions defined according to their substantive content shade off into administrative laws and regulations and executive or administrative orders" (W. F. Willoughby, The Fundamental Concepts of Public Law, New York, 1931, p. 84 e nota 13).

Certo, êsse método, por assim dizer, constitucional de organização administrativa oferece inconvenientes. O nosso Visconde do Uruguai, apontando que "é essa matéria essencialmente minuciosa, que se compõe de disposições e medidas pela maior parte sujeitas a alguma mobilidade", acrescentava: "é sem dúvida por isso que nenhuma Constituição regula a organização administrativa" (Ensaio sôbre Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1862, t. I, p. 190).

Não é êsse, porém, o só inconveniente de indicar. Ernst Freund refere, ainda, e com razão, que "o reconhecimento constitucional de um órgão pode prestar côr a vindicações de independência face à regulamentação legislativa"; "the constitutional recognition of an office may lend color to claims of independence from statutory regulation" (E. Freund, Encyclopaedia of Social Sciences, t. III, New York, 1942, verb. CONSTITUTIONAL LAW, p. 249).

Os inconvenientes assinalados, entretanto, não se formulam, como fica visto, com relação ao Poder Executivo e, sim, com relação, exclusivamente, ao Poder Legislativo, que a Constituição, de tal sorte, vencilha ao reconhecimento e à manutenção de um órgão ou de uma organização determinados.

De resto, êsses inconvenientes não são tão graves, quanto se poderia supor. Pontes de Miranda expõe lição segura, acêrca dessas inserções administrativas em textos da Constituição: "o fato de se consignar nos seus textos algum princípio, ainda que básico de uma instituição, não torna "constitucional" tôda a instituição" (Comentários à Constituição de 1946, t. I, Rio de Janeiro, s. d., p. 113).

Não admira, pois, que o artigo 217 da Constituição do Rio Grande do Sul encontre precedente histórico no Direito Comparado. A Constituição do Estado de Colorado, nos Estados Unidos, contém disposição semelhante, pela qual, no próprio texto constitucional, determinou a instituição da "Civil Service Commission" do Estado (cf. James T. Young, The New American Government and its Work, New York, 1936, p. 839).

De modo semelhante à sua congênere norte-americana, a Constituição do Rio Grande do Sul elide, nêsse passo, os inconvenientes da "constitucionalização" dêsse órgão administrativo, remetendo, em suas disposições transitórias (art. 32), a estruturação dêle à lei ordinária.

5. Lei ordinária estruturou o órgão, prescrito pelo artigo 217 da Constituição Estadual, — a Lei nr. 174, de 23 de dezembro de 1947, da qual surgiu o Conselho Deliberativo do Serviço Público.

Êsse Conselho situa-se, fora de dúvida, no âmbito de atuação do Poder Executivo, do qual é parte. As funções que lhe são incumbidas (art. 217, Const. Est.) são manifestamente funções administrativas, compreendidas dentre as que tocam constitucionalmente ao Poder Executivo, a saber:

1. o estudo dos problemas de administração geral;
2. o contrôle de legalidade dos atos referentes ao serviço civil.

A primeira corresponde à atribuição, explìcitamente conferida pela Constituição ao Governador do Estado, de "coordenar as atividades administrativas das diversas Secretarias, tomando para isso as medi-

das convenientes (art. 87, VI, Const. Est.); a segunda, ao dever fundamental, imposto ao Governador do Estado, e expressamente em texto constitucional, de "cumprir, manter e defender a Constituição e as leis, tanto da União como do Estado" (art. 82, § 2, Const. Est.).

6. Nem uma nem outra cousa seriam, porém, possíveis, se não pudesse contar o Governador do Estado, nêsse particular, com a assistência técnica de órgão especializado. Willoughby propõe adequadamente o problema: "Se as exigências da situação hão de ser atendidas, é imperativo, conseqüentemente, que o administrador-em-chefe seja provido com assistência técnica que o habilite a executar o seu trabalho. Essa assistência deveria tomar a forma de criação de um serviço especial, a ser conhecido como "bureau" de administração geral, ou ter-lhe, ao menos, as funções"; "if the requiriments of the situation are to be met, it is imperative, therefore, that the chief executive shall be provided with technical assistance that will enable him to do this work. This assistance should take the form of creation of a special service, to be known as, or at least having the funcions of, a bureau of general administration" (W. F. Willoughby, Principles of Public Administration, Washington, 1927, p. 54).

Essa assistência especializada, quando preparatória e, pois, antecedente à operação administrativa pode, não obstante, receber, em têrmos de Ciência da Administração, a denominação de "contrôle", seja ela de natureza meramente técnica, ou de natureza jurídica. Dubois-Richard insiste, aliás, em que êsse contrôle não se deve limitar à legalidade da atividade administrativa, mas extender-se ainda à sua conveniência e oportunidade: "Avant qu'une décision soit prise et mise à exécution, il importe qu'elle soit contrôlée, par un personnel qualifié, non pas seulement en fonction de sa légalité, mais en fonction aussi de son opportunité et de sa technicité. Tout ce qui est légal, n'est pas necéssairement souhaitable ou même possible; l'action rationnelle d'un gouvernement n'est pas seulement conditionée par la loi, elle l'est encore par la situation financière, par l'état de l'opinion, par les ménaces intérieures ou extérieures. L'autorité de direction a besoin d'avoir une certaine liberté d'action, mais elle doit, elle-même, se soumettre à une discipline de technicité rigoureuse. Avant de donner suite à ses intentions, il importe qu'elle soit eclairée et le contrôle préalable peut être élargi, en vue de lui donner les moyens de connaitre à l'avance les conséquences prévisibles de ses décisions" (L'Organisation Technique de l'État, Paris, 1930, p. 195).

Na Ciência do Direito Administrativo, já a noção de contrôle é diversa. (cf. O. Ranelletti, Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione, Milano 1937, nr. 141, p. 194; Arnaldo de Valles, La Validitá degli Atti Amministrativi, Roma, 1917, nr. 11, p. 68). Sem embargo, dúvida não existe de que a expressão "contrôle" significa estritamente inspeção, verificação, constatação (cf. La Torre, Elementi di Diritto Amministrativo, Milano, 1925, nr. 110, p. 167).

Quer face aos problemas de administração geral, quer face à legalidade dos atos pertinentes ao serviço civil, o Conselho Deliberativo do Departamento do Serviço Público exerce, portanto, uma função meramente de perquirição, de verificação, de constatação, que se não limita aos fatos simplesmente, mas às conseqüências previsíveis dêstes e às das decisões e atos, a que êles devem dar ocasião.

7. Assim caracterizadas as funções do órgão, prescrito no artigo 217 da Constituição Estadual, fácil é qualificar-lhes a natureza. Órgão colegiado, autônomo, cujo fim é preparar o desenvolvimento das tarefas da administração, e a emanação de atos administrativos, pertinentes ao serviço civil do Estado, os caracteres que denota são inequìvocamente os de um órgão consultivo.

Não padece controvérsia a natureza meramente consultiva dos estudos, que êsse órgão é incumbido de realizar, acêrca dos problemas de administração geral. À sua vez, função consultiva é, por igual, a de preparar, através de um contrôle de legalidade, a regular emanação de atos administrativos, referentes ao serviço civil. Tal é, realmente, o escopo das manifestações normais dos órgãos consultivos: "i pareri... sono atti interni degli organi dell'amministrazione consultiva, che debbono servire per la preparazione e l'emanazione degli atti dell'amministrazione attiva" (Santi Romano, Corso di Diritto Ammministrativo, Padova, 1932, p. 257; cf. A. Lentini, Instituzione di Diritto Amministrativo, t. I, Milano, 1939, p. 193). De outro lado, a colegialidade e a autonomia são co-notações clássicas dos órgãos administrativos de consulta. Guido Zanobini, apòsitamente, explana essa peculiaridade da organização administrativa: "Per corrispondere allo scopo di illuminare e consigliare le autorità attive, gli organi consultivi devono riunire particolari requisiti: a) in primo luogo, devono essere formati da persone particolarmente esperte nelle materie nelle quali sono chiamate a dare pareri...; b) devono inoltre essere, a preferenza, organi collegiali, cio in omaggio al principio di logica tradizionale, pel quale, se per deliberare sono piú adatti gli organi individuali, per consigliare si ritengono preferibili i collegi...; c) devono essere costituiti, per quanto possibile, in condizione di autonomia e d'indipendenza, perchè solo in tal modo il loro giudizio può essere libero ed obbiettivo" (G. Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, t. III, Milano, 1946, p. 129; cf. O. Ranelletti, Instituzioni di Diritto Pubblico, Padova, 1937, nr. 340, p. 457). E outros não são, realmente, os característicos do órgão, cuja existência foi suscitada pelo artigo 217 da Constituição Estadual (cf. art. 32, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Cons. Est.; Lei nr. 174 cit., de 3 de dezembro de 1947).

PARECER

Isto pôsto, passamos a responder às perguntas formuladas:

a) A autonomia, reconhecida em texto constitucional ao órgão

colegiado, prescrito pelo artigo 217 da Constituição do Rio Grande do Sul, importa simplesmente em que o funcionamento dêsse órgão se há de operar "a latere" da escala hierárquica, na qual deveria êle situar-se abaixo dos Secretários de Estado, equiparáveis aos Ministros, tradicionalmente em segundo lugar, após o Chefe de Estado (cf. Pereira do Rego, Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, Recife, 1860, § 28, p. 20; Ribas, Direito Administrativo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1866, p. 184; Alcides Cruz, Direito Administrativo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1914, nr. 28, p. 60), situando-se, ao invés, em imediata subordinação à função do Governador do Estado.

b) As manifestações dêsse órgão, caracterizadamente consultivo, não poderão consistir senão em pareceres, com o conteúdo dos quais o Governador do Estado poderá conformar-se, ou não, a seu juízo, de vez que nem se acena, em texto algum, à eficácia vinculativa de tais manifestações, nem seria ela, de resto, admissível face ao princípio, inerente ao regime presidencial, impôsto aos Estados pela Constituição Federal (art. 7, VII, b; art. 36), segundo o qual, no caso, ao Governador do Estado cabe essencialmente todo o Poder Executivo (art. 76, Const. Est.; cf. Rui Barbosa, Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires, t. III, São Paulo, 1933, p. 9; Pedro dos Santos, Os Nossos Ministros de Estado, Rio de Janeiro, 1934, passim). Ao demais, se a disposição da Constituição do Rio Grande do Sul pudesse admitir, nêsse particular dois entendimentos, opostos entre si, ainda assim, o que adotamos haveria que ser preferido.

O entendimento oposto acarretaria inevitàvelmente a inconstitucionalidade, por quebramento do princípio presidencialista, dessa disposição do Estatuto Riograndense, em contraste com o Estatuto Federal. A tál entendimento invalidatório não nos conduz, porém, a regra de exegese aplicável; bem ao contrário, a regra de exegese a ser obedecida é a de que, na hipótese, "aquela interpretação será adotada, que evite o efeito de inconstitucionalidade"; "if there is doubt or uncertainty as to the meaning of the legislature, if the words or provisions of the statute are obscure, or if the enactment is fairly susceptible of two or more constructions, that interpretation will de adopted which will avoid the effect of unconstitutionality" (H. Campbell Black, Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws, St. Paul, Minn., 1896, nr. 43, p. 94; cf. Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, Pôrto Alegre, 1925, nr. 367, p. 314).

Êste é o nosso parecer, s. m. j.

NOTICIAS UNIVERSITÁRIAS

CENTENÁRIO DE RUY BARBOSA

Além das comemorações efetuadas na Faculdade de Direito por ocasião da passagem do centenário do nascimento do excelso brasileiro, conforme foi registrado no primeiro número desta Revista, o Grêmio Universitário Tobias Barreto, entidade cultural dos acadêmicos de Direito, realizou também uma sessão em homenagem à memória de Ruy, tendo convidado o professor Edgar Luiz Schneider para falar na solenidade.

O "Grêmio Universitário Tobias Barreto" é uma associação exclusivamente de estudantes, autônoma na sua organização e na sua vida, e desde a sua fundação, em 1935, vem prestando assinalados benefícios à mocidade estudiosa, com a realização de seus objetivos culturais.

Foi a seguinte a conferência pronunciada pelo prof. EDGAR LUIZ SCHNEIDER, sob o título

"RUY E A MOCIDADE"

"Entre as várias comemorações, que magnificam o centenário de Ruy Barbosa, maior e mais expressiva será, sem dúvida, a comemoração promovida pela mocidade.

A' FEIÇÃO DE PÉRICLES

Foi ela que o genial brasileiro, à semelhança de Péricles, sempre exaltou e, poristo mesmo, deverá recolher e seguir suas lições que contêm um sentido profético, nesta luta mundial pela democracia, em cuja predicação foi constante e insuperável.

As convicções que exprimiu e os foros que sustentou, passado um quarto-de-século, transfundem hoje a plenitude de suas fontes, onde se espelha um idealismo sereno e sem jaça.

Estêve nisso, por certo, a eminência solar do político, que soube antever e a viva transcendência do apóstolo, que soube sentir, abrindo um caminho a seu próprio destino, sobranceiro a todos os desenganos em meio aos quais nunca esmoreceu e jamais recuou.

Nessa individualidade que fulgiu, ao longo de dois regimes, dando de si, em cruzadas memoráveis, a exuberância e o fragor do verbo, que nenhum outro excedeu, ao mesmo tempo que difundia os primores da cultura e da beleza, assoma e esplende uma grandeza diáfana e rediviva.

Assim o contemplou a Nação, nos áureos dias, que foram os seus, defensor ardente da abolição, ou intransigente paladino do direito, sempre ao serviço de tôdas as reivindicações justas, entre as quais se robusteceram e sublimaram as energias do batalhdor indefesso e generoso.

Desaparecido embora do cenário, que encheu de vibração e de fulgor, eis que continua a ressurgir, anos em fora, como um símbolo às gerações, que se sucedam.

E' o que mostra, neste instante, a juventude estudiosa, que traz a sua reverência, sem artifícios, ao maior e mais desvelado entre os mestres, assim pelo que fêz como pelo que disse, devotado sempre ao engrandecimento e à dignificação da Pátria.

Sobra a evidência da intenção, que assiste aos nobres mancebos, nesse culto venerável, pois seus ainda são os problemas nos quais Ruy Barbosa afundava o espírito e concentrava o fervor dos grandes prélios em busca da solução às graves crises nacionais.

Evocar a eloqüência, que deslumbrava e as exortações, que persuadiam, é reviver as campanhas liberais de maior ressonância nas crônicas do civismo brasileiro.

Ainda que mudados os tempos e outras as gerações, não variou a substância das reivindicações humanas, que subsistem e se alongam numa inquietação cada vez mais sensível e profunda.

Não foi sem razão que o insigne homem público, em plena ascensão, advertia que aos moços, dignos dêste apanágio, que também o teve, em espírito, até aos derradeiros instantes, não podiam e não deviam senão pugnar pela verdade, pela liberdade e pela humanidade.

GERAÇÃO INQUIETA

Tríplice consórcio, que exprime e resume, numa síntese magistral, as questões que trabalham a consciência e galvanizam as fôrças da criatura, ciosa do direito de viver, sem constrangimento e sem mistificações.

Ontem como hoje, são os anseios que ainda não atingiram, nas conquistas que se encadeiam, o ponto alto da jornada, que será a definitiva redenção da espécie, entregue à fruição e ao comando da própria vida, mediante a expansão tranqüila e segura de suas aptidões e de suas energias.

Geração que nasceu entre duas guerras, explica-se que seja, também, a menos contente e a mais alvoroçada, diante do mundo revôlto e à procura de apoio, em meio da confusão e perplexidade reinantes.

Por certo, vastas e sensíveis têm sido, através do orbe habitado, as transformações que, a partir da primeira conflagração européia, sofreram as franquias e os valores da civilização. O que hoje preocupa, nas porfias cotidianas, é a sobrevivência do homem, sem usurpações e sem temores, por meio da eqüivalência nos direitos e nas oportunidades. Já não basta a igualdade, senão que importa assegurar a todos os sêres, que integram a comunhão social, um ensêjo irrestrito ao trabalho e ao bem-estar.

Sob tais influxos, desenvolvidos ao arrepio da guerra, surgiram e consubstanciaram-se, em estatuto explícito, os direitos e deveres internacionais do homem, que sobrepaira às fronteiras políticas e aos prejuízos raciais.

Não foi doutra natureza, entre nós, a orientação que cedo contraiu Ruy Barbosa, propugnando a recondução do escravo ao plano humano e fazendo-o titular de iguais direitos, entre os quais estaria o da livre escolha do trabalho e o gôzo tranqüilo de seus frutos.

Mais alto remontou, nas esferas internacionais, onde preconizou e defendeu a igualdade jurídica dos Estados soberanos, que os arautos do imperialismo geográfico e político se recusavam em admitir, receosos de encurtar as perpectivas à exploração econômica das populações inermes.

SÁBIO E PROFETA

A sua atitude em Haia, que o sagrou entre seus sábios, consistiu em evidenciar a necessidade do arbitramento obrigatório, em cuja adoção já o Brasil se havia antecipado aos demais países.

Quando tanto se fala, hoje, em manutenção da paz e segurança entre os povos, fôra de rigor que, entre seus paladinos, se concedesse um lugar saliente ao homem que só não consentiu fôsse objetivada pela neutralidade entre o direito e o crime, como o demonstrou através do monumental discurso da Faculdade de Direito de Buenos Aires.

São gestos e palavras nos quais o inolvidável brasileiro enunciou, sem variação e sem pausa, a profunda convicção que, assim procedendo, difundia e prestigiava, ao lado de tantos outros, o evangelho da humanidade, entendido como a súmula de todos os direitos essenciais.

Quis sempre que, assim os povos como as criaturas, não hesitassem em fazer praça da fraternidade e resolver, sob os auspícios da cooperação e da harmonia, as suas contendas, uma vez que não existem prevenções irredutíveis.

Bem sentia que não se pudera, fora dêsse ambiente, dar aos direitos humanos um sentido universal, que garantisse deveras ao homem, em todos os meridianos e debaixo de qualquer bandeira, uma existência sem restrições nem atropelos.

Nessa batalha que encetou e prosseguiu, anos sem conta, personificou a intuição das grandes reivindicações sociais, pois foi sobretudo

a segunda conflagração que as definiu e vulcanizou, ao mesmo tempo que as trouxe em equação decisiva às varias nações e seus dirigentes, tendo de permeio a "cortina de aço", que divide o mundo em dois continentes antagônicos, um dos quais e felizmente o maior conserva os moldes democráticos.

Mas, ao passo que ao gênero humano não denegou um só de seus direitos, é certo que teve, invariàvelmente, entre os mais altos, a liberdade em seus múltiplos e variados aspectos.

Sem ela não há direito, que perdure e à sombra dela tôdas as conquistas germinam e se desatam em benefícios, que são outros tantos estímulos ao progresso e bem-estar gerais.

Disse-o Ruy Barbosa que "só onde a unidade humana fôr livre, a coletividade humana pode ser consciente", e, nesta asserção, que arranca da observação corrente e mais da contínua experiência histórica, avulta a própria altitude da liberdade, como condição inseparável da evolução social entre os povos desejosos de subsistir, de prosperar e de engrandecer-se.

ORATÓRIA SEM JAÇA

Foram igualmente suas, entre nós, as páginas mais vividas, que já se escreveram, em linguagem humana, sôbre a liberdade, como aspiração, como realidade, como direito.

Encarnou-a êle em Tiradentes, que assoma entre os batalhadores mais audazes e cuja memória arvorou em "padroeira nacional do direito", tanto se extremara o mártir divinizado em fazer da república, em pleno tumulto colonial, a duradoura encarnação do idealismo nascente.

Se evangelho houvera a liberdade de possuir, em nosso país, como expressão de suas promessas e afirmação de suas conquistas, maior não o teria que nessa peroração lapidar de Ruy Barbosa, onde não se sabe que mais exaltar, se as peregrinas gemas do artífice, ou o sentido divinatório de suas reflexões, que abrem uma alvorada de esperanças entre as dúvidas mais atrozes.

Jamais a oratória subiu tanto e nunca a evidência foi mais completa, nas palavras e nos fatos, pois o fulgor da forma se associou a dialética, que desofusca e que convence.

Entretanto, não basta ser humano e ser livre, senão que cabe, em ambos os sentimentos, ter a verdade como pedestal, e, nesta condição, tanto que outra não a substitui, há-de assentar o roteiro, que dignifica e que liberta.

Daí asseverar Ruy Barbosa que "a paixão da verdade semelha, por vêzes, às cachoeiras da serra", e, nesta imagem alpina, que espelha e remonta as maravilhas da fôrça em expansão, eis que se surpreende o valor da certeza, da confiança e da justiça, como os requisitos sem os quais não há paz, que se afirme e não há convivência, que persista.

Ser verdadeiro é, portanto, um dever que se impõe à juventude, que cuida manter, sobranceiros e intangíveis, os seus ideais, sem transigir com a simulação, com o arbítrio e com a usurpação.

E' sobretudo a luta contra a violência, a fraude e a mentira, que aliciam e perjuram, que conspiram e arremetem, que solapam e destróem.

Outro atributo não houve que Ruy Barbosa tanto enaltecesse e dêle fizesse mais alta entre as virtudes do advogado, que a própria verdade, como perene luzeiro nos seus embates e esteio vivo de suas vitórias.

Suas batalhas mais árduas gravitaram em tôrno da verdade constitucional, da verdade republicana e da verdade democrática, que o tiveram, sem desmaios, à frente dos lidadores intrépidos e desassombrados.

Nesse espírito se embeberam os múltiplos e variados trabalhos do ofício, pois que o exerceu, com a seriedade do apóstolo, a proficiência do mestre e a erudição do sábio, sem nunca desgarrar do caminho da justiça, que seguiu tranqüilo e seguro, para colhêr, ao têrmo dêle, a consagração e os aplausos mesmo entre os adversários.

ADVOGADO E JURISTA

Em meio-século de atividade profissional, tendo em mãos as lides mais memoráveis, foi pródigo em arrasoados e pareceres, nos quais soube primar pela profundeza nos argumentos e pela translucidez da forma, enriquecendo as letras jurídicas do país, através de monografias que, ainda hoje, se reputam modelares.

Poder-se-ia assegurar que seus ensaios, onde tanto há-que admirar e rever, são lições que se perpetuam, granjeando ao mestre sem cátedra universitária a notoriedade, que singulariza e que glorifica.

Maiores não podiam ser, pois, os móveis inspiradores dos estudantes de direito, que trazem ao convívio desta hora, numa comemoração festiva, a figura sem par de Ruy Barbosa.

Dêsse que, sumidade entre as mais altas e despida inteira de vaidade, não se teve que não dissesse de si, em confissão que tanto ensina quanto edifica: "Estudante sou. Nada mais. Mau sabedor, fraco jurista, mesquinho advogado, pouco mais sei do que saber estudar, saber como se estuda, e saber que tenho estudado".

Porque soube estudar, eis que acumulou, amadureceu e difundiu, entre seus semelhantes, as sementes de oiro, que são suas lições e suas obras, nas quais se descobre um cabedal de perdulário, desadvertido da riqueza, que possuía e absorvido pelas maravilhas, que o singularizavam.

Assim o foi e aflora assim à evocação, nos dias que correm, porque sempre entendeu que à Patria se serve, menos pela exaltar nas suas belezas e a contemplar nos seus prodígios, que a engrandecendo e a ilustrando pelo ideal e pelo trabalho.

O SOLDADO DO IDEAL

Seu foi o ideal, que brotou de nascentes sem jaça e permaneceu entre as linfas mais puras, acordando o entusiasmo e movendo à pertinácia excelsa e valorosa, em cujo âmbito se caldeiam a ascensão e a glória. Ninguém ainda mais prezou o seu que o gênio baiano, fiel e devotado às suas promessas, que realizou ao longo duma existência enobrecida e agigantada.

"Os frutos da minha vida, afirmou-o certa vez entre desenganado e humilde, são escassos e tristes, bem que seus ideais tenham sido grandes e belos".

Belos e grandes foram, sem dúvida, suas orações e seus escritos, que constituem um repositório inconfundível, onde sobreexcele a cultura e o engenho, nas obras mais primas e nos préstimos menos contingentes.

Mas, releva não esquecer que, a par com a inteligência de escol, teve a concorrer para tais resultados uma faina sem tréguas, que alvorescia com as madrugadas, "incessante e persistente como o sol de todos os dias e o orvalho de tôdas as noites".

Um labor que se embebeu do ideal e se desdobrou, com firmeza e sem amargor, que lhe entrou vida adentro, empolgando espírito e coração, nas suas efusões e nas suas crenças.

Não foi outro o trabalho, como o êle amou, como o êle sentiu, "como é mister, para regenerar o homem, para transformar os povos, para criar os moços".

Dêsse modo soube honrar e servir a Pátria, que deveras o estremeceu e ainda o tem, nesta altura inquieta de seus destinos, à feição de oráculo, cuja palavra os sãos procuram escutar e os dignos buscam seguir.

Aonde quer que o arrastaram os imperativos da vocação, ou as variações do ofício — a tribuna, o parlamento, a imprensa, as letras, pontificou e cresceu, aurejou e persuadiu, ascendeu e fascinou.

Tomado a peito um litígio e iniciada uma campanha, não havia ameaça que o amedrontasse, perigo que o detivesse, hesitação que o vencesse.

Assim se explica porque suscitou desafetos e atraiu inimigos um homem que, alvo da rivalidade e da inveja, nada fêz pelo agradar senão tudo pelo resistir ao capricho e à truculência dos potentados do dia.

Muito teve, pois, em tôrno de si, que escoriar, que debater e que convelir, abrigando os bons e acometendo os maus, numa campanha aberta e sem descanso pela Nação e pela República, nos seus fundamentos e nas suas esperanças, trazendo ambas ao largo estuário da democracia vigilante e redentora.

Diante dessa obra portentosa, que havia de ultrapassar, em muito, as previsões comuns, quase se dissera, sem exagêro algum, vertendo as palavras do varão imortal, que estão redivivos seus rebates de atalaia, suas vozes de guerreador, seus vaticínios de profeta.

E' o que incumbe, neste momento, à mocidade estudiosa ouvir e acolher, tendo presente ao espírito que, segundo Ruy Barbosa, "os que servem a Pátria são os que não invejam, os que não infamam, os que não conspiram, os que não sublevam, os que não desalentam, os que não emudecem, os que não se acobardam, mas resistem, mas ensinam, mas esforçam, mas pacificam, mas discutem, mas praticam a justiça, a admiração e o entusiasmo".

* * *

Congresso de Direito Constitucional da Bahia

Constituiu um êxito extraordinário a realização, na capital baiana, do Congresso de Direito Constitucional, de 5 a 11 de novembro de 1949, comemorativo do centenário do nascimento de Ruy Barbosa.

Estiveram presentes àquele certame juristas de quase todos os Estados da Federação (apenas quatro não se fazendo representar), não tendo faltado sequer a presença do sr. ministro Laudo de Camargo, presidente do Supremo Tribunal Federal.

A presidência efetiva do Congresso coube ao dr. Jayme Baleeiro, presidente do Instituto da Ordem dos Advogados da Bahia, instituição que animou e efetivou a notável reunião, tendo as sessões solenes, realizadas no "Forum Ruy Barbosa", sido presididas pelo governador Octávio Mangabeira.

Foi alto o número de trabalhos apresentados e do melhor quilate a sua matéria, subscritos por alguns dos mais altos nomes do jurismo nacional.

O estudo "Presidencialismo e Parlamentarismo na ideologia de Rui Barbosa", da autoria do dr. Paulo Brossard de Souza Pinto, publicado no primeiro número desta "Revista", teve como relator o prof. Edgardo de Castro Rebelo, da Universidade do Brasil, e foi unanimemente aprovado.

A tese intitulada "Em tôrno da emenda parlamentarista", do mesmo autor, que a defendeu como representante do Instituto da Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul, foi relatada pelo prof. A. de Sampaio Doria, cujas conclusões foram combatidas pelo professor da Faculdade de S. Paulo, mas a comissão primeiro, e depois o plenário, aceitaram por significativa maioria.

Os organizadores do Congresso de Direito Constitucional, juntamente com o Instituto da Ordem dos Advogados da Bahia, publicarão os seus "Anais", que revelarão a valia das teses apresentadas e a altíssima homenagem que constituiu à memória do constitucionalista sem par e jurisconsulto insígne que foi Ruy Barbosa.

O CINQÜENTENÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO

Depois de algumas reuniões preparatórias, foi fundada no dia 3 de maio de 1900 a Faculdade de Direito, hoje integrante da Universidade do Rio Grande do Sul.

A ata da terceira reunião da Congregação e Instalação solene da Faculdade Livre de Direito de Pôrto Alegre, é a seguinte:

"Aos tres dias do mez de Maio de mil e novecentos, às 3 horas da tarde, na Sala do Conselho Superior de Instrução Publica, reunidos os Srs. Desembargadores Carlos Thompson Flôres e Epaminondas Brasileiro Ferreira, Director e Vice-Director da Faculdade, e os membros do corpo Docente, Drs. Antonio Fausto Neves de Souza, Manoel André da Rocha, Manoel Pacheco Prates, Plinio de Castro Casado, José de Almeida Martins Costa Junior, Timotheo Pereira da Rosa, Possidonio Mancio da Cunha Junior, Leonardo Macedonia Franco e Souza, Alcides de Freitas Cruz, Sebastião Leão e James F. Darcy — e na presença do Sr. Desembargador Antonio Augusto Borges de Medeiros, Presidente do Estado, Dr. Julio Prates de Castilhos, Dr. João José Pereira Parobé, Secretario das Obras Publicas, Dr. Montaury Leitão, Intendente Municipal, Desembargadores James de Oliveira Franco e Souza, Presidente do Superior Tribunal do Estado, Antonio Antunes Ribas e Alcibiades Cavalcanti de Albuquerque, Comissões da Congregação da Escola de Engenharia e da Faculdade de Medicina e Pharmacia, Drs. Poggi de Figueiredo, Juiz Seccional e Jardelino Gonçalves de Senna, Juiz de Comarca da 3.ª Vara desta Capital, Major Cherubim Febeliano da Costa, Chefe de Policia do Estado; Coronel Aurelio Verissimo de Bittencourt, Secretario do Presidente do Estado, Consules da Inglaterra, de Portugal, da Hespanha, da Republica Argentina, da Republica Oriental e do Paraguay, representantes da imprensa e innumeras pessoas gradas — o Sr. Desembargador Director abriu a sessão, declarando solemnemente instalada a Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre. Em seguida, proferiu uma oração allusiva ao acto, e deu a palavra ao orador official da solemnidade, Dr. James F. Darcy, que leu o discurso inaugural, findo o qual o Sr. Director agradeceu a presença do sr. Presidente do Estado e das pessoas de elevada caracterisação politica e social, das Commissões das Escolas Superiores e de todos, em summa, que, com seu comparecimento concorreram para o brilho e importancia da solemnidade academica, e deu por encerrada a sessão. Lavrada e assignada, n'esta cidade de Porto Alegre, aos tres dias do mez de Maio de mil e novecentos, por mim, James F. Darcy, Secretario, que a subscrevo.

Carlos Thompson Flôres
James F. Darcy
A. A. Borges de Medeiros
Germano Hasslocher
James de Oliveira Franco e Souza
Epaminondas B. Ferreira
Possidonio M. da Cunha Junior
Timotheo Pereira da Rosa
Antonio Antunes Ribas
Plinio de Castro Casado
José de Almeida Martins Costa Junior
Sebastião Leão
Manoel André da Rocha
Manoel Pacheco Prates
Leonardo Macedonia Franco e Souza
Alcides de F. Cruz".

* * *

Organizada a Faculdade Livre de Direito, solenemente instalada, assim se constituiu a sua administração:

Diretor — Desembargador Carlos Thompson Flôres
Vice-diretor — Desembargador Epaminondas Brasileiro Ferreira
Secretário — Dr. James F. Darcy
Tesoureiro — Dr. Manoel Pacheco Prates.

As Comissões permanentes então existentes eram as seguintes:

de Contas — Desembargador Epaminondas Brasileiro Ferreira
Dr. Normélio Rosa
Dr. Alcides de Freitas Cruz

Científica — Desembargador Manoel André da Rocha
Dr. Plínio Alvim
Dr. Joaquim Antônio Ribeiro

da Revista — Dr. Artur Pinto da Rocha
Dr. Plínio de Castro Casado
Dr. Alcides de Freitas Cruz

* * *

O corpo docente da Faculdade, naquele ano de 1900, ficou assim constituído:

1.º ano

Filosofia do Direito — Dr. James F. Darcy
Direito Romano — Dr. Manoel Pacheco Prates
Direito Público e Constitucional — Dr. Plínio de Castro Casado

2.º ano

Direito Civel — Dr. Antônio Fausto Neves de Souza
Direito Criminal — Dr. Germano Hasslocher
Direito Internacional Público e Diplomacia — Dr. Antônio Nunes Gomes Pereira
Economia Política — Dr. Possidônio Mâncio da Cunha Junior

3.º ano

Direito Civil — Dr. Plínio Alvim
Direito Criminal — Dr. Francisco de Paula Azevedo e Souza
Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado — Dr. Manoel de Campos Cartier
Direito Comercial — Dr. Timóteo Pereira da Rosa

4.º ano

Direito Civil — Dr. Joaquim Antônio Ribeiro
Direito Comercial — Desembargador Manoel André da Rocha
Teoria do Processo Civil, Comercial e Criminal — Dgdor. Epaminondas B. Ferreira
Medicina Pública — Dr. Sebastião Affonso Leão

5.º ano

Prática Forense — Dgdor. Carlos Thompson Flôres
Ciência da Administração e Direito Administrativo — Dr. Manoel de Campos Cartier
História do Direito, especialmente do Direito nacional — Dr. Arthur Pinto da Rocha
Legislação Comparada sôbre o Direito privado — Dr. José de Almeida Martins Costa Jr..

Dr. Leonardo Macedônia Franco e Souza
Dr. Normélio Rosa
Dr. Alcides de Freitas Cruz
Dr. Ricardo Pereira Machado
Dr. Antônio Carlos Pereira da Cunha
Dr. José Joaquim de Andrade Neves Netto
Dr. Antônio Marinho Loureiro Chaves
Dr. Antônio Augusto Simões Pires.

*
* *

Êste ano, por motivo da passagem do seu cinqüentenário de fundação, a faculdade de Direito fêz celebrar, na Catedral Metropolitana, u'a missa em ação de graças, oficiada pelo revmo. pe. Urbano Thiesen, S. J., assistente da cadeira de História da Filosofia da Faculdade de Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul, e que, ao evangelho, proferiu a oração que segue:

LEX TUA MEDITATIO MEA EST

Senhor, a Vossa Lei é a minha meditação.

Ps. 118, 77.

Excelentíssimas Autoridades.
Excelentíssimos Senhores Professôres da Faculdade de Direito.
Senhoras.
Senhores.

Principiastes as solenidades do jubileu de ouro da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul pela celebração do sacrifício da Lei Nova. "Hic est enim Calix Sanguinis mei, Novi et Aeterni Testamenti". Por êste ato testemunhais que a vossa escola superior reconhece, acima dos artigos e dos parágrafos dos códigos, uma norma de moralidade constituída pela natureza humana, manifestada pela voz íntima da consciência. Reconheceis a Lei Natural. A Lei Natural ordena o homem renda a Deus o culto da religião, culto individual e particular, culto social e público. Mas, Senhores, fôrça é corrija a minha afirmação. Ponderando mais os conceitos, verifico que a Lei Natural não está acima da lei humana, senão, diríamos, debaixo, senão dentro de tôda lei humana digna dêste nome. Mais. Pelo ato de culto oficial, tributado a Deus sôbre o altar do sacrifício, reconheceis que a Filosofia do Direito leva além do homem, além da criatura, leva ao Criador, leva à Teologia do Direito, leva a Deus, razão última da Lei e do Direito. Professais o Direito Divino. Reconheceis a Lei Eterna. Na eloqüência do silêncio a Lei Natural brada não ser ela a última raiz da árvore genealógica da lei das comunidades humanas e do direito das gentes. Toda a lei autêntica tira a sua origem, ùltimamente, da LEI ETERNA. A vida do jurista poderia ser definida a meditação da Lei: "Lex tua meditatio mea est". Pois o jurista medita a Lei Eterna, quando estuda a Lei e o Direito, quando ensina a Lei e o Direito, quando defende a Lei e o Direito, quando pronuncia a sentença de acôrdo com a Lei e o Direito. Será a sublime, a divina Lei Eterna o objeto direto da meditação que vos hei-de propor nesta hora em que principais a solenizar os aúreos dez lustros de trabalhos e estudos da vossa veneranda Escola Superior.

A importância, a sublimidade, a divindade da Lei evidenciar-se-á pela meditação da existência e da natureza dela.

1. Suarez, o doutor exímio, diz que todos os grandes teólogos são unânimes em admitir a existência da Lei Eterna. Os mais modernos expositores e estudiosos da Lei Eterna concordam com o teólogo espanhol. As razões em que os teólogos alicerçam a doutrina da existência da Lei Eterna são de ordem diversa. Todos demonstram que a natureza humana não é a razão última da Lei Natural. Pois as disposições da Lei Natural, como ela existe e se manifesta através da natureza humana evidenciam que ela não é só ativa, mas dada, originada de outro Ser. E' originada a natureza humana, existente, tão marcada com o sêlo da contingência: ontem não existiu, hoje existe, amanhã não existirá. E' originada de outro a essencial maneira de ser e a ordenação da natureza humana para o bem, para a felicidade. Eis por que o homem não pode não querer a felicidade. Originada de outro a possibilidade de eleger os meios para o fim. Como tôdas estas inclinações do homem, racional, dizem respeito ao intelecto e à vontade, dos quais dependeu e depende a ordem da existência, a Lei Natural só pode depender da suprema, da pura atividade, da inteligência e da vontade suprema. E' a Lei Eterna.

De que modo explicará a existência da Lei Natural o ateu, após negar a existência dum ser superior, divino? Como tôda a criação, como tôda a contingência, a Lei Natural é para o ateu um fato, um enigma inexplicável. Neste ponto torna-se manifesto o êrro de Hugo Grotius, ao tentar explicar a Lei Natural independentemente de qualquer superior lei divina.

O que os teólogos e a razão teológica assentam confirma-se pela razão filosófica. Provada a existência do primeiro ser inteligente, única explicação da Lei e da ordem natural, segue-se lògicamente ser a suprema Inteligência a causa de tudo o que se fêz e a razão por que tudo se fêz. Deus é a causa de todo ser originado. Por conseguinte deve haver providência do universo. Isto supõe em Deus, supremo ordenador do mundo, uma lei suprema que tudo dirige e governa tudo. E' a Lei Eterna.

O sublime pensamento da Lei Eterna, primeiro princípio de tôda ação, existente na sabedoria ordenadora de Deus, causa primeira de tudo o que se fêz, não foi desconhecido aos pagãos. Referindo-se à voz da consciência, que reprova o ato contrário â lei, Hesíodo diz: Tanto que o homem a transgride, a lei, "a filha do Altíssimo se ofende e sobe apressada aos céus, para, diante do trono do Pai, queixar-se da perversidade do sentir humano, e exigir castigo rigoroso para o povo, que paga pelos pecados dos reis".

A natureza humana, considerada como realização do pensamento divino, como imagem do exemplar divino, eterno e imutável, pode ser tomada como a medida de tôdas as cousas, consoante observação justa de moderno estudioso do problema ético. Sófocles diz que sòmente o excelso Olimpo é o pai das leis. Demóstenes contemplou a lei como um presente dos deuses. No dizer de Eurípides o próprio dedo de Deus escreveu as leis. Júpiter é identificado com a lei no ensino de Zenão e de Cleantes. Xenofonte expõe a doutrina de Sócrates segundo o qual as leis são implantadas pelos deuses na humana natureza. O orador romano, na eloqüência de sempre, diz: "Quam ob rem lex vera atque princeps apta ad iubendum et vetandum ratio est recta summi Iovis". Na Índia o autor e o defensor da lei é Varuna ou Agni. No Egito os mortos devem comparecer perante a divindade, a fim de prestar contas ao juiz dos malfeitores, ao conservador da lei. A síntese de todos os testemunhos dos pagãos fá-la Heráclito ao dizer: "Tôdas as leis humanas são sustentadas pela única lei divina".

2. A existência da Lei Eterna é provada por testemunhos que exprimem algo da natureza da Lei Eterna. As palavras de Heráclito são expressão feliz de verdade sublime. Mas fôrça é realizar o propósito feito, de estudar e meditar a natureza da Lei Eterna.

Antes de explanar os dois conceitos precípuos que nos introduzirão no conhecimento da natureza da Lei Eterna, cumpre advertir, com Tomaz de Aquino, que ela é realmente idêntica à essência divina; porquanto a vontade, a razão e a sabedoria, como também a lei ordenadora, em Deus, são absolutamente a mesma cousa. Se perguntardes, mais, que está sujeito à Lei Eterna, respondo-vos não lhe estar sujeita a vida intertrinitária. Pois em Deus nada pode ser submetido nem sujeito a algo superior. Advirto outrossim que, sendo idêntico ao da essência divina, o conhecimento da Lei Eterna é, em si mesmo, tão difícil como o da Divindade. A Lei Eterna, no seu carácter de norma de govêrno e regra de ação, só se pode referir ao govêrno de Deus que tem por objeto as criaturas. As criaturas tornam possível, ao viador, conhecer a Lei Eterna. Entre as criaturas, é a natureza humana a manifestação mais exímia de Lei Eterna, feita à mesma natureza humana.

O conhecimento da Lei Eterna será, pois, mediato, análogo, imperfeito, mas ainda assim verdadeiro. Tôdas as criaturas são conduzidas à sua finalidade e à sua atividade pela Lei Eterna. Em particular, o homem, capaz de conhecer a Lei Eterna, é conduzido de modo especial à consecução do seu fim.

Depois disto, ouçamos as palavras de S. Tomaz de Aquino. Lei Eterna é a Sabedoria divina, enquanto dirige todos os atos e todos os movimentos. "Ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum". (I-II 93,1). Estas palavras põem em relêvo dois elementos da Lei Eterna. Um diz respeito à inteligência. Outro, à vontade. Fôrça é tomar juntos os dois elementos da definição. Pois a vontade só, sem o intelecto, teria procedimento irracional. Por seu turno o intelecto só, sem a vontade, jamais produziria nada, não elaboraria programa, não conceberia plano. Pois o só conceito de plano supõe livre escolha de determinada possibilidade entre muitas, como, também, que o autor do plano lhe queira o conteúdo. Disto se infere que o plano de govêrno do universo supõe necessàriamente a vontade do Criador que realmente escolheu êste determinado mundo, entre todos os mundos possíveis, e quis fôsse executado, no tempo prefixado, o plano da criação. Mas voltemos a atenção para as funções das faculdades, exigidas pela definição de Lei Eterna.

O intelecto. Antes de executar a obra de arte, o artista concebe-lhe a imagem, na mente. A imagem espiritual, assim originada, é o modêlo, a medida, e, portanto, a norma de tudo o que ao depois há de ser feito. O trabalho do artista consistirá em imitar e copiar o modêlo e a imagem mental. De modo análogo, e insisto na analogia, Deus, o supremo e primeiro artista, concebeu, na eternidade, na sua mente, o universo, esta grande obra de arte. A sabedoria divina previu, na eternidade, que Êle, fundamento último de tôda a ordem do ser, e, por conseguinte, causa primeira de todo o ser do universo e de todos os princípios operativos, havia de produzir o mundo. Viu, também, como haveria de ordená-lo para o fim. A Lei Eterna é, por assim dizer, o programa do govêrno teocrático do mundo. A Lei Eterna é o modêlo, o plano segundo o qual Deus havia de gerir, no tempo, os negócios do govêrno do mundo. A Lei Eterna, assim descrita, é chamada "indicans" pelos escolásticos, porque aponta o caminho e o rumo do govêrno divino do cosmos.

Porém não basta apontar o caminho. E' necessário obrigar a seguir o rumo apontado. Êste papel cabe à vontade. Pois a vontade é o princípio da ordem prática. Como Deus é a causa inteligente primeira, suprema, há de mover tôdas as cousas e o universo de modo que realize o seu programa como "gubernator omnium actuum et motionum". Pela vontade a sabedoria divina se torna a origem do movimento e a norma de tôda governação do universo. A Lei Eterna "indicans" torna-se "imperans", compulsória. A Lei Eterna é, em síntese, a Sabedoria ordenadora de Deus, vista na própria essência divina. "Dicendum quod omnis lex proficiscitur a ratione et voluntate legislatoris: lex quidem divina et naturalis a rationabili Dei voluntate" (I-II 97,3).

A segunda explicação da natureza da Lei Eterna baseia-se na teoria do exemplarismo. As idéias divinas são a causa exemplar das essências das cousas. Conhecendo a imitabilidade da sua essência, Deus produziu e criou as cousas segundo as suas idéias (I 15 a. 2). Desta forma as cousas terrenas são imagens da idéia exemplar de Deus. A natureza humana, considerada na qualidade de racional, é eminentemente imagem da idéia exemplar divina. Portanto a Lei Natural, que está dentro da natureza humana, é de modo especial, a participação da natureza da Lei Eterna. Assim o Aquinate define a Lei Natural. Se, pois, considerarmos

a Lei Natural, enquanto ela está na essência divina, temos a Lei Eterna. (I-II 91, 2). Se, ao invés, encararmos a Lei Eterna, enquanto ela está na essência humana, temos a Lei Natural.

Como se interpreta isto? A razão humana está para a Razão divina como a imagem está para a causa exemplar, para o modêlo. Ora o exemplar sempre é mais perfeito do que a imagem (III 56,1 ad 3). No exemplarismo, bem compreendido, exemplar e imagem nunca são numérica ou existencialmente idênticos. Entre ambos pode mediar distância infinita e pode haver, ao mesmo tempo, identidade proporcional. Enquanto, pois, a razão humana, a Lei Natural, proclama a Razão divina, é idêntica a ela uma verdadeira participação dela, não obstante a distância infinita existente entre a imagem, a Lei Natural, e o modêlo, a Lei Eterna.

Estais vendo, Senhores, que o Doutor Angélico não teve dúvida em assimilar o pensamento de Heráclito, chamando a Lei Natural participação da Lei Eterna. As duas considerações da natureza da Lei Eterna deixam entrever a importância dela no estudo do Direito. A Lei Eterna é digno objeto da meditação do jurista. Mesmo na visão beatífica o jurista há de continuar a contemplação da Lei Eterna e poderá dizer, durante a eternidade: "Lex tua meditatio mea est".

Entretanto, antes de terminar, quisera apontar, ainda, para algumas decorrências que fluem da nossa meditação. Sendo a razão última de tôda lei e de todo direito, a Lei Eterna ocupará, necessàriamente, o primeiro lugar entre tôdas as leis. Sendo idêntica à essência divina, é, como ela, imutável. Não é tudo, porém. A Lei Eterna é universal. Porquanto dela dependem tôdas as outras leis e porquanto dela se originam tôdas as leis, ontològicamente válidas, na ordem jurídica ontológica. Na ordem jurídica ontológica não encontra, pois lugar a divisa "PRO IURE SEMPER" "PRO LEGE SAEPE" que deverá ser substituída por "PRO IURE SEMPER" "PRO LEGE SEMPER", porque a Lei, como o Direito e mesmo antes do Direito, está baseada na Lei Eterna. A Lei Eterna é universal, também, porque todos os sêres contingentes lhe são sujeitos. A Lei Eterna é a LEX LEGUM, a lei das leis, a fonte das leis, porque dela se deriva a Lei Natural, humana, e a Lei sobrenatural, Divina. A lei civil, humana ou positiva, explicita a Lei Natural. A Lei eclesiástica é a interpretação e a explicitação da Lei Divina. O direito das gentes é dedução da Lei Natural. Lei Eterna est LEX LEGUM.

Senhores Professôres. Quisera que os cinco lustros heróicos da vossa existência acadêmica vos fôssem descantados, neste momento, pelos versos imortais das grandes epopéias da literatura dos povos, ou apreciados pelo juízo dos imparciais Heródotos das nações da terra. No entanto, rogo-vos, permiti que lembre, modestamente, alguns acontecimentos dos vossos trabalhos e das vossas realizações. Os professôres da Universidade do Rio Grande do Sul, os professôres da Faculdade de Direito, elaboraram o código do processo civil do Estado natal. Mas a glória dos mestres está, sobretudo, nos triunfos dos discípulos por êles formados. Se, durante o cinqüentenário do vosso ser e fazer, os vossos alunos não tomaram parte na elaboração do Código Civil Brasileiro, tão particularizador da Lei Natural e, conseguintemente, da Lei Eterna, e, na expressão do eminente jurista pátrio, Paulo de Lacerda, "o maior monumento de codificação jurídica da América"; homens formados e laureados pela vossa escola trabalharam, distinguindo-se entre os demais juristas, em duas constituintes que, ambas, deram ao Brasil constituições federais segundo a Lei Natural e, portanto, segundo a Lei Eterna; homens diplomados e laureados pela Faculdade cinqüentenária do Rio Grande do Sul colaboraram na construção do código trabalhista a que cabe o mérito de ter seguido as normas das encíclicas "Rerum

novarum" e "Quadragésimo ano", sínteses dos princípios norteadores da Lei Natural e da Lei Eterna; homens diplomados na Escola de Direito do Rio Grande do Sul levaram os quilates da formação jurídica rio-grandense às Conferências Católicas dos EE. UU. e às salas do Palácio das Nações de Genebra; e em tôda parte, aceitos aos homens e aceitos a Deus, defenderam e defendem a Lei Natural e a Lei Eterna.

Ditosa a vocação de quem medita a Lei Eterna. LEX TUA MEDITATIO MEA EST."

* * *

Logo após a celebração da missa, foram os professôres, alunos, ex-alunos, advogados, magistrados e autoridades presentes ao cemitério local prestar homenagem aos professôres desaparecidos. Diante do túmulo do desembargador Thompson Flôres, primeiro diretor da Escola, o professor José Salgado Martins proferiu a oração evocativa da memória dos fundadores da Faculdade e dos demais professôres falecidos, seguindo-se com a palavra, em nome do corpo discente, o bacharelando Antônio Carlos Osório.

* * *

À noite, no Salão Nobre da Faculdade, realizou-se uma sessão solene, sob a presidência do Reitor Magnífico em exercício, prof. dr. Luiz Francisco Guerra Blessmann, estando a mesa constituída pelo prof. Eloy José da Rocha, Secretário da Educação, que representava o sr. Governador do Estado, Deputado Henrique Fonseca de Araujo, em representação da Assembléia Legislativa do Estado, Desembargador Hugo Candal, Presidente do Tribunal de Justiça, Prof. José Salgado Martins, Diretor da Faculdade, prof. Normélio Rosa, um dos seus fundadores, e autoridades civis, militares e eclesiásticas.

Aberta a sessão pelo Reitor Magnífico, falou o DIRETOR da Faculdade que proferiu o discurso seguinte:

"Disse um exímio escritor, em cujo estilo ainda se reflete, discreta, a nota romântica, que a imaginação possui o dom mirífico de atualizar o passado e o futuro, ressurgindo o primeiro ou antecipando o último, na intensidade emotiva de um instante, de evocadora saudade ou de antevisão consoladora.

Como se aplica êsse conceito literário, de enternecedora beleza, ao momento fugidio que ora vivemos, resumindo, nesta celebração apoteótica, um passado de cinco decênios!

Transfiguram-se cenários e criaturas. Estamos, no pórtico dêste século, em 3 de maio de 1900.

Ainda, pela campanha deserta, as cinzas dos últimos fogões gaúchos sinalam as marchas e os combates das legiões rio-grandenses, cujo choque sangrento em 93 e 94 parece que visava depurar a republica recém instituída.

O Rio Grande convalesce da guerra civil e o novo regime se consolida no consenso de vencidos e vencedores.

Há, por tôda a parte, uma ânsia de paz e de tranqüilidade, para que se curem as feridas que a luta entre irmãos abriu no velho e generoso coração rio-grandense.

Reanimam-se as atividades laboriosas que só florescem na ordem e no respeito recíproco. Organizam-se o comércio e a indústria. Repovoam-se os campos, e os seus habitantes voltam às lides da lavoura e do pastoreio onde, antes, a intensidade dos ódios havia transformado em deserto.

Novas levas de imigrantes entram pelo território e já se inaugurara o regime original da colonização rio-grandense.

Panorama social tão rico de potencialidades humanas, reclamava o ordenamento da cultura jurídica, que, aliás, já se manifestara através de estadistas rio-grandenses e cultores do direito público, cuja formação intelectual se efetuara nas velhas e nobres Faculdades de São Paulo e Recife.

O clima social e os ideais que o sulcavam, como correntes vitalizadoras, propiciaram a magnífica iniciativa da fundação de uma faculdade de direito, promovida por um grupo de ilustres magistrados e advogados.

O movimento fôra coordenado pelo Des. Carlos Thompson Flôres, mas a sua inspiração inicial, segundo rezam as crônicas, cabe ao eminente dr. Júlio de Castilhos que, embora sucedido no govêrno pelo dr. Borges de Medeiros, continuava como detentor de autoridade incontrastável no partido republicano, a que pertenciam os titulares da situação oficial.

Reuniram-se no nobre empreendimento juristas de vários quadrantes da pátria. Brasileiros do sul e do norte, irmanados na obra comum, lançando os alicerces do ensino jurídico na nossa terra, constituem, volvidos cinco decênios, um símbolo da unidade do direito brasileiro, cujas linhas e princípios fundamentais se sobrepõem à diversidade das regiões e dos vários núcleos demográficos e sociais do país, atestando a fôrça espiritual da idéia jurídica.

Qual o sentido de que se reveste a fundação de uma faculdade de direito?

Exprime, desde logo, uma ânsia ordenadora de cultura geral e de conhecimento da realidade moral e sociológica, representadas pelo homem e pelo ambiente em que se situa.

O Rio Grande do Sul, com o acentuado espírito público da sua gente, atraída sempre pela ação e pelo debate das idéias políticas, exigia, tanto ou mais do que qualquer outra unidade da federação brasileira, um instituto de ensino do direito, capaz de preparar e adestrar as mais altas inteligências para as lides do pretório, do parlamento, da administração, da diplomacia, do magistério ou de quaisquer outras atividades em que o conhecimento jurídico constitui o instrumento mais vivo e dúctil no trato dos problemas humanos e sociais.

Mas uma Faculdade de Direito, digna dêsse nome, não é a escola em que se ensina a conhecer apenas a lei, como a preparar simples exegetas do direito positivo vigente. Êste constitui um setor mínimo da especulação jurídica; não é, pois, a meta do ensino ministrado nesta casa. Um ideal superior de cultura foi sempre a inspiração suprema dos doutos e saudosos mestres que elevaram e dignificaram as paredes dêste templo. A lição perene que êles ainda professam, através do legado impoluto que nos transmitiram, constitui a atmosfera, o envoltório moral que nos anima.

Cada manhã, quando o professor inicia a aula habitual, parece que ao seu lado, inspirando-lhe e assistindo-lhe, ali está a sombra querida do velho mestre que fundou o ensino da disciplina, zelando pela pureza do patrimônio de idéias e de sentimentos que erigiu.

A sensibilidade registra êsses contatos invisíveis e o professor sente crescer a sua responsabilidade, procurando ferir com mais delicadeza

e mais acêrto o instrumento que o mestre lhe deixou, ainda ressoante da última lição.

Essa linha de continuidade espiritual deve ser avivada a cada instante, sem que ela signifique imobilidade e rotina.

Que seria desta Faculdade se desaparecesse a tradição que ora celebramos?

Mas, se o passado é a glória da instituição, o presente e o futuro lhe reservam o segrêdo do seu florescimento, se, refletindo os ideais do seu tempo, fôr uma fôrça de integração moral no cômputo dos verdadeiros valores.

De nada vale ensinar o direito, se êle não estiver impregnado por uma concepção da vida e do mundo, afirmativa dos valores eternos, a cujas leis não se podem eximir as construções humanas, embora variem, com as contingências sociais, as aplicações concretas e particulares.

A vocação de uma Faculdade de Direito não está em transmitir conhecimentos jurídicos teóricos e práticos, de modo a habilitar profissionais na interpretação, na aplicação, no manejo das leis. A sua vocação transcende êsse objetivo de imediatismo pragmático, para se nutrir dos ideais perenes que radicam na posição do homem diante dos seus destinos de criador de cultura e de valores, dentro de uma visão natural e sobrenatural integradora do mundo. Por isso, cabe às Faculdades de Direito, às congregações de juristas, aos conselhos e colégios de juízes e de advogados uma missão superior de orientação e ordenamento de sentimentos e idéias construtivas, capazes de refletir a totalidade do homem e a unidade da cultura. Disse, com razão, Luís Le Fur que, após um período de negação de todo o direito que não fôsse o direito positivo, acabou-se por compreender que não se pode considerar o direito sem um mínimo de filosofia e mesmo de metafísica. Significa, pois, que a cultura jurídica que não se situar no quadro universal do espírito humano, ordenando-o sob o influxo do sentimento perene de justiça, para a realização do bem comum, será uma expressão mutilada da vida, da ordem cósmica e da ordem social.

Reverenciando os fundadores desta nobre instituição e recordando o que êles realizaram e nobilitaram, pela difusão da cultura jurídica do Rio Grande do Sul, a melhor homenagem que à sua memória poderemos prestar, nesta noite, reunidos, sob o mesmo signo de nobreza e idealidade e ao pé do mesmo fogo sagrado, é prometer-lhes que continuaremos a fazer desta Faculdade o mesmo instrumento ao serviço do direito, do bem, da verdade e da justiça."

O Professor **Ruy Cirne Lima** foi o orador oficial da solenidade como representante da Congregação da Escola, tendo dito uma formosa e sugestiva oração, tecida com a história da Faculdade e com profundas e atuais reflexões jurídicas.

Pelos assistentes falou o dr. **Paulo Barbosa Lessa**, cujo discurso se segue:

"Invulgar o motivo que nos congrega, a todos, neste salão festivamente iluminado, quando se pense no imediatismo dos dias que correm. Eis uma festividade em que se reverencia a vitória da humildade, da fé e do entusiasmo apaixonado da obra humana, em sua constante porfia contra o esgarçar nebuloso do tempo.

Aqui estamos festejando uma sobrevivência do contingente. Abrimos os nossos corações ante o espetáculo magnífico do legado grandioso

que as gerações amontoam. Deixamos nossos espíritos vagarem, despreocupados, embebendo-se nesse manancial de humanismo que outros espíritos, quase anônimos na fusão de ideais comuns e nobres, engendraram e construíram. As nossas mentes, por vêzes descrentes dos resultados dos esforços empreendidos, têm, neste momento, uma pausa de descanso na busca incessante, e encontram motivos para revigorar os ideais e reviver os anseios de bom e de verdadeiro.

E' êste instante um marco de vitória cravado no terreno do humanismo. Celebra-se uma criação. Vive-se algo de concreto e duradouro. Porisso mesmo é um instante festivo. O manto do transitório, envolvendo na sagrada paz do dever cumprido tantos vultos merecedores de reverência, não foi capaz de apagar a grandiosidade de suas obras. E porque se reverencia o que está vivo, na concreta realização de tantas vidas pretéritas, é que êste instante é de festa, é que êste instante é de júbilo.

O homem e a instituição

Tem-se assinalado, desde a mais remota antigüidade, ser o homem um ente gregário pela sua própria natureza. Foi essa capacidade de autoconhecimento, que, por todo o sempre, distinguiu os sêres da espécie humana. Únicos a compreender a humildade de sua natureza ante o espetáculo miraculoso do Universo, os sêres da estirpe humana, sempre puderam adatar-se às maleabilidades do meio, fugindo assim da estagnação e do extermínio.

Não se compreenderia de outra forma, sem êsse fogo divino a iluminar-lhes as mentes, a evolução contínua da espécie humana em busca de condições mais propícias ao seu diuturno empreender. Ser fisicamente inerme, o homem resistiu com galhardia aos mais diversos e terríveis cataclismos, e, procurando algo fora dêle, numa ânsia do Bom, do Verdadeiro e do Absoluto, tem escrito, ao longo da trajetória histórica, o mais heróico dos poemas.

Ser conhecedor das precariedades da própria estrutura, cônscio das limitações da sua substância, o homem, desde os primórdios de seu jornadear, procurou mitigar a própria insuficiência na aliança com os seus semelhantes. Unificando esforços, somando possibilidades, adicionando contribuições, foi-lhe assim possível moldar novas formas de ação, e, de certo modo, perpetuar a transitoriedade humana, imprimindo aos trabalhos comuns um plano único de realização. Essas tarefas de todos os dias se foram cristalizando em instituições. Eram idéias de emprêsa ou obra que se realizavam e duravam em um meio social determinado, para usar expressão consagrada.

Partindo da instituição natural da família, foi êle, por analogia, construindo as mais variadas sedimentações de esforços comuns. E assim se plasmaram instituições pias ou religiosas, econômicas ou culturais.

É, talvez, no auto-reconhecimento da extrema transitoriedade da existência que se poderá compreender a gênese do fenômeno institucional. A instituição representa para o homem uma aspiração de infinito, uma tentativa de construção duradoura, um alevantado anseio de se transmitir no tempo, vencendo as exíguas limitaçôes da matéria. Talvez porisso mesmo, face às instituições cristalizadas, a alma humana se banhe, por antecipação, no espetáculo de sua própria imortalidade. E não é outra, mesmo, a explicação de nossa euforia mental neste momento, em que celebramos o cinqüentenário dessa instituição, para nós profundamente grata, que é a Faculdade de Direito da Universidade de Pôrto Alegre.

A Universidade e o Direito

Perde-se na voragem dos séculos, o surgimento do fenômeno institucional da Universidade. Instituição cultural, apanhava ela o esfôrço das gerações, na sublime finalidade de transmiti-lo, intato, através do tempo. Era época em que os modos de transmitir o conhecimento se apresentavam com evidentes sintomas de precariedade, face à falta de segurança da vida humana em um mundo em que a segurança pessoal era quase ausente, e em que a própria locomoção física se ressentia de barreiras quase intransponíveis.

Concentrando os esforços de cultura das gerações, aproximando os doutos e os sábios, as Universidades vêm desempenhando, desde então, transcendental papel no desenvolvimento dos povos. Plenas de humanismo, penetradas de um ideal de integridade, abarcando todo o imenso cabedal de atividades intelectivas das épocas, as Universidades têm merecido o mais acatado respeito pelo alevantado de sua missão.

Singular, contudo, é a posição específica das Faculdades de Direito no concêrto das demais atividades culturais, integradoras das Universidades. Em nenhuma outra Escola, a atividade puramente intelectiva, com laivos de universalidade, se apresenta assim tão ligada à pragmática mais imediata. Em nenhum outro setor se notará amálgama tão perfeito. De um lado, abrangendo vasta gama de problemas humanos, estudando os modos de atingir a convivência pacífica dos homens na liberdade, e mergulhando, portanto, no oceano misterioso da essência humana, a fim de lhe perscrutar a integridade; de outro lado, premidas pelas circunstâncias inadiáveis, aplicando os resultados obtidos na melhoria das relações de convívio social, têm realizado as Escolas de Direito um programa de atividade de nível dificilmente superável.

Adatando princípios universalmente válidos às transitoriedades e mutações do meio, as Escolas de Direito, têm, como nenhuma outra, penetrado no íntimo da substância humana: sentindo já o absoluto, atendendo já ás imposições do relativo.

Daí lhe advém a pujança de estrutura, porque, glosando o estilista gaulês: "a cultura que não tem por contrapêso um ofício, por base uma forte vida prática, a cultura que não sente na sua carne o aguilhão da tarefa cotidiana, a cultura que não tem necessidade de ganhar o pão, perde o melhor de sua realidade: é uma flor de luxo".

As Escolas de Direito e o Brasil

Profunda tem sido a influência das Faculdades de Direito no evolver da nacionalidade. Desde os seus primórdios, a cultura nativista se desenvolveu em tôrno aos dois maiores núcleos jurídicos do país.

Primeiro no Recife, logo ao depois também em São Paulo, as Faculdades de Direito abrigaram em seu seio o que de mais puro e valioso apresentava a intelectualidade brasileira. Os bacharéis que aí plasmaram as suas culturas e que aí moldaram os seus caracteres, foram os condutores dos destinos da nacionalidade por largo espaço de tempo. De seu trabalho, de sua capacidade de seleção de processos, de sua visão das cousas de seu tempo, a História do Brasil dá atestado de valia iniludível.

Já se disse que o Brasil é o país dos bacharéis. E que a sua formação tem sido, notadamente, influenciada pelos homens da lei. Devemos notar, contudo, um arrefecimento dessa influência nos últimos tempos. Tem-se gerado, não racionalmente, uma reação à influência do bacharel no destino da pátria. Contudo, os males do bacharelismo brasileiro foram bem inferiores aos bens que êle tem construído em sua acidentada evolução. Podemos ter a certeza de que a sua atividade é imprescindí-

vel ao bom desenvolvimento da marcha da nação. Talvez a crise que hoje atravessa a nossa pátria tenha seu ponto nevrálgico no abandono dos bons e sadios princípios de direito que eram e deverão ser o apanágio da nossa formação nacional.

Da mesma forma se expressou COSTA REGO: "Os bacharéis são em regra mal compreendidos, embora compreendam tudo. Há, entretanto, um ponto em que ninguém procura usurpar-lhes a competência: é precisamente aquêle em que se trata da organização do Estado. Afinal, a sociedade seria menos humanas sem êle, o bacharel. Figuremos a sociedade posta em fórmulas matemáticas ou mesmo nas simples fórmulas médicas. Não seria possível dentro dela a vida, feita de incorrências e fraquezas. O bacharel debruça-se sôbre a fragilidade das cousas, dá-lhes um sentido filosófico, interpreta-a, acomodando-a em fórmulas menos rígidas e assim pode o mundo rolar..."

A Excelência do Direito

A uma conclusão idêntica nos levam os observadores da realidade político-social contemporânea. Diz-se que o Direito está em crise. Que os fatos se revoltam contra os códigos. Que o Direito representa apenas o pensamento da classe dominante. E que se tem afastado da realidade e vive emaranhado em formalismos inúteis.

Tudo isso tem, em parte, sua razão de ser. Mas a só constatação de uma crise jurídica, prova, a contrário senso, a necessidade inadiável de sua superação. E' necessário que os fatos não mais se revoltem contra os códigos. Que o Direito atenda às aspirações e necessidades do homem comum. Que os formalismos, não tão inúteis como à primeira vista parecem, não mais sejam do que regras antecipadas do jôgo jurídico, asseguradoras sempre da liberdade e da integridade do ser humano.

"As formas legais, salientou LASKI, são respeitadas quando os homens sentem que têm em comum os grandes fins da vida". Ciência e técnica pode e devem marchar juntas. A êsse mesmo passo chegou GENY: "O dado deve, por sua essência mesmo, dominar o construído. Êste último, não estando justificado senão como contextura, como meio de atingir um fim superior, não deverá legìtimamente contradizer êste fim. E' necessário que o artifício se esfume diante do que impõem a natureza e a razão. Os elementos técnicos de elaboração jurídica cederão o passo aos elementos científicos, que trazem em si a substância mesma do Direito".

Mas êsse retôrno inadiável à harmonia entre ciência e técnica no mundo das relações inter-individuais e entre indivíduo e Estado, só os juristas poderão engendrar. Em suas mentes e em suas mãos estão cristalizados os segredos da pragmática jurídica. Só êles, conscientemente, poderão adatar os princípios eternos da justiça aos novos fatos que o mundo contemporâneo apresenta à sagacidade dos dirigentes dos povos de hoje, canalizando-os em legislação precisa.

Essa especialidade político-jurídica dos homens que fazem do Direito profissão e fonte de vida é um patrimônio inalienável. A divisão do trabalho humano assim o exige. A especialização constante das atividades está a indicar. Tôda e qualquer modificação revolucionária dos moldes de vida dos sêres humanos será destituída de significação, e conduzirá mais e mais à servidão, se não fôr acompanhada da adequação aos esquemas de um Direito justo. Porque não é, afinal, calando os anseios de Absoluto, de Bom e de Verdadeiro, que o homem poderá encontrar a felicidade na terra, preservando a sua liberdade, e construindo o seu caminho de contínua perfeição.

São essas considerações as sugeridas por esta festividade. E' a preservação dêsse opulento patrimônio de cultura e desambição, e não outro qualquer motivo subalterno, o que tem levado os gestores dos destinos das instituições universitárias a pugnar pela sua autonomia. A autonomia das Universidades é, realmente, condição existencial de seu bom funcionamento. Campo experimental de tôdas as teorias, ambiente onde se depuram e analisam doutrinas, na discussão alevantada e tolerante, em busca da eterna verdade, a autonomia de direção e a liberdade de cátedra lhe são absolutamente imprescindíveis para a consecução dos altos desígnios.

Neste momento jubiloso, em que a linha da morte é ultrapassada, e em que as gerações se encontram, as precedentes redivivas em seu trabalho duradouro e persistente, as atuais sentindo o pêso dos dias passados e já contemplando uma pouca de seu esfôrço cristalizado, nós todos os que nos beneficiamos do conquistado pelos fundadores da Escola, e que usufruímos dos ensinamentos de seus continuadores; nós, que estamos contribuindo com as primícias de nossas meditações científicas para a continuação das tradições dêste estabelecimento, também desejamos participar dêsse encontro, com o coração transbordando de nobres ideais.

E nesse contato com os companheiros de André da Rocha e com os continuadores de sua obra, desejamos recolher, num místico face à face, aquela mensagem que as suas vidas plasmaram: a lição de fé nos destinos da cultura gaúcha e brasileira, a lição de humildade ante os arcanos da ciência, a lição do entusiasmo ante o combate adverso da natureza contingente e precária. E, protegidos pela presença sempre viva de seus espíritos, haveremos de, com a graça dos Céus, transmitir êsse glorioso patrimônio de cultura, independência e liberdade, às gerações vindouras, sob a aura de um Brasil cristão, progressista e feliz."

O acadêmico WERTER FARIA, pelo corpo discente, falou assim:

"E' a crise nas sociedades o que a doença, nas pessoas: esta não é um fato apenas somático, nem aquela um "desajustamento incidental" (P. Sorokin). Se as relações entre os homens e entre os Estados ressentam-se de ódio e de violência, não se admita que as máquinas geram o conflito e as armas produzem a guerra... O homem originou a crise de que reponsabiliza a civilização. Esmagado por ela, desconhece sua culpa. Também o condenado, clamando contra a prisão, esconde o crime que o tornou carcerário.

Não é possível o direito renovar-se, afirma Ihering, senão rompendo com o passado. Tampouco poderemos resolver, por uma superação ético-jurídica, o choque de interêsses — que a isso se reduzem os desajustamentos contemporâneos — sem fender, à semelhança do que conseguiu a Revolução Francesa com o absolutismo político, o "sistema gerador de riqueza excessiva para uns poucos e de pobreza demasiada para a maioria" (H. Laski).

A solução, entretanto, fàcilmente conduz ao extermínio da liberdade, que, escreve Péguy, devemos amar mais que tôdas as cousas.

São as idéias democráticas que precisam ser realizadas na atividade econômica e na convivência social, para que a igualdade civil não seja o lôgro dos espoliados e a soberania popular a burla dos oprimidos.

A igualdade, porém, não se processa pela iliminação da propriedade, mas com o aproveitamento individual e coletivo da sua renda, e o contrôle do "poder que a acompanha" (F. Sheen).

A revolução, que não engendra uma mentalidade, subverte as cousas. Trocaria o autocratismo industrial por uma forma oligárquica, permanecendo iguais as diferenças de classes, ou aumentadas.

O processo revolucionário atraiçoaria suas finalidades. Só o evolutivo: de adatação e mudanças, é adequado à obra que as gerações atuais encontraram para fazer.

Vinte séculos recordam as nossas obrigações para com a justiça, sem que, na realidade, aceitemos as suas exigências práticas.

Resta, agora, empreender pelo direito o que se realizaria contra êle.

Assim como as tôrres, na frase de G. K. Chesterton, não são altas senão quando as olhamos debaixo, essa emprêsa, contemplada de um lugar como êste, não excede à possibilidade dos juristas de ultrapassarem o antagonismo das fôrças produtoras e das potências mundiais.

A oposição de classes não é uma luta pelo direito, mas pelo poder, e a contenda entre os povos não é uma necessidade de sobrevivência, sim, um embate pela hegemonia. Nenhuma visa o direito: contudo é o único capaz de anulá-las, submetendo a questão aos seus princípios, que exibem o desfecho normal e equânime.

Senhores:

Reunímo-nos hoje para festejar o cinqüentenário dêste templo do ensino jurídico, num momento em que a cultura ocidental, cuja vocação cristã é a diretriz do direito, se acha ameaçada pelos que a atacam e pelos que a desnaturam.

Calha, pois, que a homenagem a nossa Escola seja uma profissão de fé.

Não choraremos, como pedia Montaigne, o homem que nasce e não o moribundo — cremos no advento de uma época em que ninguém será excluído dos benefícios elementares do progresso, e que as formas legais suplantarão os processos de fôrça. Nessa, então, a humanidade recordará, com horror e vergonha, a categoria dos "despossuídos".

Mas é tempo de impedirmos que o povo tome a justiça em suas mãos.

Os demagogos não fazem leis: o direito, repitamos Ripert, é creação dos juristas.

Senhores:

Encarregadas da mais apurada formação intelectual, as faculdades de direito adquirem, na atualidade, importância decisiva na integração de uma nova cultura, sob cuja vigência a vida em comum se humanizará.

O direito aqui professado, em 50 anos de existência do Instituto, variou, enquanto se alteravam as características da sociedade. E êle prosseguiu imutável, figurando o leito sempre igual das águas, constantemente mudadas.

Ensinou a resistência à ilegalidade e o respeito à justiça. Pode dizer como o mártir: "non obedio praecepto regis sed praecepto legis".

Se um dia, Deus não o consinta, os tesouros da sua Lei, da qual as nossas participam, padecerem o assalto da anarquia, confessaremos a nossa crença nos princípios aprendidos sob êste teto.

Nunca tergiversaremos com os nossos compromissos; lutaremos, em todos os setores humanos, pelo entendimento quando fôr possível, pela rebelião quando necessária.

Confiamos que as controvérsias entre os países deixarão de ser "abolidas" pela guerra, que, afinal, não as suprime, e as dissensões de classes, pela vingança, que as prolonga.

Valha como preito dos acadêmicos à alta Instituição Docente que cursam e bendizem, em conjuntura penosa e conturbada, esta fé nos postulados jurídicos, haurida das lições dos seus mestres."

Tomado de visível emoção ainda falou o octogenário professor fundador NORMELIO ROSA, que, em eloqüente improviso, rememorou os grandes nomes dos seus colegas criadores da cinqüentenária Faculdade Livre de Direito, hoje Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

Foi um ato altamente significativo o descrito, pela manifestação de justiça que encerrou, e pelo brilho com que se revestiu.

Homenagem na Faculdade Católica de Direito

Por iniciativa do "Centro Acadêmico Maurício Cardoso", a Faculdade Católica de Direito realizou uma sessão solene comemorativa da passagem do cinqüentenário da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

Em nome do "Centro Acadêmico Maurício Cardoso" falou o universitário Wadie Salomão, tendo sido orador oficial o professor Armando Pereira da Câmara, reitor da Universidade Católica desta capital. O professor José Salgado Martins, diretor da nossa cinqüentenária Escola, agradeceu a homenagem, tendo no mesmo sentido falado um representante do "Centro André da Rocha".

* * *

A imprensa da capital registrou a efeméride através de farto noticiário e em editoriais, que a Revista recolhe às suas páginas, rendeu homenagem à instituição benemérita.

O "Correio do Povo", de 4 de maio, publicou em editorial o seguinte:

Jubileu da Faculdade de Direito

Vimos transcorrer ontem a data de fundação da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre. Ao ensejo da feliz efeméride, cujo transcurso assinala meio-século de existência do tradicional estabelecimento de ensino superior, iniciaram-se os atos comemorativos de que vem participando a nossa sociedade, a começar pela piedosa romaria ao túmulo dos mestres que tanto fizeram pelo bom nome da nossa cultura jurídica.

Acontecimento de invulgar relêvo na vida do Estado, a passagem do cinqüentenário de fundação da Escola de Direito de Pôrto Alegre não poderia ter o seu significado restrito apenas ao grêmio dos que ali formaram seu espírito. Tanto quanto a numerosa classe dos advogados, os representantes do poder judiciário, os membros do ministério público e os demais servidores dos órgãos que expressam a vida jurídica do Estado, é a sociedade inteira, na amplitude de sua existência, na complexidade de suas relações, beneficiária direta dos resultados colhidos à sombra daquele distante evento.

Sobrados motivos assistem à sociedade rio-grandense para solidarizar-se com as comemorações do festivo jubileu. O testemunho do aprêço coletivo não poderia faltar à causa do Direito, numa data que se liga ao aparecimento entre nós do primeiro instituto destinado ao ensino dos princípios e normas que se criaram exatamente para possibilitar a vida social, objetivando o bem-estar e a tranqüilidade que só podem ser auferidos sob a égide da lei, que a todos garante a igualitária distribuição de justiça, como fundamento da dignidade humana, onde se alicerça a felicidade dos indivíduos e dos povos.

Inaugurada sob tão altos auspícios, pôde a nossa Faculdade de Direito, no decurso dêstes cinqüenta anos, votar-se ao integral cumprimento de suas finalidades quer como centro de cultura que sempre teve a seu serviço a probidade e ilustração de grandes mestres, quer como forja de valores representativos do desenvolvimento que trouxe à intelectualidade indígena, no domínio das letras jurídicas, no exercício profissional, ou na vida pública. Em qualquer dêsses setores, embora muito maior seja o âmbito de influência da formação jurídica que hoje nos caracteriza, abundam os frutos do trabalho que há meio-século vem desenvolvendo a Faculdade de Direito de Pôrto Alegre.

Conferindo o grau universitário às sucessivas turmas que têm passado por suas bancas, a nossa Faculdade de Direito não se limita a formar bacharéis imbuídos de espírito livresco, cuja finalidade fôsse a posse exclusiva de um título a que não correspondessem maiores obrigações para com a sociedade. Tão leviana suposição encontraria formal desmentido na polimorfa influência que o instituto de cultura superior, cujo jubileu se vem comemorando, sempre exerceu na estrutura das instituições que nos regem e que são a mais sólida base de nossa vocação para o progresso.

O "Diário de Noticias", de 8 de maio, lançou o seguinte editorial:

Cinqüenta anos de consagração ao direito

Rui Barbosa, referindo-se ao seu jubileu profissional, justamente glorificado, na época, como um dos mais notáveis acontecimentos intelectuais da História do Brasil, assim inicia a sua famosa "Oração aos Moços" — jóia tribunícia que, para o nosso país e o nosso tempo, representa algo de comparável à "Oração à Coroa", de Demóstenes: "Não quis Deus que os meus **cinqüenta anos de consagração ao direito** viessem receber, no templo do seu ensino, em São Paulo, o sêlo de uma grande bênção."

No Rio Grande do Sul, a data que hoje transcorre, assinala, por igual, outro jubileu, outros "cinqüenta anos de consagração ao direito". Com esta diferença, porém, não se trata apenas de uma vida, embora uma grande vida como a de Rui, mas de um conjunto de muitas vidas ilustres, que se vêm nobremente sucedendo a serviço de uma instituição votada ao ensino da ciência do direito; é a Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul que comemora o cinqüentenário de sua fundação, solenizada a 3 de maio de 1900.

A idéia, logo corajosamente corporificada, amanhecera com o Século XX, no extremo sul do país. Sentia-se, então, intensamente a falta de uma escola de direito, pois poucos eram os que podiam ir cursar a tradicional Faculdade de São Paulo. Tamanha era a escassez de sul-

riograndenses diplomados em ciências jurídicas e sociais que, por muito tempo, grande era o número de brasileiros de outros Estados, especialmente do nordeste, na magistratura do Estado. E, na advocacia, imperava o autodidatismo. Época houve que o nosso Tribunal de Justiça era constituído, na sua quase totalidade, de nortistas.

O ensino do direito constituía, assim, um imperativo decorrente do desenvolvimento e do progresso do Rio Grande. Aos abnegados e lúcidos fundadores da antiga Faculdade de Direito de Pôrto Alegre deve, por conseguinte, a comunidade gaúcha um grande e alto serviço: o de haverem dotado o nosso Estado de um instituto que, nos seus cinqüenta anos de existência, vem prestando uma vultosa e brilhante contribuição à cultura brasileira, o que é atestado pelo relêvo alcançado, na vida pública e particular, no exercício das mais elevadas funções, por egressos da atual Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, entre cujos grandes batalhadores — como o maior dêles mesmo, é de justiça proclamá-lo — cumpre destacar o nome do extinto desembargador Manoel André da Rocha, jurista e professor emérito, o qual professava verdadeira devoção pelo estabelecimento que durante largo período dirigiu.

Aliás, a contribuição da Faculdade de Direito da URGS ao ensino superior não se limitou ao campo do direito; estendeu-se ao campo da economia, a ela se devendo a fundação, em 1909, da antiga Escola Superior de Comércio, que por muitos anos funcionou anexa àquela Faculdade, para hoje constituir um dos institutos autônomos da Universidade, com a denominação de Faculdade de Economia e Administração.

Da Faculdade de São Paulo disse Rui Barbosa que é "o templo do ensino do direito", naquela cidade. O mesmo se pode dizer da Faculdade de Pôrto Alegre: ela se tornou para os cultores do direito um verdadeiro templo algo de religiosamente respeitado e venerado pelas gerações que se sucedem.

Na verdade, trata-se de uma instituição que, embora venha a passar para a órbita da união, com a Universidade, será sempre um título de orgulho para o Rio Grande, ao qual cumprirá constantemente apoiá-la e prestigiá-la, a fim de que, com os demais institutos que integram a URGS, possa alargar e aprimorar, cada vez mais, a sua contribuição à cultura nacional.

Concursos realizados

De 9 a 12 de maio realizou-se o concurso para Livre Docência da cadeira de Medicina Legal, tendo concorrido o dr. Celso Cezar Papaléo, que teve como examinadores os professôres José Salgado Martins, Francisco José Simch, Fábio Nascimento Barros, Raymundo Gonçalves Viana e Celso Machado de Aquino.

A tese apresentada pelo candidato se subordinava ao título "Psicopatas e neuróticos em face do Direito Penal", e a sua defesa despertou grande interêsse. A prova didática versou sôbre o "Estudo médico legal do simulador e do dissimulador" e a escrita sôbre a "Conduta do perito nos casos de envenenamento".

A média obtida pelo dr. Celso Cezar Papaléo foi 9,2.

* * *

Também foi provida a cátedra de Economia Política, com a aprovação do dr. Mem de Sá, que se submeteu ao concurso legal, prestando as provas de 23 a 28 de junho.

A comissão examinadora estava presidida pelo diretor da Faculdade, prof. José Salgado Martins, e era composta pelos professôres Armando Dias de Azevedo, Bilac Pinto, João Papaterra Limongi e Ary Jobim Meirelles.

A tese — "O corporativismo no campo da Economia" — foi defendida durante cinco horas, esgotando-se o tempo regulamentar. A prova escrita versou sôbre a "Função econômica do transporte" e a didática foi relativa ao ponto "População, emigração e imigração".

O dr. Mem de Sá conquistou a média 9,4.

CONGRESSO JURÍDICO

Para comemorar o cinqüentenário da Faculdade de Direito, assim como o centenário do Código Comercial, a direção da Faculdade decidiu realizar um congresso jurídico.

O certame, que contará com a colaboração e a presença de notáveis juristas do continente, será instalado no dia 11 de agôsto, data aniversária da instituição dos cursos jurídicos no Brasil.

E' o seguinte o

TEMÁRIO DO CONGRESSO

— Direito Mercantil —

1.ª PARTE

Estudos sôbre o Código de 1850

ORIENTAÇÃO QUE PRESIDIU A FEITURA DO CÓDIGO COMERCIAL DE 1850:

a) quanto à concepção político-jurídica da disciplina;
b) quanto à técnica legislativa;
c) quanto ao critério de delimitação da matéria.

2. O DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO CONSUETUDINÁRIO NA CENTÚRIA DE 1850 A 1950:

a) das realizações da prática contratual;
d) da elaboração da doutrina;
c) das aquisições da jurisprudência.

3. SENTIDO DA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE, INTEGRADORA E DERROGATÓRIA DO CÓDIGO:

a) as idéias gerais dêste;
b) a concepção político-jurídica da disciplina;
c) a delimitação da matéria considerada mercantil;
d) a técnica legislativa.

4. CARACTERES GERAIS DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO VIGENTE:

2.ª PARTE

Estudos para o futuro Código Comercial

5. AS TENTATIVAS DE REFORMA DO CÓDIGO DE 1850:

a) apreciação sôbre os diversos projetos, anteprojetos, esboços e sugestões;
b) seleção e sistematização do material aproveitável.

DIVISÃO DAS SECÇÕES:

1. Secção: Direito Romano, Direito Canônico e História do Direito.
2. Secção: Direito Civil, Direito Civil Comparado e Direito Internacional Privado.
3. Secção: Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado.
4. Secção: Direito Penal, Criminologia e Medicina Legal.
5. Secção: Direito Judiciário Civil e Direito Judiciário Penal.
6. Secção: Teoria Geral do Estado, Direito Internacional Público, Direito Constitucional e Direito Administrativo.
7. Secção: Introdução — Ciência do Direito e Filosofia do Direito.
8. Secção: Economia Política, Ciência das Finanças e Ciência da Administração.
9. Secção: Direito Industrial e Direito do Trabalho.

* * *

RELAÇÃO DOS BACHARELANDOS DO ANO DE 1950

Achiles Brandão Loureiro
Arthur Augusto Itaquy F.º
Antonio Carlos Elizalde Ozorio
Ayrthon Mendes Ayub
Antonio de Almeida Martins Costa Neto
Alcina Tubino Ardaiz
Bruno Dockhorn
Bonorino Butelli
Bruno Galhardo de Mendonça Lima
Carlos Luiz Poils
Clemente Gonçalves de Oliveira F.º
Carlos Alberto Mondadori
Carlos Ignacio Sant'Anna
Claudio Jacobus Furtado
Darcy Dreon
Ernani Graeff
Eloy Schneider
Ernani Magalhães Machado
Enio Gualdi
Enio Godoy Moraes
Edgar Pedro Jacob Grin
Ernani Seabra de Souza
Fernando Bruno de Carvalho Degrazia
Fabio Brito de Azambuja
Gabriel Silveira Abbott
Justo José Galves F.º
João Francisco Diehl

José Schmidt Silveira
José Albite Silva
João Antonio de Souza Mascarenhas
Jorge Abel Neto
Justino Albuquerque de Vasconcellos
Jayme Brum Brigido Madaleno
João Abichequer
Joaquim Ellam Salles Perdomo
José Candido dos Santos
Jorge Vasconcellos Muniz
Jorge Alberto Medaglia Muccillo
João Avelino Schuster
Julio Marques Guimarães
Julinha Zoraide Feijó
José Alvares da Fontoura
Laureano José Corrêa
Luiz Pericles Fontoura Mariano da Rocha
Lucia Martins Costa Alves
Maria da Graça Costa
Malvina Stella de Oliveira Pianca
Manoel Burd
Ney da Gama Ahrends
Ney da Rosa Goulart
Nelson Cavalcanti de Albuquerque
Nely Alt da Rocha
Nicolau Angelo Viceconti
Nelson Cardoso da Silva
Ney Sá
Octavio Silveira dos Santos
Olavo José Munari
Oscar Alves da Silva
Octacilio Schüler
Octavio Badui Germano
Osmar Lopes da Cunha
Percy Vieira Stumpf
Pedro Montenegro Barbosa
Paulo Germano João
Paulo Rosa Waihrich
Rugero Ravizzoni
Ruy Teixeira
Sylo Soares
Sady Orsini
Siegbert Saft
Wilson Vargas da Silveira
Wanderley Collaceo Veras
José Paes Pinto